



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**EL PATERNALISMO JURÍDICO Y SU REFLEJO EN LOS
DERECHOS DE LOS NIÑOS.**

Presentado por:

Alba Alija González

Tutelado por:

Luis Carlos Amezúa Amezúa

Valladolid, 22 de junio de 2022

RESUMEN: En el siguiente proyecto se trata de explicar los diferentes modelos de reconocimiento y sistematización de los derechos del niño a lo largo de la historia, desde una perspectiva jurídico-filosófica, hasta acercarse al tratamiento actual de los mismos. Al mismo tiempo, se pretende abordar uno de los grandes problemas que suscita la regulación de los derechos de los niños y su debida protección por parte del Estado: el paternalismo jurídico. También se realiza una breve explicación de la norma universal más importante en la actualidad sobre estos derechos, la Convención sobre los Derechos del niño de 1989.

PALABRAS CLAVE: Niños, Paternalismo, Derechos, Estado, Padres.

ABSTRACT: The following project attempts to explain the different models of recognition and systematisation of children's rights throughout history, from a legal-philosophical perspective, up to the current treatment of these rights. At the same time, the intention is to address one of the major problems raised by the regulation of children's rights and their appropriate protection by the State: legal paternalism. A brief explanation is also given of the most important universal standard on children's rights today, the Convention on the Rights of the Child of 1989.

KEYWORDS: Children, Paternalism, Rights, State, Parents.

ÍNDICE

1. PATERNALISMO JURÍDICO	7
1.1 IDEAS, DEFINICIÓN Y TIPOS	7
1.2 MODO DE LA INTERVENCIÓN PATERNALISTA	8
1.3 FINALIDAD DE LA INTERVENCIÓN PATERNALISTA	9
1.4 LOS SUJETOS DE LA INTERVENCIÓN PATERNALISTA	12
1.5 LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO	14
2. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS: UNA CONCEPCIÓN NEGACIONISTA	17
2.1 PLATÓN Y ARISTOTELES	17
2.1.1 La concepción del niño	18
2.1.2 Las relaciones entre padres e hijos	21
2.1.3 El gobierno ejercido sobre los hijos	23
2.1.4 El mejor interés de los niños	26
2.2 LA POSICIÓN MODERADA	28
2.3 LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS	30
3. EL MODELO PROTECCIONISTA	32
3.1 LOCKE: ANTECEDENTES DEL MODELO PROTECCIONISTA	32
3.1.1 La concepción del niño	32
3.1.2 Las relaciones entre padres e hijos	35
3.1.3 El mejor interés de los niños	40
3.2 LOS DERECHOS DEL NIÑO DESDE UNA PERSPECTIVA LOCKEANA.....	42
3.3 EL MODELO PROTECCIONISTA: PROTECCIONISMO RENOVADO	46
3.3.1 La concepción del niño	47
3.3.2 Las relaciones entre padres e hijos	48
3.3.3 El mejor interés de los niños	52
3.4 LOS DERECHOS DEL NIÑO BAJO UNA PERSPECTIVA PROTECCIONISTA	55
4. EL MODELO LIBERACIONISTA	59
4.1 ANTECEDENTES: LOS PLANTEAMIENTOS DE ROUSSEAU	59
4.1.1 La concepción del niño	59
4.1.2 Las relaciones entre padres e hijos	62
4.1.3 El mejor interés de los niños	66
4.2 EL MODELO LIBERACIONISTA	68
4.2.1 La concepción del niño	69

4.2.2	Las relaciones entre padres e hijos	72
4.2.3	El mejor interés de los niños	74
4.3	LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN EL MODELO LIBERACIONISTA	76
5.	LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO	79
6.	CONCLUSIONES	84
7.	BIBLIOGRAFIA	89

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas la protección de la infancia ha cobrado gran importancia sobre todo a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño que recoge los derechos y responsabilidades que son necesarias para asegurar el bienestar de este colectivo tan vulnerable. Si bien es cierto que los niños precisan de una protección especial, se debe hacer frente, a la hora de establecer su regulación y hacerla efectiva, las limitaciones de la justificación paternalista de control.

El tratamiento que se ha ofrecido a lo largo de la historia y a través de las diferentes culturas, ha sido resultado de los cambios que ha ido teniendo el concepto de infancia y la forma de entender su mejor protección. En la actualidad, en el contexto de las Naciones Unidas, se atiende a una idea de que los niños tienen los mismos Derechos Humanos que los adultos, además de derechos especiales como consecuencia de sus circunstancias particulares. Se entiende a los niños como titulares de sus propios derechos y como sujetos de protección para garantizarles un bienestar y una calidad de vida básica.

A la hora de hablar sobre los derechos de los niños podemos encontrar numerosos enfoques, unos podrían ceñirse a los modos de conducta en las diferentes culturas, la educación de los niños o su función en la familia, otro enfoque insistirá en la regulación jurídica ocupándose de situaciones nocivas, maltrato, trabajo forzado, esclavitud infantil, etc. Sin embargo, he decidido acotar el tema en el nivel fundamental, con lo cual voy a circunscribirme a desarrollar aspectos de la fundamentación filosófica, recogiendo alguna de las más relevantes aportaciones que han afectado a nuestra civilización europea. Adopto, por lo tanto, una perspectiva metodológica filosófico-jurídica, que de algún modo está relacionada con el enfoque de los derechos humanos.

El trabajo ha sido estructurado en varios capítulos, el primero trata sobre el paternalismo jurídico, los agentes que en él intervienen y su justificación. Esto es así debido a la importancia que adquiere a la hora de decidir que formula es la óptima para estructurar los derechos y deberes de los niños y su posterior control.

El segundo capítulo comienza a adentrarse en las diferentes concepciones que han ido existiendo del niño a lo largo de la evolución de las sociedades. En un primer momento, en la época de Platón y Aristóteles existía una negación de los derechos del niño por entender al mismo como imperfecto, una mera propiedad del padre cuyo único valor se atenía a su consideración como potencial adulto funcional instrumento necesario para crear una ciudad ideal.

El tercer capítulo, tras haber superado la concepción negacionista, consiste en una explicación de la transformación del modelo proteccionista, desde sus antecedentes en el pensamiento de Locke en el siglo XVII, hasta nuestros días con el nombre de proteccionismo renovado tras haber superado el proteccionismo tradicional. Esta última versión del modelo proteccionista se basa en atender a las diferencias existentes entre los menores de edad cuya relación con sus padres se basa en la protección del menor y el ejercicio del poder de estos está limitado mediante la intervención de control por parte de ciertas instituciones.

El capítulo cuatro desarrolla una alternativa a este modelo que explicábamos en el anterior punto. Se trata del modelo liberacionista cuyos sus orígenes más significativos los encontramos en Rousseau y destaca su importancia, más que por ser un modelo eficiente, por haber influido en el proteccionismo ayudándole así a llegar al proteccionismo renovado. Considera al niño lo suficiente independiente como para decidir cual es su mejor interés, por lo tanto, pierde el sentido la justificación que en el proteccionismo se le daba al paternalismo, pero se considera la “autoridad natural” como forma de ejercer el poder los padres sobre los hijos.

En el quinto capítulo hacemos referencia a la convención de los derechos de los niños y de como sus preceptos se reflejan en la legislación española a través de leyes tan importantes como, por ejemplo, la Ley de Divorcio o la LO de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

De esta forma, finalizamos el trabajo con unas conclusiones y con una bibliografía seleccionada.

1. PATERNALISMO

1.1 IDEA, DEFINICIÓN Y TIPOS

La idea de paternalismo va asociada con un poder absoluto que se ejerce sobre quien recae el beneficio que se obtiene. Encontramos su origen en la *patria potestas*. Su propósito es transponer la relación paternofamiliar a otro tipo de relaciones, sobre todo en el ámbito político. La forma de poder absoluto contraria sería en la que el beneficio es para quien ocupa la posición dominante, como, por ejemplo, la relación que se da entre amo y esclavo.¹

En cuanto a la definición del término, en la actualidad, se sigue sometiendo a discusión; esta discusión parte del siglo pasado con un artículo de Gerald Dworkin titulado “*Paternalism*”. En este trabajo, Dworkin, define paternalismo como un modo de acción consistente en una interferencia en la libertad de un individuo, motivado (o con el fin de) beneficiar o evitar daños a ese mismo individuo.² En el ámbito de la lengua española podemos destacar a Ernesto Garzón Valdés, en un artículo denominado: *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, en el cual se define al mismo como “prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone la medida.”³

Anteriormente, Hart, había utilizado el término “paternalismo”, sin pretender dar una definición precisa de este, en relación con algunos delitos que parecían orientados a “proteger a la gente de sí misma”, como podría ser ahora mismo el delito por consumir estupefacientes, y que Hart consideraba legítimos. Aún más atrás en el tiempo, John Stuart Mill había defendido un principio según el cual nunca está justificado interferir en la libertad de alguien, obligándole a hacer u omitir algo, “porque sea mejor para él hacerlo así, porque ello vaya a hacerlo más feliz, porque según la opinión de los demás, hacerlo sería sabio o hasta correcto”. Como vemos, tanto Dworkin como Ernesto Garzón Valdés continúan la tradición de Hart y Mill, basada en que el principal problema del paternalismo es la falta de justificación para interferir en la libertad de las personas.

No obstante, el entender el paternalismo como una intromisión en la libertad, una coacción o un mandato o prohibición deja fuera algunos usos típicos del término. Por eso, se han propuesto ampliaciones a esas definiciones hasta el punto en el que, en la actualidad, la

¹ ALEMANY, M., “Paternalismo”, *Eunomía*, n°12 (2017), pp. 199-201.

² DWORKIN G., “El paternalismo”, en J. Betegón y J.R. de Páramo (dir.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 147-161.

³ GARZÓN VALDÉS, E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°5, 1988, p. 157.

discusión hace referencia al término “paternalismo libertario” de Sunstein y Thaler, caracterizándose este por no interferir en la libertad de los individuos tratados paternalistamente. Estos autores consideran paternalista cualquier tipo de actuación que tenga como propósito influir en las elecciones del grupo intentando mejorar su elección; como, por ejemplo, en un bufé ordenar los alimentos de forma que se incentive el consumo de los más saludables.

Según Macario Alemany, considera que todas las definiciones parten de la premisa de que el paternalismo entraña algún tipo de relación social entre dos sujetos, la cual varía debido a la forma en la que se intervenga y la finalidad que se busque y, es a lo largo del artículo “Paternalismo” que escribe para la revista Eunomía, cuando explica que la variación de estos tres elementos (sujetos, modo y finalidad) delimita conceptualmente el paternalismo lo suficiente como para poder separar diferentes tipos del mismo.

1.2 MODO DE LA INTERVENCIÓN PATERNALISTA

En relación con el modo, resulta un poco extremo entender que el paternalismo entraña siempre alguna forma de coacción o, más ampliamente, de interferencia en la libertad de acción. Por ejemplo, pensamos en las “mentiras piadosas” en las que se oculta información por el propio bien de la persona engañada.⁴

En consecuencia, con el objetivo de ampliar la denotación del concepto de paternalismo se ha sostenido que el *modo* propio de las acciones paternalistas consisten en “no tomar en cuenta las preferencias o acciones” de un individuo (Beauchamp y Childress), o en “interferir con la libertad de acción o libertad de información de una persona, o la propagación deliberada de desinformaciones, o hacer caso omiso de la decisión de una persona de no recibir información” (Buchanan) o, incluso, que se trata sencillamente de “violiar normas morales” (Culvert y Gert).

También, podemos observar que muchas definiciones de “paternalismo” tratan de destacar su carácter moralmente sospechoso. En muy raros casos podría vencerse esta idea del sentido peyorativo del término porque, además, en algunas ocasiones se utiliza para enfatizar un comportamiento inadecuado, como, por ejemplo, en los casos que se dan entre la asistencia social, para quienes no ser paternalistas es una obligación deontológica.

⁴ ALEMANY, M., “Paternalismo”, op.cit, pp.201 y 202.

Alemaný especifica que encuentra un elemento común al conjunto de casos que se califican como “paternalismo” y es que en todos ellos existe un ejercicio de poder llegando a ser en la mayoría de las ocasiones sinónimos (paternalismo y ejercer poder). El poder suele entenderse como “la capacidad que un individuo o un conjunto de individuos tiene para afectar el comportamiento (o, en sentido quizás más general, a los intereses) de otro o de otros” (Atienza). No es difícil darse cuenta de la complejidad de esta noción y, más en concreto, de la de “ejercer el poder”, sobre ella ha reaccionado una fuerte discusión teórica cuyos puntos centrales de discrepancia coinciden con los del concepto adecuado de paternalismo. En cuanto al modo, coincide los casos que dan lugar a dudas de si existe paternalismo o no con los que se cuestiona si hay algún tipo de ejercicio de poder. Y, por el contrario, los casos en los que es evidente un ejercicio de poder o imposición de fuerza coinciden con los casos claros de paternalismo.

Así Alemany concluye con la diferenciación entre, por un lado, “modos de acción (o relación social) en los que no cabe ver como un modo de paternalismo puesto que no se duda que haya un ejercicio de poder de un individuo sobre otro, como, por ejemplo, la persuasión racional en la que, aunque el interés es el cambio de orientación hacia los intereses del interlocutor no se ejerce poder.” Y, por otro lado, “modos de acción que constituyen claramente un ejercicio de poder de un individuo sobre otro que, cuando se orientan a proteger o promover los intereses del sometido, entonces, son supuestos claros de paternalismo, como, por ejemplo, la prohibición del consumo de drogas para evitar daños a los consumidores”. Además, hace una tercera diferencia, que estaría en medio de las dos anteriores que constituirían los extremos, y sería “las situaciones y modos de acción que con mayor o menor claridad merecerán denominarse “paternalistas””.

El elemento del modo proporciona, además, el criterio para distinguir tipos de paternalismo. Alemany destaca la distinción entre *paternalismo coactivo* y *no coactivo*. Dentro de este último, entraría la categoría de “paternalismo libertario” a la que anteriormente hicimos referencia.

1.3 LA FINALIDAD DE LA INTERVENCIÓN PATERNALISTA

La finalidad clara del paternalismo, que venimos reiterando a lo largo del texto, es la de “beneficiar” al individuo sobre el que se ejerce el poder. Podríamos hacer la diferenciación, basándonos en que el paternalismo es un ejercicio de poder, de que el poder que se ejerce, en estos casos, va orientado a beneficiar al individuo sobre el que se ejerce. “En las

relaciones paternofiliales, la protección de los padres se extiende a todos los aspectos de la vida del menor, por lo que la idea de “beneficio” engloba todo tipo de intereses”⁵

A la hora de transponer el modelo de relación paternofilial a otros ámbitos hay que ser cuidadoso a la hora de distinguir entre acciones orientadas a evitar daños y aquellas que están orientadas a conseguir un beneficio en sentido estricto. La distinción contempla numerosas dificultades conceptuales y no es fácil diferir su origen, pero parece imprescindible tenerla en consideración.

La diferencia que encontramos entre el poder que se ejerce orientado a evitar daños sería aquel que protege intereses cuya no satisfacción produce un daño. Mientras que el ejercicio del poder orientado a beneficiar en sentido estricto promueve intereses en una medida cuya no satisfacción merece ser calificada como un *no beneficio*. El autor, explica que solamente entiende como paternalismo el primer caso y al segundo lo califica como *perfeccionismo*⁶ y, por lo tanto, solo estaríamos ante una situación paternalista en el caso de que se intentase evitar daños al sujeto sobre el que se ejerce el poder.

Siguiendo la definición, el ámbito del paternalismo englobaría únicamente la protección de intereses de los individuos cuya no satisfacción implica necesariamente un daño. Existen dos tipos de intereses que cumplen esta condición. En primer lugar, los individuos, al poder desarrollar preferencias subjetivas y elegir sus planes de vida libremente, se vinculan a ciertos intereses que pueden poner en peligro con sus propias acciones y omisiones. En segundo lugar, habría otro tipo de intereses cuya no satisfacción implica necesariamente un daño para cualquier individuo; estos son los que se denominan comúnmente intereses de bienestar, bienes primarios, necesidades básicas..., que son, las condiciones que hacen posible la capacidad de autonomía individual. Tienen un carácter objetivo puesto que cuando para el sujeto no dependen sus intereses de las creencias subjetivas propias y tienen un carácter básico porque “su frustración conlleva a declinar irremediamente de todos los demás intereses del sujeto”. Ejemplos de este último tipo de intereses serían: no padecer una discapacidad grave o tener la mínima educación necesaria para desenvolverse en el entorno social. Y ejemplos de paternalismo consecuentes a esos intereses serían: imponer un tratamiento médico para evitar una seria discapacidad al paciente y hacer obligatoria la educación básica para los menores.

⁵ ALEMANY, M., “Paternalismo”, op.cit, pp. 202-204.

⁶ El ejercicio del poder se orienta a que los individuos “ajusten su vida a los verdaderos ideales de virtud y del bien”.

Suele considerarse que los daños que trata de evitar el paternalista son de tipo físico, psíquico y/o económicos (Garzón Valdés). A pesar de ello, algún autor ha llegado a señalar que cabe una categoría conceptual de paternalismo moral, esto es, orientado a “evitar daños morales” (Gerald Dworkin). Partiendo del ejemplo de la regulación de la pornografía: hay un grupo de gente que entiende como la motivación de dicha regulación el evitar daños psicológicos a los consumidores, sobre todo menores, que puede impedir el desarrollo de su sexualidad madura; nos encontraríamos ante una pretensión paternalista. En otros casos, defienden la regulación del porno para promover el consumo de otros productos mejor considerados como la literatura o la música, aquí estaríamos ante un caso de perfeccionismo.

Por último, nos encontramos los casos en los que se pretende salvaguardar la integridad moral por el hipotético daño moral que puede causar la pornografía. Este último caso tiene dificultades para su justificación, por ejemplo, cuando se trata de paternalismo coactivo; cabe dudar de la posibilidad de que se esté salvaguardando coactivamente la moral, ya que no puede haber valor moral para el sujeto al que se protege si este no entiende que haya un valor moral. En todo caso, igual que parece ser aconsejable distinguir entre acciones paternalistas y perfeccionistas, también parece importante, como Hart insistió, la diferenciación entre las cuestiones que están vinculadas a la moralidad de las que están vinculadas al bienestar. Es especialmente relevante cuando se trata de evaluar la legitimidad de ciertas políticas en el contexto de un Estado democrático. Esto explica que no suele extenderse la justificación del paternalismo al “paternalismo moral”. Por ello, en lo que sigue, hay que tener en cuenta que el paternalismo constituye “un ejercicio de poder orientado a evitar daños de tipo físico, psíquico y/o económicos.”⁷

Al tratarse la finalidad, también existe una distinción entre “paternalismo puro” cuando la única finalidad es la paternalista, y “paternalismo impuro” cuando la finalidad paternalista viene acompañada de otras. Esta distinción plantea ciertos problemas en el ámbito jurídico, porque al hablar de finalidad o motivación de una norma tenemos como resultado una actividad interpretativa compleja sobre la misma. Tal y como es lógico, los casos de paternalismo impuro son más frecuentes que los de paternalismo puro en los cuales no cabe otra interpretación (no paternalista) de la finalidad de la norma. Un ejemplo de esto, lo podemos encontrar en la legislación contra el tabaquismo, se ha defendido la norma tanto en razones para evitar daños a terceros (que no haya fumadores involuntarios), como en razones paternalistas (evitar daños a los propios fumadores voluntarios).

⁷ ALEMANY, M., “Paternalismo”, op.cit, pp. 202-204.

1.4 LOS SUJETOS DE LA INTERVENCIÓN PATERNALISTA

La característica más importante de los sujetos de la relación paternalista es la asimetría: A debe tener o pretende tener algún tipo de superioridad en la situación y tiene dos aspectos: primero, la posibilidad de afectar a los intereses de B y, segundo, saber qué le conviene a B, incluso en contra de la opinión de B. Por otro lado, B ostenta una situación de inferioridad en la relación, real o pretendida, que igualmente tiene dos aspectos: estar sujeto de algún modo a los efectos de la intervención de A y, en segundo lugar, mostrar algún déficit que le hace descuidar sus propios intereses.⁸

Al ser la asimetría un rasgo definitorio de estas relaciones, hay que fijarse en otros tipos de rasgos para poder llevar a cabo una clasificación. El patriarcalismo es el tipo de paternalismo ejercido por los hombres sobre las mujeres; el paternalismo industrial o el patronazgo es el paternalismo que ejerce el patrón sobre el obrero; el colonialismo, de las épocas moderna y contemporánea es una forma de relación paternalista entre la metrópoli y su colonia, etc. De todos ellos, es probable, que los dos tipos más destacables de paternalismo atendiendo al sujeto sean el paternalismo político-jurídico y el paternalismo médico.

En el paternalismo político-jurídico, el agente A es el gobernante y B es el individuo gobernado. En la historia del pensamiento político, se certifica que, prácticamente hasta la edad contemporánea, se recurre con frecuencia a la idea de paternalismo para legitimar el poder político. En el ámbito cultural europeo podemos encontrarnos que en el despotismo ilustrado de las monarquías absolutas del siglo XVIII existe una perfecta legitimación paternalista.

Según se van generalizando los regímenes democráticos, la categoría de paternalismo pierde importancia, sobre todo en cuanto a la discusión de las formas de gobierno. La democracia supone la negación del paternalismo político ya que está basada en la autonomía. A pesar de esto, ha resurgido, en el marco del respeto por el principio democrático, la idea de paternalismo, que nunca llegó a dejar de existir del todo, como contrapunto de la autonomía colectiva, como, por ejemplo, en la justificación de la rigidez constitucional, y de la autonomía individual, caracterizando y/o justificando medidas que, en palabras de Hart, tratan de “proteger a la gente de sí misma”. Entre estas medidas estarían las instituciones que caracterizan el Estado de bienestar (educación obligatoria, sanidad universal, derecho proteccionista del consumo...). Podemos sacar en conclusión que el paternalismo ha dejado

⁸ ALEMANY, M., “Paternalismo”, op.cit., pp. 204-206.

de ser un principio fundacional o primario para convertirse en un principio derivado o secundario (Atienza).

En el paternalismo médico, el agente A es el profesional sanitario y B es el paciente o sus familiares o allegados. La concepción médica tradicional, desde los discursos hipocráticos hasta bien entrado el siglo XX, ha sido decididamente paternalista (Gracia). En las últimas décadas se ha dado una evolución de este modelo hipocrático tradicional paternalista hasta el modelo que actualmente predomina que es en el que se prima la autonomía individual, y suele llamarse modelo del consentimiento informado. En un principio, la base de los argumentos que justificaban el modelo paternalista eran la naturaleza, obligaciones y prerrogativas de la profesión médica. En la actualidad, sin embargo, priman los derechos de los pacientes y el derecho del médico pasa a ser algo menos prioritario. Esto no significa que el problema del paternalismo esté superado, más bien todo lo contrario, ahora es más necesaria su justificación teniendo en cuenta que estamos en el marco del respeto al principio de autonomía y de prioridad de los derechos de los pacientes.

Otra distinción importante que se realiza entre los sujetos de las relaciones paternalistas es la distinción entre “paternalismo blando”, que es la que se da en paternalismos ejercidos sobre menores y adultos con algún déficit de capacidad y “paternalismo duro” que se ejerce sobre adultos capaces. Suele considerarse que este último no es un paternalismo justificado, Feinberg, dice que, desde un punto de vista jurídico, más concretamente, de la legislación penal, considera que el “paternalismo duro” nunca está justificado, en el marco de lo que denomina una “constitución ideal”, y que el “paternalismo blando” no debería ser considerado como un verdadero paternalismo.

Además, también se realiza una distinción entre “paternalismo directo” y “paternalismo indirecto”. El paternalismo directo es aquel en el que se ejerce un poder sobre B directamente, sin que aparezca en el caso otra parte afectada, por ejemplo, la prohibición de consumir drogas para evitar daños a propio consumidor. El paternalismo indirecto, por su parte, es en el que el paternalismo se ejerce de forma indirecta mediante el ejercicio del poder directamente sobre otra parte, como, por ejemplo, limitar la libertad de consumir drogas a B por medio de prohibir el tráfico a C.

Por último, hay que hacer referencia a la categoría de “auto paternalismo”, la cual parece poner en entredicho el presupuesto de que el paternalismo consiste en una relación entre dos sujetos. En este supuesto, A lleva a cabo algún plan o mecanismo que le impide o dificulta perjudicar sus propios intereses. Hay un conocido ejemplo de Jon Elster: Ulises

pide a la tripulación que le ate y se tapen los oídos, el propio Ulises dispone las cosas de modo que se precave de ser arrastrado por el “canto de las sirenas”. Aun así, ya sea implicando a otros individuos o mediante algún mecanismo, en el auto paternalismo siempre se constata una disociación en el sujeto A, que puede ser entre un A racional y un A irracional o, de acuerdo con una concepción compleja de la identidad individual a lo largo del tiempo, entre un A presente y un A futuro. Esto refleja que hasta en los casos de auto paternalismo existe también una relación entre dos sujetos.

1.5 LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO

La justificación del paternalismo es un tema del que solo cabe hablar en términos generales, puesto que la justificación o la falta de justificación de este dependerá de la concepción que se tenga de la justificación moral en sí misma. Siguiendo el artículo de Alemany vamos a adoptar una perspectiva ética que deja en gran parte de lado las cuestiones de fundamentación y que asume tres postulados: uno, la prioridad no absoluta del principio de autonomía; dos, la existencia de un principio paternalista que fundamenta excepciones a algunas reglas derivadas del principio de autonomía y, tres, que la deliberación moral sobre problemas concretos debe seguir un método similar al método jurídico de la ponderación de principios constitucionales.⁹

Se parte de una presunción de que el sujeto B tiene algún tipo de déficit en sus capacidades cognitivas y/o volitivas, que lo pone en una situación de vulnerabilidad, peligro, incapacidad de aprovechar una oportunidad, etc. La cuestión nunca ha sido si los menores o los adultos con falta de capacidad deben estar sujetos o no al paternalismo, sino si los adultos deben estarlo ya que, según la teoría anti paternalista de Mill, el adulto es siempre el mejor juez de sus propios intereses, algo a lo que Alemany denomina una tesis falsa.¹⁰

Los avances científicos nos han ayudado a una mejor comprensión de la racionalidad humana. La teoría de los sesgos y de los heurísticos de Daniel Kahneman puede ser una buena forma de ilustrar estos avances. “Se trata de la comprobación científica de errores y limitaciones generales en los procesos de razonamiento humano de modo que no cabe hablar propiamente de una patología. A estas limitaciones generales se les debe añadir la panoplia de limitaciones especiales que afectan a todos los individuos que afectan en las

⁹ ALEMANY, M., “Paternalismo”, op.cit., pp. 206-208.

¹⁰ ALEMANY, M., “Paternalismo”, op.cit., pp. 206-208.

fases de desarrollo o envejecimiento, o las que afectan a determinados individuos como, por ejemplo, los que padecen alguna enfermedad.”¹¹

De acuerdo con este punto de vista realista o modesto sobre la racionalidad individual, el paternalismo no tiene por qué ser algo negativo al ejercerse de forma general sobre individuos adultos. Siguiendo la línea de la teoría que defiende Mill se podría objetar ante esto que, aunque en un caso particular se pudieran evitar daños, estos daños serían menores que los beneficios de proscribir totalmente el paternalismo. Detrás de esta tesis de Mill se encuentra un miedo a otorgar un poder paternalista a los gobiernos del que seguramente abusarán.¹²

Mill defiende que solo está justificada la intervención en caso de que se perjudique a terceras personas. Esta idea ataca tanto al paternalismo como al moralismo legal ya que las normas legales no pueden interceder en las acciones privadas de las personas ni en la conciencia individual.¹³

El problema del paternalismo en un Estado de derecho es que la intervención debe de estar lo suficientemente justificada como para no omitir el principio de autonomía, ya que el Estado participa en el desarrollo de la vida de las personas fomentando o prohibiendo ciertos comportamientos que no afectan a terceros.¹⁴

Este miedo puede causar pensamientos irracionales y partimos de que, en muchas ocasiones, los individuos no saben qué es lo que más les conviene, por lo tanto, lo que hay que plantearse es en qué situaciones y bajo qué parámetros sería viable aceptar la intromisión paternalista. Una vez determinadas dichas condiciones, podremos juzgar si hay más o menos probabilidades de que se satisfagan en los diferentes contextos.

La justificación de paternalismo no supone estar “contra la autonomía”. La única concepción de la autonomía que es incompatible con el paternalismo es la que la reduce a una regla de no interferencia en la esfera privada de los individuos. En el contexto en el que nos encontramos, solo podemos justificar el paternalismo dentro de la esfera de respeto a la autonomía privada. Hay una ponderación entre la importancia de los daños que se evitan mediante el paternalismo y los costes de dicha interferencia. Cuando hablamos de paternalismo coactivo, uno de los costes será la pérdida de la libertad. Solo será en este

¹¹ ALEMANY, M., “Paternalismo”, op.cit., pp. 206-208.

¹² CORNEJO AMORETTI, L., “John Stuart Mill y la cuestión sobre el paternalismo”, *Derecho y Sociedad*, N°48, 2016., p. 14.

¹³ TORRES ARGÜELLES, A., “Libertades y paternalismo”, *Advocatus*, n°22 (2014), p. 207.

¹⁴ TORRES ARGÜELLES, A., “Libertades y paternalismo”, op.cit., p. 207.

juego de principios cuando se permita una justificación de excepciones, no al principio de autonomía, sino a algunas reglas que derivan de él. Como, por ejemplo, en los casos en los que se exceptúa la aplicación de la regla del consentimiento informado a cambio de velar por la vida.

El paternalismo sigue los pasos habituales de un razonamiento de tipo ponderativo que podríamos resumir como: 1) Determinar la naturaleza y gravedad de los daños o riesgo de daños que se quiere evitar; 2) determinar el déficit de autonomía que afecta al sujeto y que está en el origen de esos daños o incremento de riesgo de daños; 3) determinar la naturaleza y alcance de la medida paternalista, en particular su idoneidad y su necesidad; 4) ponderar la importancia o el peso que tiene evitar los daños en relación con la importancia o el peso que tiene la afectación a la autonomía del individuo que supone la medida paternalista. El resultado de este procedimiento es la justificación de una particular acción paternalista y la justificación de una regla de actuación que legitima un tipo de acción o relación y que hace explícitas las circunstancias que se consideran relevantes.

El autor hace referencia a una última condición de justificación que debe tenerse en cuenta y que está relacionada con los “miedos” a los que Mill hacía referencia anteriormente: se puede pensar que B consentiría la medida paternalista en caso de que tuviese plenas capacidades. Esta condición tiene dos dimensiones: una individual y una social. La individual en la que algunos individuos priorizaran sus valores ante las generalizaciones en las que se basa el paternalismo ya que pueden diferir, como, por ejemplo, un profesional de los deportes extremos para el que el riesgo es algo cotidiano para él. En la dimensión social, la razonabilidad del paternalismo depende principalmente de la existencia y el alcance de los conflictos de intereses en la situación y, de la mayor o menor probabilidad, de controlar que se cumplen las otras condiciones de justificación del paternalismo.

2. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS: UNA CONCEPCIÓN NEGACIONISTA

2.1 PLATÓN Y ARISTÓTELES

Ignacio Campoy nos ofrece un análisis sobre la prehistoria de los derechos de los niños, un análisis que desemboca en una visión negacionista tras haber estudiado las condiciones que caracterizan un momento histórico, social e intelectual determinado.¹⁵

Habrían sido necesarios dos presupuestos para que se hubiera reconocido algún modelo de derechos de los niños: en primer lugar, la concepción del sujeto como individuo, el cual es dotado de valor y tenido en consideración en igualdad de condiciones respecto de los demás. En segundo lugar, la construcción de un modelo político-social cuya última referencia es el individuo.

Hay que entender que no es hasta el siglo XVII cuando se podría comenzar a hablar con propiedad de un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, después de un largo camino de desarrollo de los mismos. Es por eso, por lo que en la obra política de Platón y Aristóteles (*La república* y *las Leyes* de Platón y *La ética a Nicómaco* de Aristóteles) encontramos planteamientos de posiciones extremas (modelo negador de derechos) al tratarse de los inicios de dicha evolución.

Esto no quiere decir que, en la época de estos filósofos, el modelo existente no otorgase ningún tipo de protección jurídica a los niños, puesto que existían deberes que recaían sobre terceros o incluso sobre la comunidad cuyo cumplimiento beneficiaba a los niños.

Es cierto, que en la Antigüedad había una predominación de la colectividad frente al individuo y no podemos entender de la misma forma que en la actualidad a los individuos como titulares de derechos puesto que, en consecuencia, los intereses de los adultos quedaban muchas veces relegados. Aunque esto no crea confusión de la diferencia existente entre la protección que recibían los adultos, que eran integrantes y participantes con capacidad reconocida para tomar las correspondientes decisiones que afectaban a dicha colectividad, frente a la que recibían los niños, la cual solo podría equipararse a la de los grupos humanos excluidos de dicha participación, como eran los esclavos o las mujeres.

A continuación, vamos a intentar analizar, según los planteamientos de Platón y Aristóteles, cómo sería un sistema negador de derechos coherente.

¹⁵ CAMPOY CERVERA, I., *La negación de los Derechos de los niños en Platón y Aristóteles*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid, 2006. p. 13.

2.1.1 La concepción del niño

La concepción que tenían Platón y Aristóteles sobre el niño y sus características coinciden con la que se tenía en la Grecia clásica. Se considera que las características de los niños destacan por lo que les falta más que por lo que tienen; debilidad física, incapacidad mental, incompetencia moral... los llamados “atributos negativos” los cuales se complementan entre sí y que les separa de las características que poseen los adultos.

Platón en sus obras *Las leyes* y *La República* señala como cualidades físicas propias de los niños, “a causa de su fogosidad”, su incapacidad “de guardar reposo ni en el cuerpo ni en la voz y que grita y salta siempre en desorden”. Y a partir de eso concluye una carencia en las capacidades intelectuales que denotan falta de razón: “lo que por mi parte se es que ningún ser vivo nace con la calidad y grado de inteligencia que le corresponde tener en su madurez; y en todo ese tiempo en que aún no ha logrado su propia discreción, está todo él loco y grita desconcertadamente; y en cuanto llega a mantenerse en pie, salta también sin orden ni concierto”. Platón asocia las características que tienen los niños con sus atributos morales debido a que el niño está gobernado por la parte irracional de su alma que persigue los deseos y los apetitos, por lo tanto, concluye que, debido a la falta de templanza que les impide dominar sus placeres, los niños no consiguen tener un carácter completo.¹⁶

Aristóteles está de acuerdo con su maestro en cuanto a que los niños se rigen por su parte irracional del alma lo que les hace perseguir su voluntad y sean dominados por la pasión. También ambos coinciden en que es en esta etapa de la niñez cuando se debe actuar para conseguir que los individuos superen las deficiencias y se potencien sus cualidades positivas para que cuando sean adultos puedan desarrollarlas y ejercitarlas plenamente. Esto nos muestra la forma en la que ambos autores perciben a los niños como un medio de establecer una base fuerte a la hora de realizar reformas en el orden social. Son la única esperanza para la formación de la sociedad a la que aspiran ya que en ellos pueden configurar al adulto con las mejores cualidades posibles.

Platón les otorga una especial importancia a las características morales del niño, suponen la materia con la que poder formar al ciudadano de sus sociedades ideales, por ello, solo le dedica un estudio exhaustivo a esas características que le permiten conocer lo lejos que está de formar al ciudadano idílico.

Platón tiene una concepción tripartita del alma; dos partes conformadas por las características que se acercan o separan de la virtud (racional e irracional) y, una tercera, que

¹⁶ CAMPOY CERVERA, I., *La negación de los Derechos de los niños*, op.cit., pp. 25 y 26.

serían las características que, por su indeterminación, podrán ser moldeables y permitirán aproximarnos más o menos al individuo deseado (la irascible).

Es importante entender que Platón considera preponderante en el niño la parte irracional sobre la racional por lo que los niños no pueden tener opiniones firmes y verdaderas. Para que se pueda superar la situación de inferioridad que tienen se debe educar desde la niñez para mejorar sus habilidades positivas y aprender valores que los lleve a ser un ciudadano ejemplar. Destaca la importancia de una educación correcta debido a la fácil maleabilidad del carácter de los niños y las consecuencias que podrían llegar a tener una mala formación sobre ellos. Cree que en la primera etapa de la niñez es cuando más se desarrollan y fija como edad límite, en la que se comienza a consolidar el carácter del niño según lo aprendido, en los diez años.

A pesar de que la definición más conocida del planteamiento de Aristóteles es que “el hombre es, por naturaleza, un animal cívico” es a partir de la afirmación de que es un animal racional que busca alcanzar la felicidad de donde se puede realizar un análisis que nos lleve a comprender la concepción del niño.¹⁷

Aristóteles entiende al hombre compuesto en dos partes: el cuerpo y el alma. El alma tiene una parte irracional, actos involuntarios cercanos a las pasiones y los instintos más primitivos, como el dolor o el hambre, que tiene un papel dominante sobre la parte racional del alma, científica o calculativa, en el caso de los niños. La parte racional se va desarrollando gradualmente al contrario que la irracional que es aneja al hombre desde el nacimiento.

A semeja las faltas de los niños a las producidas por el vicio, a la intemperancia, en cuanto que en las dos se actúa guiado por la pasión, buscando el placer y no por la razón.

Aristóteles entiende por acciones voluntarias todas aquellas que el sujeto realiza por sí mismo y no por ignorancia. Es decir, considera involuntarias aquellas que se realicen de forma absolutamente forzada por un agente externo, pero las acciones que se realizan para evitar consecuencias peores también son voluntarias. La ignorancia puede afectar a quién lo hace, a con qué se hace y al para qué se hace la acción. Puede que exista el caso en el que el agente actúa y desconoce alguna circunstancia, pero actúa pudiendo no hacerlo y sabiendo el a quién, el con qué y el para qué, por lo tanto, puede que esté realizando una acción equivocada, pero no una acción involuntaria.

¹⁷ CAMPOY CERVERA, I., *La negación de los Derechos de los niños*, op.cit., pp. 27-33.

Aristóteles distingue dos tipos de acciones voluntarias, las que necesitan una deliberación previa y las que no. Entiende que los niños no pueden llegar a realizar las primeras debido a que su capacidad deliberativa es imperfecta y no tienen inteligencia suficiente para participar en la elección.

El filósofo considera existente una relación entre el ejercicio del vicio y las acciones voluntarias producto de una deliberación y elección por ser ambos necesarios (voluntad y deliberación) para decidir el fin y los medios. Por lo tanto, afirma que los niños, al no poder realizar actos voluntarios deliberativos, no pueden ejercer ni la virtud ni el vicio, ni ser buenos ni malos, ni justos ni injustos.

Aristóteles considera que existen dos tipos de virtud, una dianoética que tienen su origen principalmente en la enseñanza y una ética que tiene su origen en la costumbre. Las virtudes no se producen ni por naturaleza ni contra naturaleza sino por tener aptitud de percibir las y perfeccionarlas, entonces los niños no pueden poseerlas sino simplemente tener aptitud para poseerlas.

El niño, por lo tanto, no puede ser poseedor de virtud o vicio tal y como se valoran las que ejerce un hombre. ¿Existe entonces algún valor moral en las acciones voluntarias que realizan los niños? Partimos del presupuesto de que Aristóteles advierte que el acto es justo o injusto independientemente de si se realiza de forma voluntaria o involuntaria. Sin embargo, existe una diferencia importante entre uno y otro, ya que si se realiza un acto injusto de forma involuntaria será por accidente por lo que podrá el ejecutor ser perdonado o condescendido, mientras que en el caso de que el acto injusto fuese realizado de forma voluntaria se habrá de considerar como acción injusta y a su autor se le deberá corregir o castigar al igual que se le hubiera ensalzado si la acción realizada hubiera sido justa. Como consecuencia el niño no se puede entender que actúe de manera justa o injusta (al no poder actuar de forma deliberativa) solo se podrá entender que realice actos justos por los que será elogiado y actos injustos por los que será corregido.

Atendiendo a la comprensión de la concepción del hombre como animal racional que busca alcanzar la felicidad, no se puede considerar que los niños puedan llegar a ser felices, esto es debido a que para Aristóteles la felicidad se alcanza al buscar en la parte racional del hombre lo característico y ejercitarlo de forma virtuosa, con las correcciones (propio del hombre que sea bueno) siendo lo que es propio de cada naturaleza lo más excelente para ella y en el hombre, según el estagirita, es la vida guiada por la razón es en esta en la que se ejercitaran dichas virtudes que le llevarán a conseguir el fin que persigue. En conclusión, al

no poder los niños ser virtuosos por su falta de racionalidad no pueden alcanzar la vida feliz que es necesariamente guiada por la razón.

Podemos deducir de las reflexiones de Aristóteles que considera al niño un ser imperfecto por su falta de capacidad racional que no le permite ser un ser autosuficiente y debe de ser dependiente hasta alcanzar su desarrollo al convertirse en adulto. No podrían ni llegar a considerarse plenamente ciudadanos ya que siempre serían ciudadanos de forma incompleta, además sus acciones son guiadas completamente por sus padres ya que el niño nunca podría llegar a elegir qué hábitos debe realizar puesto que no los guiaría conforme a la razón sino a las pasiones, por lo que, es apropiado que el padre (normalmente) le dirija en la primera infancia a través de una buena adecuada utilización de los placeres y los dolores. Solo de esa manera el niño puede adquirir los hábitos adecuados.¹⁸

En sus planteamientos Aristóteles va más allá al considerar al niño una mera propiedad del padre a los que los pobres se ven obligados a acudir por carecer de esclavos y un bien común del matrimonio que ayuda a mantenerlo unido.

2.1.2 Las relaciones entre padres e hijos

Las relaciones entre los padres y los hijos se caracterizan en esta época por la completa subordinación del hijo a la voluntad de su padre tal y como marcan las leyes de la ciudad.

El niño tiene poca importancia en los planteamientos de ambos filósofos, aunque se puede encontrar una clara distinción en sus concepciones; por un lado, Platón, en consonancia con su concepción, tiene el objetivo de considerar al niño como un “material” con el que conseguir formar al futuro ciudadano ejemplar, mientras que, para Aristóteles, además de tener en cuenta lo anterior, intenta dar explicación a la naturaleza humana en si misma y a las relaciones. Estas diferencias influyen en la noción que tienen de las relaciones entre padres e hijos.¹⁹

En el enfoque que ambos dan a las relaciones entre padres e hijos podemos observar que mantienen las dos ideas centrales que las sustentan en la sociedad ateniense que son: el respeto reverencial debido por los hijos a los padres y el gobierno de los padres, conforme a su voluntad, de la vida de sus hijos.

¹⁸ CAMPOY CERVERA, I., *La negación de los Derechos de los niños*, op.cit., pp. 33-39.

¹⁹ CAMPOY CERVERA, I., *La negación de los Derechos de los niños*, op.cit., p. 41.

Hay que tener en cuenta que en Atenas la institución de la familia tiene una posición predominante, a pesar de la posición central del Estado, y dentro de la familia la figura predominante del padre como jefe del culto doméstico.²⁰

Y también hay que tener en cuenta la importancia que tenía para los atenienses el cuidado y el respeto a los progenitores. Un buen ejemplo de ello es la obligación, que otorgaba la ley de Solón, de que los hijos tenían que dar alimentos y alojamiento mientras los padres vivieran y de dar entierro apropiado cuando los mismos murieran.

Ambos filósofos parten de estas ideas a pesar de sus diferentes interpretaciones en el caso de Platón debido a su preocupación por conseguir una ciudad ideal en su obra *La República* no duda en sacrificar este modelo de relación entre padres e hijos, aunque más tarde en *Las Leyes* defiende con fuerza ese tipo de relación. Aristóteles al estar más preocupado por dar soluciones que sean realistas y posibles a los problemas que enfrentaba a la ciudad asume la defensa de ese modelo desde un principio.

En cualquier caso, ambos dos conciben que los niños no tienen derechos reconocidos ya que, la comunidad o los padres, pueden disponer de sus vidas como si estuviésemos ante una propiedad. Se puede observar fácilmente si nos fijamos, en que, tanto en Esparta, como en Atenas, se seguía un protocolo mediante el cual se decidía si se aceptaba al niño en la sociedad. En Esparta era una decisión primordial de la comunidad basándose en que el niño tuviese unas aptitudes que se considerasen convenientes, sino se le condenaba a muerte. En Atenas, se le permitía al *Kyrios*, el cabeza de familia, decidir si aceptaba o no en la familia al niño y posteriormente se le sometía a la aceptación del Estado.

El padre tenía numerosas potestades sobre sus hijos que nos hacen contemplar su semejanza a la propiedad, como, por ejemplo, la potestad originaria de vender a sus hijos como esclavos, aunque posteriormente fuera prohibido por las reformas legislativas de Solón excepto el caso de las hijas cuyo padre o hermano descubren que ha tenido relaciones sexuales antes del matrimonio, el derecho de corrección por el que se le permite al padre incluso usar la fuerza física para que se le obedezca y muchos otros. La niña siempre estará en posición de inferioridad en cuanto al niño siendo gobernada por el *Kyrios* durante toda su vida como si estuviésemos ante un menor permanente.

2.1.3 El gobierno ejercido sobre los hijos

²⁰ CAMPOY CERVERA, I., *La negación de los Derechos de los niños*, op.cit., pp. 41 y 42.

No es difícil de entender, después de lo anteriormente explicado, entender que Platón considera que el mejor gobierno sobre los hijos es el que ejercen sus padres y que, para ello, se les debe de otorgar amplias potestades. Platón considera necesario el respeto a ambos progenitores y también la necesaria intervención de ambos en la consecución de su objetivo final: la creación de la ciudad ideal.

Platón sí que defiende la autoridad de la madre y la posibilidad de permanencia en caso de que no exista la del padre, pero tal y como Ignacio Campoy opina, es muy probable que Platón no estimase la existencia de un gobierno compartido a partes iguales entre el padre y la madre en la familia, ya que defiende el gobierno de los mejores sobre los peores y el filósofo tenía la concepción de la mujer como un ser de naturaleza más débil, de acuerdo con la época en la que nos contextualizamos.²¹

La forma en la que se puede ejercer dicho gobierno es fácilmente deducible de la concepción que tiene Platón de respeto a los padres. La sumisión del niño es total, tanto respecto a sus personas como a sus bienes, la superioridad de los padres es total.

Dos ideas que no tienen por qué deducirse necesariamente son, en primer lugar, la extensión, a través de las disposiciones testamentarias, de potestades concernientes a esa forma de gobierno más allá de la propia muerte del padre. En segundo lugar, acerca del trato que los padres deben de dar a sus hijos. Platón considera que si el gobierno de los padres, la superioridad de los padres es el gobierno de los mejores sobre los peores, los padres deben de respetar a sus hijos y solo será mediante el ejemplo de los padres cuando los hijos podrán aprender los valores necesarios para convertirse en el ciudadano ideal.

En cuanto a la extinción de esa potestad, Platón considera que estas potestades se ejercen siempre independientemente de la edad que tenga el hijo. Solo en el caso de que el hijo denuncie la falta de capacidad debido al deterioro mental o vejez del padre de ejercer las competencias que se le otorgan y, tras haber comprobado su veracidad, podrá determinarse su incapacidad.

Platón también se separa de la forma en la que se producía en Atenas el repudio al niño y establece algunas modificaciones en su obra *Las Leyes*. En primer lugar, considera necesario un tribunal familiar para repudiar al hijo, no basta con la decisión del *pater familias*, el cual debe de justificar ante dicho tribunal la pretensión de apartar al hijo y el hijo puede defender la inexistencia de justa causa. Para que fuera procedente deben votar a favor de la expulsión del hijo más de la mitad de la familia. La segunda innovación incumbe a las

²¹ CAMPOY CERVERA, I., *La negación de los Derechos de los niños*, op.cit., p. 61.

consecuencias del repudio. Considera que el repudio supone también la pérdida de la ciudadanía debido a que hay un número determinado de ciudadanos y de lotes territoriales en la ciudad. Por ello, establece un plazo de diez años para que el hijo repudiado pueda ser adoptado por otro ciudadano, en caso contrario será trasladado a las colonias.

En consonancia con las aptitudes y características que Aristóteles les otorga a los niños, considera que es necesario que el adulto les guíe en sus actuaciones y que sean sometidos a los dictámenes de los adultos debido a que su alma es imperfecta, hay una carencia de racionalidad.²²

Por ello, es el hombre adulto, al ser superior por naturaleza, el que está destinado a mandar, aunque la forma de hacerlo deba de ser distinta en cada caso. Las relaciones entre los padres y los hijos, la relación procreadora, debe diferenciarse de la heril, entre amos y esclavos y de la matrimonial existente entre marido y mujer. Es importante atender a las peculiaridades de la relación entre padre e hijo para comprender mejor la justificación de la forma de gobierno que entre ellos se haya de establecer.

Por lo tanto, de aquí se deduce que no se puede dar un gobierno injusto del padre sobre el hijo como puede pasar en la relación de gobernados y gobernantes. Aristóteles considera que solo se puede dar la justicia política en situaciones en las que las personas tengan un principio de participación igual en las relaciones de gobierno.

No se puede hablar de justicia ni de justicia política ya que se considera al niño como una parte del padre y nadie sería injusto contra sí mismo. No obstante, sí que contempla que pueda existir una injusticia, no contra uno mismo, sino contra partes de uno mismo, esto se puede dar en relaciones de amo o domésticas y aquí sí que podríamos hablar de una justicia típica de las relaciones entre gobernado y gobernante. A pesar de que no lo diga específicamente, se entiende que Aristóteles en esta reflexión hace también referencia a las relaciones entre padre e hijo puesto que, teniendo en cuenta su concepción, es improbable que le dé más importancia a la voluntad del esclavo que a la del niño.

Llegados a este punto, nos encontramos en una situación con elementos contradictorios, puesto que: si Aristóteles afirma que no puede existir injusticia en el gobierno del padre sobre el hijo ya que no están en igualdad y, además, el hijo forma parte del padre y nadie llevaría a cabo acciones injustas contra sí mismo al igual que no soportaría situaciones injustas voluntariamente. Así, el niño quedaría sin voluntad alguna y, como ya hemos visto, puede llevar a cabo acciones voluntarias, pero si se reconociese que se pueden llevar a cabo

²² CAMPOY CERVERA, I., *La negación de los Derechos de los niños*, op.cit., p. 73.

acciones injustas contra el niño se le estaría reconociendo, al menos, cierta independencia en cuanto al padre.²³

El estagirita tiene la idea de que en las relaciones entre padres e hijos existe una peculiar amistad guiada por el amor mutuo y la superioridad del padre sobre el hijo. Asimismo, estima que el legislador debe atender a la edad del padre, puesto que, si este fuera demasiado joven dificultaría el respeto que el hijo pueda tenerle y, por otro lado, si este fuera demasiado mayor, no estaría en condiciones de apoyar al hijo, así como el recibir de ellos las estimadas satisfacciones. Estas satisfacciones incluyen tanto las morales, como las satisfacciones materiales. Independientemente de esto, a pesar del gran número de satisfacciones posibles, debido a la relación y los beneficios que obtiene el hijo, nunca se podría dar por saldada la deuda que tiene el hijo con el padre por haber recibido la vida, la crianza y la educación. Esto explica que Aristóteles admita el repudio hacia los hijos, pero no hacia los padres.

Esto tiene como resultado que los hijos, al ser dóciles por naturaleza, acaben adoptando los hábitos de sus padres, además, pueden ser corregidos mediante castigos corporales entendiéndose que su utilización se llevará a cabo mediante el amor paternal característico de esta relación.²⁴

Aristóteles asemeja esta relación entre padre e hijo a la monarquía como forma de gobierno político reguladora de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados de una ciudad. Hace una distinción entre tres clases de regímenes políticos y considera que los puede equiparar a las relaciones familiares. Destaca como mejor régimen político la realeza donde el rey es superior al resto y gobierna en beneficio de los gobernados al igual que ocurre con el padre y sus hijos. Y cree el peor régimen a la tiranía, que es lo opuesto al reinado, el tirano gobierna en su propio beneficio, y en las relaciones familiares se traduciría en que el padre le tratase al hijo como a un esclavo. Considera que el régimen intermedio sería la democracia como desviación de la república, no sería una situación óptima en la que todos son considerados iguales, el padre no tiene el poder suficiente como para gobernar, hacerse escuchar ante el hijo de forma que cada uno actúa en consonancia a sus deseos.

El estagirita va más allá y asemeja la amistad y justicia que se da en las relaciones entre el rey y sus súbditos como la que se da entre el padre y su hijo comparando los beneficios que tanto los hijos como los súbditos obtienen de dichas relaciones, pero entiende que si se

²³ CAMPOY CERVERA, I., *La negación de los Derechos de los niños*, op.cit., pp. 74 y 75.

²⁴ CAMPOY CERVERA, I., *La negación de los Derechos de los niños*, op.cit., p. 75.

diera una situación de tiranía es muy probable que la amistad y la justicia no existiera en esa relación ni atendiendo a los gobiernos ni a las relaciones paternofiliales.

A pesar de esto, el filósofo considera que el padre tiene poder sobre todas las facetas del niño, pues en otro caso no estaríamos ante un gobierno adecuado. Además, aunque el niño se relacione con más gente, como, por ejemplo, con su madre, a quien finalmente deberá obedecer es a su padre.²⁵

2.1.4 El mejor interés de los niños

Podemos deducir, de lo hasta ahora expuesto, que ninguno de los dos autores busca realmente una forma de satisfacer el interés del niño propiamente dicho. Su forma de concebir al niño como un mero material del que partir para conseguir un ciudadano ideal hace que no se busque un interés del niño en la niñez, un interés a corto plazo. Al no haber alcanzado la adultez se entiende que este no puede tener un interés propio puesto que es un ser humano imperfecto sin capacidad para decidir ni cuál es su interés ni mucho menos cómo puede llegar a conseguirlo.²⁶

Esta forma de entender a los niños como vacíos de valor propio al no ser aún completos hace que durante mucho tiempo se cometieran numerosos infanticidios y abandonos de niños por considerarse que no tenían los requerimientos básicos para poder convertirse en adultos funcionales considerados el ciudadano ejemplar. Como el niño es un mero instrumento para conseguir un ciudadano ejemplar los niños que por sus deficiencias no puedan llegar a serlo conforme con los ideales de los padres o la colectividad correspondiente, no tendría sentido seguir preocupándose por él.

La niñez se concebía como un momento de formación en la que el niño, ser imperfecto con numerosas carencias y deficiencias debía de superar. De esta forma, la negación de un posible interés propio del niño venía a coincidir con la concepción del niño como ser imperfecto que solo alcanza la perfección, y tiene interés como persona, en la adultez.²⁷

Al no poder saber el niño qué es lo que le conviene es absolutamente necesario que una persona adulta lo determine por él y la manera de conseguirlo para que pueda conseguir una adecuada formación y que, de tal forma, el gobierno del adulto sobre el niño sea completo sin que el niño participe de ninguna forma.

²⁵ CAMPOY CERVERA, I., *La negación de los Derechos de los niños*, op.cit. p. 77.

²⁶ CAMPOY CERVERA, I., *La negación de los Derechos de los niños*, op.cit. p. 81.

²⁷ CAMPOY CERVERA, I., *La negación de los Derechos de los niños*, op.cit. p. 82.

Hay que resaltar en qué sentido entienden qué es lo mejor para el niño, quién ha de determinar en cada caso qué es lo mejor para él y cómo se ha de conseguir y cuál es el medio mediante el que se considera que se ha de conseguir. En este sentido hay que exponer una serie de planteamientos que podemos encontrar en ambos autores, en los que defienden medidas eugenésicas y de control de la población. Ya que en ellos se muestran una visión diferente del mejor interés del niño. En ambos enfoques existe una razón común: la pretensión de formación del ciudadano adecuado. Igual que antes se destacaba que el interés del niño era trasladado al interés de la persona en su adultez, ahora lo que se subraya es la negación de cualquier interés del niño ante la primordial consecución del interés de la ciudad. Y, en ambos planteamientos, se observa que los pensamientos relacionados con el régimen político adecuado no superan el ámbito físico y espiritual de la ciudad; de esta forma la determinación de lo que es mejor para ésta habrá de suponer un criterio válido conforme al cual juzgar otros posibles intereses, como podrían ser los de los niños.

Es importante entender que para Platón las características de los niños es el resultado de la combinación entre las de los progenitores, y que las relaciones familiares solo tienen sentido si con ellas se consigue el mayor bienestar público.

De esta forma podemos entender mejor las regulaciones que hacía Platón, como, por ejemplo, la prohibición de procrear en estado de ebriedad o con patologías crónicas.

Es una forma de asegurarse que el resultado de la procreación entre adultos fuesen niños lo más capacitados posible para ser potencialmente adultos ejemplares. Por ello, disponía distintos controles como amañar los sorteos para elegir que guardianes deben procrear, o imponer un sistema de vigilancia para cerciorarse de que las parejas estén tomando las precauciones necesarias para procrear los mejores hijos que puedan para la ciudad con la posibilidad de denunciarles, en caso contrario, a un tribunal.

Otra gran preocupación de Platón es el control de la población, considera que el legislador debe regular las uniones matrimoniales y los nacimientos de los hijos. El número de habitantes se debe ajustar al tipo de ciudad de acuerdo con sus condiciones particulares. Platón prevé algunos inconvenientes y fija algunas medidas para solventarlos como es el caso de que el padre debe escoger a uno de sus hijos para sucederle y, entonces, el resto deberá abandonar el hogar paterno.²⁸

²⁸ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 87 y 88.

Como podemos apreciar claramente, en ningún caso se mira por el interés del niño, si no, más bien, hay un interés en el niño, unas expectativas y unos objetivos que debe cumplir y el legislador debe establecer un contexto propicio para ello mediante leyes, controles y políticas abortivas o fomentadoras de la procreación.

Desde el punto de vista aristotélico la ciudad es la comunidad superior y anterior por naturaleza. Por lo tanto, una ciudad debe de contar con un número apropiado de habitantes que permita su autosuficiencia, pero, al mismo tiempo, sea controlable con una constitución.²⁹

Aristóteles, por lo tanto, cree necesario que el legislador se encargue del control de natalidad y de que los niños que nacen tengan las características deseadas, para ello propone la fiscalización por parte del legislador de los cónyuges que procrean, de sus características físicas y de su edad, incluso tener en cuenta la época del año en la que se debe de procrear; el invierno.

En el caso de que no se hubiese podido evitar el nacimiento de hijos con malformaciones o no se haya podido evitar el exceso de población mediante técnicas abortivas, se les debe de abandonar a los niños.

Otra vez, al igual que en el caso de Platón, nos encontramos ante un absoluto desinterés hacia el niño y el único interés es en el niño como potencial ciudadano ejemplar.

2.2 LA POSICIÓN MODERADA

Ya en la Atenas del siglo V podemos encontrar los primeros signos de superación de este modelo extremo que anteriormente describíamos a través de la visión de Platón y Aristóteles.

Comienza así una lenta evolución que parte de la superación del ideal educador de la aristocracia griega, que entendía que la transmisión de valores solo podía llevarse a cabo entre clases nobles, la educación llevaba aparejada una consideración de clases y un afecto especial entre el que enseñaba y el enseñado que en alguna ocasión podía tener su reflejo en la práctica pederástica.³⁰

Al entender que la transmisión de valores puede realizarse a todo aquel que esté dispuesto a recibirlos se inicia un ideal educador de raíz más popular que significa el surgimiento y

²⁹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p.89.

³⁰ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 213.

desarrollo de la institución de la escuela con la figura del maestro acorde a la superación de las concepciones aristocráticas.

En la Atenas clásica no había, ni mucho menos, igualdad de oportunidades para los niños los cuales en muchas ocasiones se veían obligados a trabajar, sobre todo en el campo. Además, la relación entre maestro y alumno evolucionó y se comenzó a cobrar por la enseñanza, por lo tanto, dependiendo del nivel económico que tuviese la familia el niño podría adquirir cierta educación. Por otro lado, hay que tener en cuenta también la exclusión que, al igual que en muchos otros ámbitos, recibían las niñas siendo común que no recibiesen ningún tipo de educación.

En la Edad Media se continúa transformando la concepción hacia una posición moderada. El surgimiento de las Universidades que va unida a la mayor extensión de la educación y la institución del aprendizaje de los diferentes gremios que había en la sociedad medieval, implicaron, aún con el mantenimiento de las diferencias sociales, el inicio de un mayor flujo social y la adquisición de nuevos conocimientos por personas que antes no tenían acceso a ello.³¹

A pesar de ello, como ya hemos indicado previamente, las diferencias de clase existían, el niño debía de formarse para cumplir las funciones básicas a las que estaba “destinado”, la educación debía permitirle desempeñar de forma adecuada su rol adulto correspondiente con el contexto social al que perteneciese que comúnmente era en el que había crecido y se habían desarrollado las vidas de sus padres.

No es hasta el Renacimiento cuando se da el paso a la concepción realmente moderada. La unión del incipiente individualismo con el Humanismo se encuentra el elemento más importante en este sentido: la creación de una pedagogía que permitiese aprovechar las cualidades de cada niño y no a las que estuviese previamente predestinado por la profesión de sus padres o su condición social.

Todavía se está lejos de la superación de la idea principal de que se debe formar a la persona de manera que consiga desarrollar las cualidades que le hagan apta para ejercer las funciones que debe desempeñar en el futuro, una idea que ya se señalaba en los planteamientos de Platón y Aristóteles. Sin embargo, se produce un cambio en la vertiente social y, en menor medida, en la vertiente sexual.

Por un lado, existe una mayor apertura entre las clases sociales, el niño ya no está tan predeterminado como antes a realizar la función social de sus padres cuando sea adulto,

³¹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 217 y 218.

sino que se realizará la más adecuada según sus capacidades, es decir, se entiende que la mejor forma de utilizar todos los recursos disponibles del capital humano de esa sociedad es permitiendo que cada uno pueda realizar el trabajo para el que esté más capacitado. Tal y como señala Ignacio Campoy: “la formación del hombre cambiaba porque, aun cuando persistía la comprensión de que la educación servía para formar al niño de acuerdo con los valores predominantes de la sociedad, con el individuo propio de la Modernidad, el Humanismo y las transformaciones que conllevó el Renacimiento, los ideales de la sociedad habían cambiado”.³²

Y, por otro lado, como consecuencia directa de la corriente humanista, surgirá la preocupación de conseguir mediante la educación el mejor desarrollo posible de la personalidad del individuo sin que esté plenamente dirigida a la futura función social que se deberá realizar, sino fundamentalmente a su propio desarrollo. Aunque hay que entender que para los humanistas este pleno desarrollo personal es el que garantiza una buena realización de las funciones sociales.³³

2.3 LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Hay que subrayar la importancia de la evolución que lleva de las primeras posturas más extremistas en las que el niño era considerado una propiedad del padre hasta las posturas moderadas en las que ya se comienza a valorar la persona del niño y, por lo tanto, se le otorga cierta protección, lo que podríamos llegar a denominar un reconocimiento de ciertos derechos al niño.

Es necesario hacer un inciso y aclarar que, incluso al hablar de las posturas extremas, se pueden encontrar ciertos derechos de la persona del menor. Es cierto que a pesar de las severas restricciones legales del menor existían también relaciones con la comunidad más allá de sus vínculos familiares. A pesar de ello ninguno de los derechos de los que era beneficiario se sustentaban en la simple consideración del niño como persona. La nota diferenciadora de esta primera etapa de los derechos de los niños se caracteriza porque, aunque ya hemos señalado que, en todo caso siempre los niños han tenido algún tipo de derecho, no son estos derechos consecuencia de la valoración propia del niño, sino más bien consecuencia de los deberes que se les imponía a terceros para conseguir el fin superior que es el que realmente tenía importancia, no es hasta que poco a poco se va

³² CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 220 y 221.

³³ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 221.

consolidando una posición moderada cuando comienza a reconocer también la valoración de la persona del propio niño como razón que justificaba estos derechos.³⁴

³⁴ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 256-260.

3. EL MODELO PROTECCIONISTA

3.1 LOCKE: ANTECEDENTES DEL MODELO PROTECCIONISTA

Antes del siglo XVII no se podía hablar de derechos de los niños como ya hemos mencionado anteriormente. A partir del siglo XVII, momento en el que se produjeron numerosos cambios, también se produjeron en cuanto a la infancia y la concepción del niño y se crea por primera vez todo un sistema de protección y derechos de los niños.

Es verdad que, durante este tiempo, todavía prevalecía en cierto modo la idea de propiedad del niño por parte de los padres y, los niños, seguían sometidos a un control y dominio, pero poco a poco se fue instaurando un modelo proteccionista que conseguiría su mayor auge en el siglo XIX y que algunas de sus notas características podemos continuar encontrando en nuestros días.³⁵

En la siguiente cita podemos encontrar claramente la importancia de los pensamientos de Locke a la hora de entender el proteccionismo que ahora mismo dirige la mayoría de las políticas socioeducativas: “Todo el que tenga niños a su cargo debe estudiar con cuidado su naturaleza y sus aptitudes; reconocer por frecuentes experiencias el giro natural de su espíritu; observar, en fin, su fondo natural: cómo puede desenvolverse y qué son capaces de hacer”³⁶

3.1.1 La concepción del niño

Donde más puntos se conectan entre Locke y las teorías clásicas: prevalece la concepción del niño como ser imperfecto. Teniendo en cuenta al niño como ser imperfecto necesariamente su enfoque está en el futuro del niño, es decir, la adultez. Para Locke la característica fundamental del niño que se debe desarrollar es la razón. Se parte de la niñez con ausencia de cualquier conocimiento y paulatinamente se van adquiriendo conocimientos y desarrollando la razón, hasta llegar al estado de perfección que es la adultez.

Se le da importancia a la educación en sentido amplio atendiendo a las características del niño la forma de conseguir los objetivos es centrarse en las peculiaridades que particularizan el carácter de cada niño, con lo cual sigue la concepción tradicional que ya vimos desde Platón, lo que significa valorar al niño solo en cuanto a futuro adulto. No será

³⁵ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 275 y 276.

³⁶ MORENTE MEJÍAS, F., “Notas para una concepción alternativa”, *RASE*, vol. 5, núm. 2., p.243.

hasta Rousseau, que defenderá que se empiece a conocer al niño no solo para conseguir formar mejor al futuro adulto, sino también porque el niño tiene valor propio.³⁷

Locke contempla dos cuestiones sobre las posibles tendencias connaturales:

Considera muy importantes los hábitos que se obtienen en la edad temprana, si no está acostumbrado un niño a someterse a la razón de otras personas les costará más cuando sean mayores someterse a su propia razón, por ejemplo. Cree que los primeros hábitos que se obtienen son los que fijan la forma en la que se desarrollarán los niños más allá de sus capacidades, y de que aguantarán lo que estén acostumbrados a aguantar. Mediante los buenos hábitos es de la mejor forma que un niño puede desarrollarse para que le pueda guiar su propia razón en la vida.

Por otra parte, sale a relucir una cuestión que es: si los niños como tal nacen sin razón, son un papel en blanco al nacer, una tabula rasa, el niño no tiene ideas innatas, las sensaciones y su propio razonamiento va a ir imprimiendo ideas que irá formando su pensamiento, ¿cómo un niño llega a tenerlas? A esto Locke contesta con una palabra: la experiencia. “Las observaciones que hacemos acerca de los objetos sensibles externos, o acerca de las operaciones internas de nuestra mente, que percibimos, y sobre las cuales reflexionamos nosotros mismos, es lo que provee a nuestro entendimiento de todos los materiales del pensar.”³⁸

Hay que matizar, puesto que al contrario de lo que pueda parecer en un principio, Locke no considera que no exista nada connatural al ser humano, ninguna información genética. Eso es falso ya que, aunque Locke considere que el ser humano nace carente de ideas, también admite en distintos pasajes de su obra que existen en las personas ciertas tendencias connaturales propias de cada persona.³⁹

Parecen contraponerse en sus planteamientos, a defensa de la existencia de ciertas características connaturales del ser humano que en gran medida determinan el carácter de la persona, con la idea de que la mente del niño es un receptáculo vacío que debe de ser llenado a través de la educación mediante la creación de buenos hábitos.

Sin embargo, es posible conciliar esas ideas, al menos en sus concepciones teóricas, en el pensamiento de Locke. Por una parte, al negar la existencia de ideas innatas Locke quiere decir que todos los conocimientos son adquiridos, otorgándole mucha importancia a la

³⁷ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 282.

³⁸ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 284.

³⁹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 286.

educación, como forma de adquisición de conocimientos y de creación de hábitos adecuados, lo que irá conformando la personalidad de la persona. Y, por otra parte, con la existencia de características connaturales a la persona, está explicando que cada persona tiene unas tendencias que difícilmente se podrán superar mediante la educación.

En cuanto a la defensa de Locke de la existencia de tendencias connaturales en la persona, hay que tener en cuenta dos aspectos concretos: el primero, se refiere a la existencia en los planteamientos de Locke de la idea de pecado original o de la concepción de la inocencia y naturaleza esencialmente buena del niño. El segundo, se refiere a si en los planteamientos de Locke se da suficiente fuerza a las tendencias connaturales como para determinar de manera significativa el carácter y el comportamiento de las personas.⁴⁰

En cuanto a la primera cuestión: Locke en su obra le da mucha importancia al plano religioso, se muestra preocupado por la salvación del alma. En su debate político, al rebatir a Filmer, se basa en una diferente interpretación de los textos sagrados. Bien es así que, aunque sí que tiene en cuenta la existencia del pecado original, no le da importancia al hablar de la constitución de la personalidad del niño; bien porque no lo considere lo suficientemente determinante, o bien, porque considera que el niño al no poder llevar a cabo un razonamiento no puede conocer el bien y actuar en consecuencia; lo que para Locke significa alejarnos de la virtud. También, es interesante mostrar, como Locke observa en los niños una tendencia dominante, se da cuenta de que los niños quieren dominar consiguiendo que los demás hagan lo que ellos quieren o dominar como sinónimo de poseer. Aunque esto sea así, Locke no cree que sea una tendencia mala en el ser humano, sino que pueden ser nocivas en caso de que no vayan seguidas de una razón adecuada que las sepa controlar y dirigir. Esto hace que se quieran extraer estas tendencias del niño, aunque, en este sentido, hubiese sido más correcto decir que se deben encauzar por sus educadores.

En consecuencia, Locke no entiende que sea decisivo en la creación de la personalidad estas tendencias, sino que considera definitivo la educación que reciba y los hábitos que se creen en esa persona por los padres.

Finalmente, podemos concluir con que, todas estas consideraciones hacen que se conciba al niño como un ser al que hay que cuidar y proteger para que no reciba influencias nocivas externas que le perjudiquen al cuerpo, entendimiento y alma, de ahí que haga hincapié en la ausencia de perjuicios que sean inculcados en las más tempranas edades por el peligro de

⁴⁰ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p.290.

que se conviertan en ideas inherentes a la persona, innatas o que la misma persona considere como evidentes. Por ello, considera que conforme a estos argumentos se considera que se ha de someter su voluntad a fin de que, con el tiempo, tenga una propia, y se ha de someter su libertad, a fin de que, después de todo, pueda ejercerla. Esta es la forma de aprovechar la etapa formativa que se supone que es la infancia y, superando sus imperfecciones llegar a la perfección con la formación esperada en un adulto.

3.1.2 Las relaciones entre padres e hijos

Para comenzar debemos de hacer referencia a la concepción de Filmer, una concepción en armonía con la de Platón y Aristóteles, una concepción extrema en la que se considera que el padre tiene un poder absoluto sobre su hijo, puede decidir incluso sobre su vida o su muerte, y, por su parte el niño, carece de cualquier derecho, debiendo completa obediencia a su progenitor. Y así, a partir de la contestación de Locke a Filmer, es como surge el planteamiento de un sistema de reconocimiento y protección de derechos de los niños, el modelo proteccionista.⁴¹

Hay que destacar cuatro aspectos de la concepción de Filmer:

El primero está relacionado con que el poder que ejercía Adán sobre sus hijos era un poder que le había otorgado Dios. De esta forma, Filmer, argumenta el origen divino de la monarquía absoluta y también del poder que el padre tenía que ejercer sobre el hijo. Por lo tanto, las relaciones entre padres e hijos debían de considerarse inmutables, puesto que así lo había establecido Dios.

El segundo es que lleva hasta el final la tradicional comparación entre el poder del monarca con sus súbditos y el del padre con sus hijos. Considera que no hay que hacer diferenciaciones entre el poder del padre y el del monarca puesto que ambos proceden del poder que Dios dio a Adán respecto a sus hijos.

El tercero es que el poder que ejerce Adán como padre y gobernante, lo ejerce como cabeza de familia. Solo en cuanto conceda la posibilidad a un miembro de la familia de formar otra familia nueva se podrá empezar a hablar de otro cabeza de familia, con poder político-paternal sobre su propia familia.

Y el cuarto es que, pese a que la principal preocupación de Filmer sea justificar el poder absoluto del monarca sobre sus súbditos, está claro, al basarlo en el poder de los padres

⁴¹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 296 y 297.

sobre los hijos y confundir así el poder paternal con el político, que la forma de poder que el padre ejerce sobre sus hijos es, para este autor, el de una completa y total sumisión de los hijos a sus padres.⁴²

Este poder, además, al ser concedido por Dios no podría cuestionarse. Filmer no tenía dudas con que se fuese a cuestionar ya que la mentalidad de la época compartía con él la visión sobre el poder paternal. Así lo consideraba también Gamba que señalaba que había una gran conexión entre la mentalidad de la sociedad y los argumentos de Filmer, lo que para él supuso una ventaja, pero, por supuesto, para Locke supuso un importante obstáculo cuándo medio siglo después rebatía esas argumentaciones.

La crítica que hace Locke a la teoría de Filmer podemos observarla basándonos en los cuatro aspectos que se componen la de Filmer y uno más añadido respecto a las relaciones afectivas, así podremos comprender su propia concepción.

- El posible origen divino del poder monárquico y paternal

Locke niega que la monarquía tenga origen divino. Reinterpreta los libros sagrados ya que Filmer no había reparado en lo que realmente dicen los textos. Locke considera que Dios no señala una forma de gobierno concreta a los hombres, sino que da la libertad de elegir la que consideren conveniente.⁴³

Locke muestra interés en deslegitimar el origen divino de la monarquía, pero no está interesado en deslegitimar el origen divino del poder del padre sobre el hijo, comparte aquí, con Filmer su creencia, basándose en el quinto mandamiento “*honra a tu padre y a tu madre*”.

Considera que si bien, el dominio político puede eximir a cualquier ciudadano de cualquier obediencia a otra persona, no puede nunca una ley eximir de la honra a su padre y madre. Por lo tanto, de aquí podemos extraer la concepción de estas relaciones como inmodificables en tanto en cuanto tienen su origen en Dios.

- La distinción entre el poder paternal y el poder político

Locke cree que, aunque el poder paternal sí es divino, el político simplemente se reduce a una decisión de la sociedad mediante un pacto.⁴⁴

Locke muestra la inconsistencia de los argumentos de Filmer al comparar ambos poderes haciendo otra interpretación de las Escrituras. Un primer argumento que tuvo que destruir fue el que, aunque Filmer conocía como imposible intentó defender, y es que los monarcas

⁴² CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 298.

⁴³ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 301.

⁴⁴ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 305.

no son herederos en una línea ininterrumpida del poder paterno de Adán o Noe, a lo que Filmer intentaba sostener con la idea de que independientemente de los medios de los que se sirviesen para llegar al poder (usurpación, revolución...) adquirirían también por decisión divina, un poder igual al que se tenía si hubiesen accedido por herencia. Esto no hacía más que negar el principal argumento de Filmer, porque mediante su explicación daba a entender que daba igual como se consiguiese el poder porque en último término venía de Dios. A esto Locke realiza una crítica directa explicando que da igual como lleguen al poder, lo que les hace reyes es la forma de gobernar por un poder supremo y no los medios por los que han llegado al trono, y, en consecuencia, no tiene sentido hablar de herencia ni herederos del poder.

A mayores, habría que darle explicación a que, si según la teoría de Filmer, el poder absoluto de los monarcas sobre sus súbditos es el mismo que el de los padres sobre los hijos, o bien existen tantos poderes políticos como padres haya, con lo cual se daría una situación de anarquía en la que toda familia constituiría una especie de reino en el que cada padre fuera el monarca absoluto; o bien solo existen tantos poderes paternos como monarcas absolutos haya con lo que se estaría negando a los padres (que no fuesen monarcas absolutos) el reconocimiento y ejercicio de su poder paternal. Cualquiera de las dos es inconsecuente y desembocarían en un constante conflicto de competencias.

En conclusión, el contenido del poder político y del poder paternal difieren completamente para Locke.

- El poder paternal y el poder maternal

En este caso, Locke vuelve a hacer uso de los textos sagrados para refutar a Filmer. Locke apunta que al referirse al mandamiento "*honrar a tu padre y a tu madre*" también se está haciendo referencia a la madre, algo que Filmer no tiene en cuenta, por lo tanto, es otro argumento en contra del origen divino de la monarquía absoluta ya que el mandamiento hace referencia a ambos.⁴⁵

Con esto no es que Locke considere que no debe de haber un sometimiento de la mujer hacia el hombre, sino que el poder que puede ejercer el padre sobre los hijos también lo podría ejercer la madre sobre los mismos. Locke considera el matrimonio de una forma ajena a la realidad de la época (como sí hacía Filmer), lo percibe marcado por el consenso, como dos partes de un contrato, y por ello, podría disolverse cuando hubiese cumplido su función.

⁴⁵ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 310.

A pesar de esto, Locke tiene una concepción de familia patriarcal en la que el marido-padre sería el jefe de familia y como tal tendría cierto poder sobre la mujer y un poder determinante en la educación y crianza de los hijos.

Existe entonces cierta incompatibilidad entre los presupuestos de Locke, porque, por un lado, tenemos la igualdad del marido y la mujer basado en las Escrituras y en la concepción del matrimonio como un contrato, pero, por otra parte, tenemos la idea de primacía del poder del padre. Locke se preocupa mucho de hacer una fuerte distinción entre el poder del padre y el del monarca absoluto, el padre y la madre pueden tener poder por igual sobre los hijos, y la madre, en caso de estar sometida al poder del padre y no querer puede en cualquier momento disolver el contrato.

De modo que, la única cuestión que quedaría sin resolver es en que medida el padre tiene poder sobre el resto de la familia incluida la mujer. Como Locke no da una respuesta clara, Simons, teniendo en cuenta todas las ideas que Locke expone, intenta dar una explicación basada en que al ser el matrimonio un contrato, las partes o decisiones que no estuviesen previstas en dicho contrato sería el padre-marido quien diera respuesta y tuviese decisión sobre ellas al ser "*el más capaz y el más fuerte*".⁴⁶

- El contenido del poder paternal

Es verdad, que Locke viene criticando todos y cada uno de los puntos argumentativos de Filmer lo que hace que su concepción del poder de los padres difiera la una de la otra. No obstante, es en este punto, el contenido del poder, en el que realmente sus posturas se vuelven prácticamente contrarias.⁴⁷

Comienza por la inexistencia del concepto de *autoridad paterna* en las tesis de Filmer, el mismo le da un significado basándose en el "derecho de paternidad" por el cual a un padre o príncipe se le otorga un poder ilimitado e inalterable sobre todos los ámbitos de la vida de sus hijos o sus súbditos. Locke, sin embargo, no cree que el derecho de propiedad y el derecho de paternidad puedan ir unidos al contrario que Filmer basándose en las teorías clásicas.

Locke da una clara definición de la autoridad paterna la cual se basa en el buen gobierno por parte de los padres a los hijos hasta que estos alcancen su propia razón, y en ningún caso, este poder alcanza la propiedad del hijo la cual está únicamente a disposición de este.

⁴⁶ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p.315.

⁴⁷ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 319.

La importancia que tienen estas diferentes concepciones de las relaciones entre padres e hijos va a suponer una revolución para los derechos de los niños. Conllevará al abandono total de la consideración del niño como propiedad de los padres y empezar a considerarlo como sujeto titular de derechos. Filmer tenía interés en defender la doctrina clásica de las relaciones paternofiliales puesto que de ello se servía para defender el absolutismo. Sin embargo, Locke, al refutar la doctrina política del absolutismo y defender el liberalismo político, no se conformaría con señalar la imposible identificación del poder político con el paternal, sino que también acabaría por destruir la concepción de un poder paternal ilimitado y reconociendo a los niños como titulares de derecho. Locke establece un cambio de principios, deja atrás el absolutismo, un hombre sobre otro, para anteponer el principio que sigue vigente hasta nuestros días, de que el hombre nace libre y no esclavo, y con él reconocerá a todos los hombres una libertad natural desde el nacimiento.

Tal y como expresa en su artículo Morente Mejías “La modernidad de Locke se aprecia también en el talante que propone en la tarea socializadora. Para legitimar la autoridad del padre para con el niño, Locke no recurre a criterios de imposición sino a una innovadora noción de reciprocidad que supone la visión del niño como sujeto. Locke explicaba que para que los padres consiguiesen el respeto de sus hijos debían ellos primero respetarles, esto es toda una declaración de lo que hoy llamamos ‘autoridad democrática’, tan en crisis en la actualidad, pero que a pesar de su temprana enunciación su influencia en la opinión social tardará siglos en ser reconocida, y aun hoy no llega a ser plenamente atendida en el trato con la infancia.”⁴⁸

Por consiguiente, para entender cuál es la concepción lockeana se ha de partir de unos derechos del niño que son irrenunciables. Serán esos derechos del niño los que determinen el poder paternal, el cual podrá extenderse lo suficiente como para cubrir esos derechos, pero no podrá extenderse más allá de lo que se entienda que resulta necesario para conseguir esa satisfacción de los derechos de los niños.

En todo caso, el hecho de que a los padres se les niegue cualquier privilegio o poder sobre sus hijos cuyo ejercicio signifique únicamente la satisfacción de sus deseos propios, no quiere decir que no se les reconozca también la titularidad de ciertos derechos a los que deben dar satisfacción los hijos, como, por ejemplo, los fundamentales de honrar y obedecer a los padres, aunque su contenido resulta impreciso.

- Las relaciones afectivas entre padres e hijos

⁴⁸ MORENTE MEJÍAS, F., “Notas para una concepción alternativa”, *RASE*, vol. 5, núm. 2., p. 243.

En cuanto al quinto punto al que hacíamos referencia al hablar de la contraargumentación de Locke, es las relaciones afectivas que se dan entre padres e hijos algo necesario para comprender la postura de Locke. En resumidas cuentas, Locke, considera que el amor que tienen los padres hacia los hijos se traduce en criarlos y protegerlos, de hecho, en las primeras edades si no fuera por los padres los hijos no podrían sobrevivir. Este amor en cierto modo es lo que les obliga a los padres a tener unas responsabilidades con sus hijos que son el contenido de los derechos de estos. Se presupone, al tener en cuenta que el origen del amor a los hijos es divino que el gobierno que ejercerán sobre los mismos va a ser bueno y en su beneficio. Locke teme que los hijos lleven a cabo malos hábitos debido a la indulgencia de los padres.⁴⁹

Locke considera que se va produciendo a lo largo de la vida del hijo un cambio de sentimientos del temor al amor en el proceso de la niñez a la juventud y que, en este proceso indeterminado, considera como motivo principal, que el niño va asumiendo los valores y deseos del padre como propios, pero no se atiende a los valores o sentimientos que el propio niño haya podido desarrollar.

3.1.3 El mejor interés de los niños

Realmente en todas las teorías previas a Locke existía una ausencia de importancia por lo que realmente interesaba al niño. Esto, sin embargo, empieza a estar presente en los planteamientos de Locke. Se puede observar claramente la cualidad fundamental que actualmente seguimos entendiendo que caracteriza al concepto de “mejor interés del niño”, que es la toma de todas aquellas decisiones sobre cuestiones que afecten al niño, lo que ha de prevalecer es la defensa de lo que se considere que de ser más beneficioso para el niño.⁵⁰

- El contenido del concepto “mejor interés del niño”

Este concepto está fuertemente ligado tanto con la concepción del niño como futuro adulto, tanto con la consideración de Locke por atender las peculiaridades de cada niño. Podría deducirse de aquí, que realmente la forma de conocer el mejor interés es atendiendo a las particularidades de cada niño, pero realmente no es así porque si se concibe al niño como posible adulto, se deberán de tomar las decisiones que mejor vayan a beneficiar al adulto en sí, no decisiones beneficiosas a corto plazo. Lo realmente beneficioso será lo que

⁴⁹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp.329-333.

⁵⁰ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 339 y 340.

en ese momento le ayude a desarrollar mejor sus capacidades, lo que le permita ser el mejor adulto posible.

Para Locke lo que se ha de conseguir es que al llegar a la mayoría de edad la persona pueda dirigir su vida guiándose por su propia razón. En este sentido adquieren relevancia unas consideraciones que realiza Simmons. Primero, que los padres no tienen el deber de “maximizar” los intereses del niño sino simplemente criarles y darles las herramientas necesarias para que en el futuro puedan autogobernarse de una forma adecuada. Y, segundo, que con el poder de educación y disciplina el objetivo que se pretende es que el niño consiga ser un ser racional, y, por lo tanto, libre. De esta forma, se denota que la visión de Locke sobre el interés del niño no es más que llegar a ser esa persona adulta que se pretende.

- Las personas que han de determinar el mejor interés del niño

Debido al concepto de niño como un ser imperfecto con falta de razón que debe ir a lo largo de los años poco a poco desarrollándose para finalmente conseguir guiarse a si mismo Locke considera, que al ser este un proceso lento, otra persona diferente al niño es el que debe decidir cuál es su mejor interés.⁵¹

Debe de ser una tercera persona con suficiente poder de razonamiento como para poder discernir la ley de naturaleza y actuar conforme a ella. Para determinar quién ha de ser el tercero tenemos que fijarnos en las consideraciones que hacía Locke sobre las relaciones entre padres e hijos. Locke considera que han de ser los padres quienes lleven a cabo esta función, y, además, deben de ser ellos y no el hijo quienes reconozcan las verdaderas necesidades del niño en su interés y nunca sucumban a satisfacer deseos infundados del niño que lejos de beneficiarle lo que puede hacer es perjudicar la formación del niño.

De esta forma lo que hace es justificar la no intervención de terceros en las relaciones entre padres e hijos. Locke, en consecuencia, con su pensamiento liberal, es más partidario de dejar a los padres tanto el reconocimiento como la protección del mejor interés del niño.

Considera, en último lugar, como ya hemos visto, que según el niño va siendo más mayor, el padre debe de ir suavizando su conducta respecto a él y al mismo tiempo, bajo la discrecionalidad del padre, el niño debe de ir interviniendo más en los asuntos al ganarse la confianza de su progenitor, aunque es el padre quien en última instancia toma las decisiones, ya que el hijo aún continúa bajo su potestad.

⁵¹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 343 y 344.

- El posible conflicto de intereses entre el niño y sus padres

Surge una cuestión a resolver en el caso de que el mejor interés del niño implique la negación de otros intereses también legítimos. A esto Locke decide simplemente negar el conflicto. Considera que no puede haber un conflicto entre el interés del padre y del hijo, puesto que, el padre ejerce su poder en beneficio del niño siempre y no en su beneficio propio perjudicando al niño.⁵²

Esta es la única forma de que el poder del padre y el interés del hijo sean compatibles (que se beneficie siempre al hijo y no se le perjudique), pero suponer esto realmente ayuda a los padres a enmascarar sus propios beneficios alegando el interés del niño. La falacia de esta argumentación queda suficientemente demostrada por los abusos a los que muchos hijos se verán sometidos por decisiones de sus padres, lo que utilizarán los liberacionistas en contra del sistema proteccionista.

En conclusión, podemos subrayar que Locke trae consigo un cambio en el planteamiento tradicional puesto que pretende defender el reconocimiento y protección del mejor interés del niño siendo sus padres quienes lo consigan a través del poder paternal. No obstante, si nos fijamos en cómo se estructura la teoría finalmente parece que el concepto de mejor interés de niño sirve más como legitimación del poder paterno antes que como auténtico principio rector de la actuación paterna y muchas veces legitimará actuaciones que realmente van en perjuicio del niño.

3.2 LOS DERECHOS DEL NIÑO DESDE UNA PERSPECTIVA LOCKEANA

Se puede afirmar que Locke es la premisa de la que parte el proteccionismo. Ya en Locke se pueden encontrar los rasgos principales que caracterizan esta corriente de pensamiento; hacen referencia a niño como titular de una serie de derechos y les concibe como objeto de protección del Derecho. La consideración de cuáles son estos derechos y cómo son reconocidos es lo que nos hace acotar la corriente denominada proteccionismo. En el pensamiento de Locke se puede apreciar la justificación teórica que lleva al reconocimiento de esos derechos y a la forma en la que son reconocidos.⁵³

- La importancia esencial del valor libertad en el reconocimiento de los derechos de los niños

⁵² CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 348.

⁵³ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 384 y 385.

La importancia que la libertad de la persona tiene en el pensamiento de Locke hace que se convierta en antecedente de toda la doctrina que surgirá a partir del proteccionismo. La idea básica que encontramos en el autor inglés es la de que las personas son libres por naturaleza, todo el mundo nace como un ser moral libre, pero debido a ciertas condiciones que pueden afectar a la persona es necesario imponer unos límites a esa libertad. Las cualidades típicas del niño son la inmadurez lo que hace que de forma transitoria se deba de limitar su libertad obligatoriamente. Esta consideración de libertad rompe con los pensamientos absolutistas que tradicionalmente se venían defendiendo. Esta defensa de la libertad natural es el planteamiento acorde al liberalismo clásico. La libertad es el valor fundamental que ha de respetarse.⁵⁴

Para Locke esa libertad natural exige para su ejercicio el uso de la razón. Esto significa que los niños obtienen esta libertad en el momento de nacer, pero, sin embargo, no pueden hacer uso pleno de ella por carecer de suficiente razón, existiendo el objetivo, que afectará a todas las instituciones que se deban implicar para subsanar esa carencia, de conseguir un desarrollo adecuado para que al adquirir la razón suficiente pueda ejercitar su libertad natural. Y aquí es donde el valor de igualdad toma importancia y es una característica diferenciadora entre el proteccionismo y otros modelos. En el modelo proteccionista, partiendo del antecedente de Locke, aunque considera que el niño nace en una situación de desigualdad en el ejercicio de su libertad, se reconoce que nace como una persona dotada de libertad que ha de alcanzar necesariamente esa igualdad en el ejercicio de la libertad. Locke remarca que no se refiere a todo tipo de igualdad, sino que se refiere más concretamente a la igualdad con la que todos los hombres participan en lo que “respecta a la jurisdicción o dominio de uno sobre otro (...) es decir, del mismo derecho que todo hombre tiene a disfrutar de su libertad natural sin estar sujeto a la voluntad o autoridad de otro hombre”.⁵⁵ Por ello, hace referencia a que los niños nacen en desigualdad ya que sus padres tienen el gobierno sobre ellos aunque sea de forma transitoria.

Los padres guiados por el instinto de protección a sus hijos les guiarán mientras no tengan razón suficiente para poder ejercitar su libertad de forma independiente. Este objetivo es el que sirve para establecer los contenidos y los límites que se deberán de establecer en la toma de todas las decisiones que afecten a los niños (protección, educación, acciones que se lleven a cabo en su nombre...) las cuales tienen como fin que el niño pueda alcanzar el desarrollo pleno de sus cualidades físicas, intelectuales y morales de manera que le permitan

⁵⁴ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 385 y 386.

⁵⁵ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 389.

en la adultez ser considerado como un ser autónomo, que pueda ejercer su libertad con una razón que le permita distinguir y seguir esa ley de la naturaleza. Eso quiere decir, que habrá unos contenidos y unos límites que, necesariamente, se traducirán en el reconocimiento de unos determinados derechos de los niños, así como en la forma en que los mismos se hayan de ejercitar.

- Los derechos reconocidos

Tal y como vimos en el apartado de las relaciones entre padres e hijos, la potestad del padre la sitúan en el mandato divino, por lo tanto, no se entiende ese poder como un privilegio de los padres, si no, más bien como un deber de los mismos de cuidar a los niños, lo cual se fijaría como límite de dicha potestad. Es decir, el límite de la potestad de los padres es el cuidado del niño, el padre necesariamente debe de respetar esos derechos del niño. Esto es importante, porque Locke da la vuelta a la concepción que se solía tener tradicionalmente de este poder de los padres, el cual se priorizaba ante los derechos de los niños y no al revés como Locke plantea, dejando, de esta forma, de entenderlo como un privilegio ya que solo se reconoce para dar adecuado cumplimiento a la satisfacción de los derechos que tiene el niño desde el nacimiento (derecho a la vida, educación...).⁵⁶

Si bien es verdad que tiene mucha importancia destacar el carácter primordial que para Locke tiene el derecho de los niños, también es necesario tener en cuenta que el autor inglés considera que los padres tienen derechos que les son propios dentro de la potestad paterna.

Bien es cierto, que nunca podría considerarse que solo existiesen deberes de los padres sin tener en cuenta que dichas obligaciones lo que realmente satisfacen es los derechos de los niños sería, en palabras de Ignacio Campoy: “una mutilación indebida de sus planteamientos con graves consecuencias para los niños que Locke no podría aceptar”.⁵⁷

La especificación de que derechos son los que se les reconoce viene dado por el origen y el fin de estos. Es decir, son derechos naturales a la persona y, al mismo tiempo, deben de permitir al niño a afrontar su infancia y conseguir convertirse en un adulto lo más perfecto posible.

Así, después de haber analizado la concepción que tiene Locke del niño que nace sin conocimiento y debe de convertirse en un adulto lo más perfecto posible con la suficiente razón como para guiar su propia vida, tiene sentido indicar que los derechos que se le han

⁵⁶ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 393 y 394.

⁵⁷ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 404.

de reconocer al niño son derechos como el derecho a la vida, el derecho a la educación, el derecho a la integridad física, etc. En este sentido se entiende que al señalar como fin principal del matrimonio la procreación y la crianza de los hijos añada que tienen derecho a ser alimentados y mantenidos por los padres hasta que puedan valerse por sí mismos; y que, con la misma justificación de garantizar al niño el disfrute de los recursos necesarios para su desarrollo, Locke establece como derecho natural el de heredar las posesiones de sus padres, al menos, las que resulten necesarias para su supervivencia.

La problemática de esta argumentación surge en que se fundamenta en la concepción iusnaturalista, con la consecuente crítica positivista de la misma, y también en los problemas de ambigüedad y vaguedad que afectan a la posible definición que se haga del fin pretendido ya que es prácticamente imposible concretar objetivos planteados en unos derechos determinados.

Así pues, lo realmente importante del planteamiento de Locke es el potente antecedente que supone como fundamentador de la teoría proteccionista, antes que la enumeración concreta de derechos que pudiese hacer, que de hecho no hizo.

- El ejercicio de los derechos

Volviendo a basarnos en la idea de Locke de que los niños necesitan de un tercero para ser guiado, hay que señalar que este tercero, según Locke, debe de ser los padres o en caso de que ellos no puedan sean otra persona que actúe in loco parentis. Hay que observar la importancia que tiene esta figura para Locke que posteriormente será fundamental para el proteccionismo. Locke consideraba que como era necesario que el padre se encargase de guiar al hijo en todo caso, las veces que no fuera posible que el padre se encargará debía de llevarlo a cabo otro. Como, por ejemplo, el caso de los maestros, en caso de que la figura del padre no se encargue de manera directa de la educación del hijo deben de ser los maestros los que lo hagan, y, para ello, deben de tener las mismas potestades que los padres. De esta manera se produce una transferencia del ejercicio de la patria potestad de los padres a los maestros.⁵⁸

La forma de ejercer los derechos de los niños que caracteriza al proteccionismo es que el niño tiene derechos, pero su incapacidad para poder tomar las decisiones correctas le incapacita de ejercerlos puesto que de esta forma se estaría permitiendo al niño a actuar en su perjuicio y en el de terceros. Estaría relacionado así, el ejercicio de los derechos, con la

⁵⁸ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños*, op.cit., pp. 408 y 409.

teoría del interés, el interés de proteger el bien jurídico determinado: la protección del mejor interés del niño.

Este planteamiento deja algunas cuestiones sin responder; La primera hace referencia al tiempo que se ha de considerar que perdura esa incapacidad. La segunda, hace referencia al nivel de raciocinio que se considera necesario haber adquirido para gobernarse a uno mismo. Y, la tercera, hace referencia a la participación que se le ha de otorgar al niño en el ejercicio de sus derechos.

El fin, como ya hemos dicho, es la consecución del mejor interés del niño a través del ejercicio de los derechos por parte de un tercero ya que el carece de razón para ejercitarlos. Pues bien, la forma en que Locke ese ejercicio de los derechos no garantiza en absoluto la consecución de dicho fin. Es cierto, que el deber que tienen los padres de cuidar a los niños es una justificación moral de la actuación debida por los padres los cuales tendrán gran discrecionalidad a la hora de ejercitar el derecho concreto. Del mismo modo, el establecimiento de esos fines, si bien acotan en alguna medida esas posibilidades, la ambigüedad y vaguedad de los conceptos que sirven para definirlos, y, sobre todo, el silencio sobre la forma de conseguirlos sigue permitiendo que los padres puedan ejercer un poder excesivo en el ejercicio de esos derechos. Y, por último, la consideración de que el niño no tiene capacidad para comprender que es lo que le resulta conveniente y, por lo tanto, le inhabilita hasta pasada la mayoría de edad, hace que la credibilidad y la importancia de sus deseos y su opinión se reduzcan a lo que el tercero capacitado quiera. Lo que supone que no tiene por qué tener en cuenta al propio niño al ejercitar sus derechos lo que intensifica la idea de una exagerada discrecionalidad al ejercitarlos.⁵⁹

Esto no quiere decir que Locke no pusiese límites, morales y jurídicos, al ejercicio de los niños por terceros capacitados. Pero lo que sí que significa es que los derechos que se reconocen a los niños no garantizan el objetivo pretendido que es el mejor interés del niño para un desarrollo pleno de la personalidad, sino que lo que permite es un desarrollo de la personalidad conforme a la voluntad de sus padres.

3.3 EL MODELO PROTECCIONISTA: PROTECCIONISMO RENOVADO

Para tratar el modelo proteccionista tenemos que abarcar los cuatro siglos de historia desde Locke hasta nuestros días, en los que podemos considerar que se ha desarrollado la casi totalidad de la teoría y la práctica sobre el derecho de los niños. En los siguientes puntos

⁵⁹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 419.

vamos a intentar conocer la teoría proteccionista, que sigue cambiando en la actualidad, haciendo una diferenciación de dos posibles corrientes las cuales son el proteccionismo que denominaremos “tradicional” el cual se asemeja a los pensamientos lockeanos y el proteccionismo “renovado” en el cual numerosos autores han ido aportando sus propias ideas y puntos de vista y ha tomado una nueva perspectiva.⁶⁰

3.3.1 La concepción del niño

La concepción que se tiene del menor es, como veíamos al estudiar la teoría de Locke, de un ser caracterizado por la vulnerabilidad y sus carencias que hacen que se le considere un ser imperfecto el cual no puede valerse por sí mismo, pero al mismo tiempo un ser de gran valor que necesita una especial protección.⁶¹

En cuanto a las diferencias que podemos encontrar entre la concepción tradicional y la renovada es, más bien, a la hora de comprender y valorar su alcance. En los planteamientos tradicionales se entienden que a todos los menores les caracteriza una inmadurez semejante por lo que no haría falta hacer distinciones entre las diferentes edades que engloba la minoría de edad.

Sin embargo, en el planteamiento “renovado” tienen en cuenta las desigualdades que van surgiendo a lo largo de las distintas edades en todas las facultades del niño incluyendo las cognitivas de acuerdo con los avances de las otras ciencias (psicología, medicina, pedagogía...). Si bien, es cierto que encontramos abundantes problemas de difícil solución a la hora de delimitar las capacidades intelectuales de la persona incluso problemas a la hora de definir la racionalidad. Algunos autores tratarán de realizar un análisis general indicando edades concretas de las distintas etapas evolutivas de la persona; otros entienden que el desarrollo evolutivo es un proceso continuo en el que no se pueden realizar separaciones claras e incluso algunos autores consideran que se ha de tener en cuenta el proceso del menor concretamente puesto que no hay dos desarrollos equivalentes, cada uno tiene su propio progreso.

Por ello, los autores que se acercan a un proteccionismo más “renovado” hacen hincapié en la idea de que no todos los menores tienen las mismas características cognoscitivas y que, por lo tanto, para conocer el nivel de desarrollo de un menor se debe de atender al menor concreto. Además, señalan que es importante tener presente que, en las edades más

⁶⁰ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 421-427.

⁶¹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 423.

tempranas, el menor sí que es una persona sin conocimiento ni experiencia, pero en la última adolescencia, aunque mantiene la condición de menor, el niño tiene gran madurez racional y experiencia; igualmente habrá que atender a la seguridad jurídica que proporciona el establecimiento de límites de edad para la asunción de derechos y deberes.

Por consiguiente, se entiende que el niño es un ser indefenso e imperfecto al cual se le debe proteger por su gran valor que se conforma por tres causas primordiales las cuales son: las relaciones de amor que se establecen entre él y el resto de los miembros de la familia, las características que se les atribuyen y que son apreciadas por los adultos (inocencia, espontaneidad...) y su estimación como futuro adulto, que ha de cumplir con las expectativas en él depositadas y responder a los recursos que se han invertido en él.

3.3.2 Relaciones entre padres e hijos

Tal y como vimos al tratar la teoría de Locke, el proteccionismo tradicional se centra en los padres, en sus decisiones y acciones quedando los niños en una posición pasiva. Se propicia que el niño acabe sometándose a la voluntad del adulto encargado de cumplir las funciones paternas. Teóricamente el niño será beneficiado por las decisiones que el tercero encargado de guiar su vida tome respecto a él sin que sus opiniones sean escuchadas y con una plena discrecionalidad por parte del adulto.⁶²

En los nuevos planteamientos que surgen en consonancia con un proteccionismo renovado se trata de centrar la atención en los niños antes que en los adultos. Así es fundamental una idoneidad, por parte del padre, a la hora de llevar a cabo su función de dirección y control de la vida de su hijo, la cual se presumirá y no se entenderá contrariada hasta que se constate que el adulto no ofrece al niño la protección esperada. Por consiguiente, la unión entre padre biológicos y potestades paternas se rompe debiendo de ser otorgadas las mismas a la persona que mejor pueda desempeñar las funciones de protección.

De esta forma, se entiende que los padres han de ser los que tomen las decisiones pertinentes en última instancia, pero que deben de tratar de averiguar cuál sería la voluntad del niño si este pudiera tomar sus propias decisiones y es la adecuada protección del menor lo que define la relación entre el padre y el hijo.

- Distintos modelos reguladores de las relaciones paterno-filiales

⁶² CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 452.

A la vista de lo hasta aquí estudiado nos damos cuenta de que en todos los planteamientos proteccionistas se necesita poner límites al ejercicio del poder de los padres. Bien es cierto que cuentan con el límite de las funciones que se les atribuye y el poder que les legitima a poder dirigir y controlar la vida del menor, se necesitan instituciones o personas que fiscalicen si el padre respeta o no dichos límites. Así, se ha señalado a los poderes públicos como los encargados de realizar el control adecuado de la función paterna. A continuación, vamos a tratar cuatro modelos en los que se podría dividir el proteccionismo, dos casi teóricos y otros dos que coinciden con el “tradicional” y el “renovado” que tienen su plasmación en políticas reales.

a) Arbitrariedad en los medios para la consecución de los fines

Conforme a este primer modelo, estableciendo para ello que el ejercicio de las potestades paternas tiene el fin obligatorio de asegurar el adecuado desarrollo del niño; pero sin establecer un control externo del ejercicio de esos poderes de los padres. Es un modelo más bien teórico, no tiene demasiada viabilidad práctica ya que sin control externo no podría garantizarse que el ejercicio de las potestades paternas fuera encaminado al fin concreto del adecuado desarrollo del niño al dejar completa arbitrariedad a los medios que se utilizan para llevarlo a cabo. El control externo es necesario y por ello existe, en mayor o menor medida, en los otros modelos existentes.⁶³

b) Discrecionalidad controlada

En este modelo, a la previa determinación de los fines que se deben conseguir mediante el ejercicio de los poderes parentales, se añade un amplio margen de discrecionalidad a la hora de elegir y ejercitar los medios que se consideran adecuados a la hora de alcanzar dicho objetivo. Esto implica que: en primer lugar, al menos de forma indirecta, mediante la exclusión de determinados medios por no entenderse como apropiados para el ejercicio de los poderes de los padres, se establece un sistema cerrado de derechos y deberes que los padres han de respetar en el ejercicio de sus poderes. Y, en segundo lugar, existe una instancia superior a los propios padres para ejercer el control de que se están respetando los contenidos mínimos de esos derechos y deberes llevando a cabo la función paterna de una forma óptima y dentro de los amplios márgenes de discrecionalidad. Hay que tener en cuenta que uno de los principales elementos de este modelo es esa amplia discrecionalidad de los padres, que encuentra su justificación tanto en la indefensión de los menores como en la idoneidad de los padres para ejercitar esas potestades. Idoneidad que se debe, no solo

⁶³ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 454-456.

a su condición de adulto responsable y capaz, sino a la confianza en ese amor natural que se presupone que los padres sienten por sus hijos.⁶⁴

Este modelo, que se enmarca en las teorías proteccionistas “tradicionales”, es más propio en su concreción práctica de las políticas que se desarrollan en el modelo político que podríamos identificar, a grandes rasgos, con el Estado liberal de Derecho. La instancia de control superior a los padres sería el Estado, pero el abstencionismo estatal, que caracteriza este modelo político, afecta también al ámbito familiar. Es interesante destacar como para los propios autores liberales se ha de diferenciar de forma concisa entre la relación de poder que está legitimada y debe imperar en la esfera pública, para la que se crea un poder político limitado por las leyes y controlado con fuertes límites en los derechos y libertades de los ciudadanos, y la que está legitimada y debe imperar en la esfera privada, en la que el poder de los padres podía seguir gozando del poder despótico que ya se considera injusto e inviable para las relaciones del ciudadano con el poder político. Aunque es necesario destacar que por muy amplio que se considere el poder paternal, se establecen claros límites al mismo.

En este modelo la confianza en los padres es muy fuerte y solo tras importantes demostraciones de que esa confianza es infundada terminará por revocarse. Se tiende a mantener la relación de poder de los padres sobre los hijos. La intervención de los poderes públicos solo se admite a posteriori de haberse causado un daño o haberse vulnerado los límites.

Podemos observar que en este modelo no se da suficiente relevancia, o, incluso, se acerca al descreimiento de las opiniones de los niños.

Los problemas que plantea este modelo resultan de esa confianza casi plena en la correcta actuación de los padres. En palabras de Ignacio Campoy: “Las desastrosas consecuencias que en otros ámbitos de las relaciones sociales se han derivado de la argumentación justificadora del abstencionismo estatal se repiten, incluso en mayor grado, en el ámbito familiar”.⁶⁵ Parece indiscutible que las supuestas relaciones libres que se dan entre agentes sociales que se encuentran en diferentes posiciones socioeconómicas no se pueden continuar considerando “libres” puesto que lo que realmente se consigue es perpetuar y acrecentar las situaciones de desventaja o ventaja de las que partían. En las relaciones familiares el reconocimiento a los padres de un amplio poder discrecional sobre los hijos

⁶⁴ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 456 y 457.

⁶⁵ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 462.

puede conllevar a realizar un mal uso de ese poder y que, además, sea de gran trascendencia.

Un intervencionismo escaso y a posteriori resulta insatisfactorio puesto que dejar la vida de los niños a discreción de los padres, confiando plenamente en el amor natural que sienten hacia ellos ya que se traduce en una intervención de los poderes públicos que solo llegará cuando ya haya habido un daño grave y, probablemente, irreparable.

c) Potestad controlada

El tercer modelo se caracterizaría por una reducción de la discrecionalidad de los padres en el ejercicio de sus poderes. Es decir, se profundiza en los dos aspectos antes resaltados, tanto en los contenidos que han de respetarse al determinar los fines y en el ejercicio de los medios para conseguirlos como en el control ejercido por la instancia superior a los padres sobre el correcto uso de dichos poderes que les son reconocidos. Este modelo que se enmarca en las teorías proteccionistas “renovadas”, es más propio de las políticas que se desarrollan en el modelo político que conocemos como Estado social de Derecho.⁶⁶

En este modelo al centrarse la atención en los niños y no en los padres, estos últimos ven disminuida la discreción en el ejercicio de sus poderes. Se amplían los fines que se han de conseguir para el niño con esa protección. Ya no hablamos simplemente de un adecuado desarrollo, se establecen unos determinados derechos y deberes de inexcusable cumplimiento que se convierten en un esquema de desarrollo más explícito y exigente. Además, estos mismos derechos y deberes se configuran en límites más fuertes en el posible ejercicio de los poderes paternos.

Por su parte, los poderes públicos, más intervencionistas en este caso, ejercen un control más estricto del adecuado cumplimiento de los poderes paternos. Los motivos de intervención son menores que en el anterior modelo y los medios de conocimiento mayores, articulándose medidas como la denuncia obligatoria del personal sanitario ante cualquier indicio de maltrato, la denuncia de vecinos ante indicios de abandono, etc.

Aunque es verdad que se mantienen las premisas ideológicas de entender que son las relaciones padres e hijos las que mejor pueden salvaguardar los intereses del menor y que la familia es el ambiente idóneo en el que desarrollarse, existe un menoscabo importante en relación con el anterior modelo de la confianza que se tiene en la actuación de los padres y al mismo tiempo se acentúa la confianza en el niño y en los poderes públicos.

⁶⁶ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 464 y 465.

Una crítica muy repetida de este modelo es precisamente el elevado grado de intervencionismo que los poderes públicos ejercitan. Como en todos los temas relacionados con la crisis del Estado social la solución no parece fácil, algunos proponen una mayor libertad para los padres y otros plantean un modelo alternativo con cambios sustanciales, pero sin ser una nueva vía de actuación. Y otra posibilidad sería la de dar aun un mayor protagonismo a los niños en el ejercicio de sus derechos, una idea que puede tener también distintos desarrollos.

d) Control de la comunidad

El cuarto de los modelos sería un modelo teórico en el que en todo caso solo en el momento presente podría entenderse que esta empezando a tener cierta viabilidad. Tiene una estructura muy semejante al anterior modelo y surge para dar solución a los problemas que se derivan de ese fuerte intervencionismo. Se señala así, de forma alternativa, un traspaso de las funciones de control del Estado a la propia comunidad.⁶⁷

En cualquier caso, la aplicación de este modelo no supondría una diferencia substancial respecto al anterior modelo en cuanto a las relaciones entre padres e hijos. Significaría un traspaso de nuestra confianza de los poderes públicos a instituciones sociales ajenas a los mismos. Ignacio Campoy ante esto considera que no sabe si esta verdaderamente fundado y que, seguramente, sería fuente de nuevos problemas en diferentes ámbitos como la coordinación entre esas instituciones o en su decisiva función como efectivos controladores del ejercicio por los padres de sus poderes con el adecuado respeto a los derechos de sus hijos.

3.3.3 El mejor interés del niño

Es en el desarrollo de los planteamientos proteccionistas que el estudio e importancia concedida al concepto “mejor interés del niño” alcanza su grado más alto. Ya en Locke tenía mucha importancia, pero en las posteriores teorías proteccionistas se vuelve una pieza clave de estas hasta el punto de que su justificación pasará por ver si es lo suficientemente adecuada como para asegurar el mejor interés del niño. En la posible confluencia de intereses contradictorios entre los del Estado, los padres y los propios niños, se partirá de la necesidad de justificar que los intereses de estos últimos estarán, cuando menos, adecuadamente garantizados. No obstante, en las distintas formas de armonizar esos

⁶⁷ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 476.

intereses se pueden apreciar grandes diferencias, incluso extremas en algunos casos, en los diferentes planteamientos proteccionistas.⁶⁸

- El conflicto entre los intereses del niño y los del Estado

Es difícil encontrar posiciones que aboguen por la necesidad de supeditar los intereses del niño a los del Estado entendiendo las medidas que se adoptan justificadas puesto que es lo mejor para el niño. Sin embargo, esta supeditación se puede encontrar en dos planteamientos distintos que veremos a continuación.

- a) Supeditación del interés del niño al del futuro adulto

A pesar de que las teorías proteccionistas más tradicionales resaltan la importancia del interés del niño, el trasfondo del que se preocupan realmente es el del futuro adulto, perdiendo de esta forma la importancia el mejor interés del niño propiamente dicho, puesto que solo tiene sentido la medida que se adecue al supuesto interés que tendrá el futuro adulto y no el niño como tal.⁶⁹

- b) La acción del Estado ante los menores delincuentes

Estos planteamientos han tenido especial relevancia en el ámbito procesal y el penal en los que el trato dispensado a los niños difiere en gran medida del que se les otorga a los adultos. Para proteger a los niños de la dureza de las leyes y procedimientos a los que se someten los adultos se crearon los Tribunales de Menores y un Derecho procesal y penal especial para los posibles problemas a los que estos se enfrentaran. En España la Ley sobre Tribunales Tutelares es de 1948 mediante la misma se venía a reconocer a los padres una amplia discrecionalidad en la utilización de los mecanismos que el ordenamiento jurídico les otorgase a los padres para encarrilar a sus hijos con el supuesto objetivo de proteger el mejor interés del niño. Se observó que lejos de conseguir el mejor interés del niño este quedaba en una situación de absoluta indefensión jurídica debido al fuerte control que ejercía tanto la figura paterna como los poderes públicos. Se estaba tendiendo la vista al futuro, al adulto que debía de ser conforme a los ideales defendidos desde los poderes públicos y negando una autentica consideración al interés del niño y omitiendo el reconocimiento de derechos y garantías básicas en el ámbito del Derecho penal y procesal.⁷⁰

⁶⁸ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 477 y 478.

⁶⁹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 481 y 482.

⁷⁰ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 482-485.

c) La acción del Estado ante los menores que no cuenten con la protección de los padres ni de terceros asimilados.

Los planteamientos de este tipo se encargan de dar respuesta a la protección que se debería de otorgar a los niños que son especialmente vulnerables por no tener la protección de la figura paterna. Este es el caso de los abandonados, pero también el de los huérfanos o el de los casos en los que los padres han perdido la patria potestad. En estos casos el Estado considera necesario hacerse cargo de la protección del menor mediante las instituciones que están destinadas a ello. Estos planteamientos están a caballo entre los dos anteriores.⁷¹

Nuevamente se mostró que la realidad, lejos de primar el interés del menor, primaba la protección de los intereses del Estado. Esto se ve reflejado en las condiciones de vida que tienen estos niños en las instituciones que antes mencionábamos. Y es que, el verdadero objetivo que se perseguía era aislar a estos menores para evitar que fueran delincuentes y no protegerlos de los perjuicios que le pudiera ocasionar la sociedad dada su especial situación de indefensión. De esta manera se producía una vinculación entre el trato debido al niño delincuente y el debido al niño abandonado que vendría a ser identificado como delincuente en potencia.

- El conflicto entre los intereses del niño y los de sus padres

En los planteamientos del proteccionismo “tradicional” este tipo de conflictos se negará y ocultará debido a que se entiende que los padres siempre buscan el mejor beneficio de sus hijos, por lo tanto, consideran que en última instancia el interés del niño va a coincidir con el del padre.⁷²

Sin embargo, en los planteamientos del proteccionismo renovado los deseos y opiniones del niño son elementos esenciales que hay que tener en cuenta a la hora de determinar su mejor interés. Se produce un cambio sustancial en cuanto al anterior pensamiento “tradicional” puesto que se entiende que el niño va adquiriendo conocimientos que le hacen poder distinguir cual es el mejor interés y los medios que se han de utilizar para conseguirlo. Se considera parte del mejor interés del niño la determinación del mismo y el respeto a sus opiniones y sus deseos.

Tal y como explica la profesora Picontó se debe ser precavido a la hora de que la voluntad de los padres prevalezca ante la de los hijos sobre todo en los casos en los que pueda

⁷¹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 486.

⁷² CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 490.

afectar a la vida de los niños puesto que se puede estar vulnerando derechos de la personalidad con un final trágico. Puede que haya casos en los que el menor no esté en condiciones de adoptar la decisión que mejor favorezca su interés y la plena realización de sus derechos y es en este caso en lo que tiene lugar la voluntad de los padres, pero lo que entienden los padres como el superior interés del niño en muchas ocasiones no protege adecuadamente los derechos del niño. De ahí que no pueda obviarse la responsabilidad pública en la tutela del interés y los derechos del menor, lo cual puede llevar a un conflicto triangular entre los padres, el Estado y los niños.

Se deduce así, que lo que se ha de entender como el concepto de “mejor interés del niño” es “respeto por la auténtica voluntad del niño”.⁷³

3.4 LOS DERECHOS DEL NIÑO BAJO UNA PERSPECTIVA PROTECCIONISTA

Trataremos en este apartado, en líneas generales, de señalar las principales soluciones que dentro del proteccionismo se ha ofrecido a la cuestión del reconocimiento y la protección de los derechos de los niños que en muchas ocasiones se reconduce al problema de cómo se puede articular en el Derecho la protección debida a los niños.⁷⁴

Las principales líneas argumentativas dentro de las posiciones tradicionales será una tendencia a defender la necesidad de proteger al niño entendiendo que la protección del niño no pasa simplemente por la protección de sus derechos. Este razonamiento va a llevar a la negación de algunos derechos para los niños o de algunas dimensiones significativas de los derechos que se les reconoce a los adultos. Se entiende que, aunque existan ciertos derechos de los niños el niño ha de quedar normalmente al margen de su ejercicio. Y, son los derechos y potestades de los que se encargan de dar esa adecuada protección a los niños los que obtienen un carácter predominante.

Los planteamientos del proteccionismo renovado intentan dar solución a aquellos problemas que surgen en el proteccionismo tradicional tomando una gran importancia la voluntad del menor. En este sentido destaca la posición de Liborio Hierro.⁷⁵

Partiendo de la libertad como un bien básico, no lo limita como otros pensamientos o teorías a la persona del adulto, sino que lo entiende como un bien para todas las personas.

⁷³ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 509.

⁷⁴ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 530.

⁷⁵ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 576.

Es decir, entiende que el niño, además de tener derechos, pues tiene necesidades, entiende que dentro de esas necesidades también está su libertad por lo que la misma debe de ser tomada en cuenta a la hora de reconocer y proteger sus derechos.

De esta manera, el profesor Hierro, entiende que no se puede considerar incapaz al niño fijando un límite de edad de forma arbitraria, sino que se debe atender al proceso evolutivo que se desarrolla en toda persona desde su nacimiento. Por tanto, considera que se debe de adaptar la capacidad de ejercitar derechos a ese proceso evolutivo mediante el establecimiento de etapas que reflejen más fielmente las capacidades cognitivas y emocionales de la persona.

En los planteamientos de Hierro, y conforme a las posiciones del proteccionismo renovado, se considera que la voluntad del niño ha de ser tomada en cuenta, por un lado, en la determinación de sus necesidades, tanto para que el niño ayude a aclarar cuáles son sus necesidades, cuanto para entender que el respeto a su voluntad es parte de sus necesidades; y, por otro lado, también se ha de tener en cuenta a la hora de tomar decisiones que le van a afectar. Es decir, se ha de garantizar la suficiente relevancia a la voluntad del niño tanto en el reconocimiento de sus derechos como en el ejercicio de estos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que seguimos dentro de unos parámetros proteccionistas ya que existe la condición de infante, debajo de la cual no se considera que se haya de reconocer vinculatoriedad jurídica de la voluntad del menor en ningún caso, y que las pautas a las que se debe atender para dar relevancia jurídica a la voluntad del niño apuntan a la pretensión de proteger al niño en aspectos básicos para su adecuado desarrollo mediante las decisiones que tomen terceros respecto a ellos.

Los elementos básicos que están tras estos planteamientos son los predominantes en el Derecho positivo en la actualidad en las sociedades occidentales. La Convención sobre los derechos del Niño de la ONU de 1989 es el texto que marcó de forma trascendental el paso a esta nueva consideración de trato al menor.⁷⁶ El artículo 12 de esta Convención resulta clave en el cambio propio del proteccionismo renovado pues en él se establece que: 1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea

⁷⁶ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 585.

directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.⁷⁷

Este cambio que queda reflejado en la Convención ha supuesto que gran parte de la doctrina haya señalado que el mismo significa pasar de considerar al niño como “objeto” de Derecho para comenzar a ser “sujeto” de Derecho. Con ello se intenta dar a entender la trascendencia que tiene el reconocimiento jurídico de dar participación al niño en la toma de aquellas decisiones que le afecten puesto que antes se pretendían proteger sus intereses, pero sin que el niño tuviese ninguna participación en ello.

Por otra parte, hay que observar que los planteamientos de este proteccionismo renovado también concuerdan con una determinada manera de acercarse al tema del paternalismo del que ya hemos hablado. Según estos planteamientos a lo que se debe atender para tomar las adecuadas medidas paternalistas es a la voluntad del menor. Hay dos posibles formas de considerar esa voluntad del menor basándose en las diferentes concepciones de los derechos según las teorías del interés o las de la voluntad. Así, según la concepción de Hierro la voluntad del menor tiene una relevancia esencial a la hora de tomar decisiones que le afecten, pero su concepción de los derechos como necesidades que han de ser satisfechas permite que se puedan llevar a cabo medidas paternalistas que en último término busquen cumplir dichas necesidades. En cambio, de acuerdo con las teorías de la voluntad, se puede entender la voluntad del menor como elemento determinante en la toma de todas las decisiones que le afecten, por lo que cualquier medida paternalista que se tome ha de estar justificada en la consideración de que se está respetando lo que sería la voluntad objetivada del niño, aunque esto traiga numerosos problemas debido a las dificultades para delimitar qué es una voluntad objetivada del niño.

En la toma de cualquier decisión que afecte al niño se ha de intentar averiguar por todos los medios de los que dispongamos cual es la verdadera voluntad del niño teniendo en cuenta su razón, experiencia e información y, solo después, actuar conforme esa voluntad del niño. Es esta forma de entender el paternalismo la que Ignacio Campoy considera más adecuada la cual se puede denominar paternalismo de la voluntad.

⁷⁷ Art. 12 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904.

4. EL MODELO LIBERACIONISTA

El distinto énfasis que ponen las anteriores perspectivas sobre el modo de atender las demandas de la infancia señala las diferencias claves de las dos visiones sobre el concepto que tienen del niño. A diferencia del proteccionismo que, como hemos visto, se ocupa ante todo de cubrir las necesidades, pero definidas según el criterio adulto, el liberacionismo se interesa en saber quién es y qué intereses manifiesta la persona misma que es el niño.

El liberacionismo aboga por que la infancia tenga el máximo de libertad a la hora de ejercitar sus derechos, con determinaciones claras, pero con poca repercusión social hasta ahora. En cierto modo debido a su reciente incorporación al debate sobre la infancia. Las ideas que dan origen a este movimiento pueden encontrarse, aunque de manera difusa, en el pensamiento de J. J. Rousseau y en la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución francesa de 1789.⁷⁸

4.1 ANTECEDENTES: LOS PLANTEAMIENTOS DE ROUSSEAU

A pesar de sus múltiples diferencias con el modelo liberacionista, es en los planteamientos de Rousseau donde encontramos los elementos esenciales que configuran la estructura teórica que permiten identificar una nueva orientación sobre la que finalmente se apoyará el movimiento liberacionista.

Trataremos de mostrar como en sus planteamientos se incorporan nuevas ideas que afectan de manera directa y radical a los diferentes ámbitos que componen la forma de entender el tratamiento jurídico que se le debe proporcionar al niño.⁷⁹

4.1.1 La concepción del niño

- La bondad natural del hombre

Una de las claves del pensamiento de Rousseau, sobre la que existe acuerdo interpretativo de la mayor parte de la doctrina, es que el hombre es bueno por naturaleza. Rousseau es plenamente consciente de la novedad de su concepción y de la importancia que tiene para la construcción de toda su teoría.⁸⁰

⁷⁸ MORENTE MEJÍAS, F., “Notas para una concepción alternativa”, *RASE*, vol. 5, núm. 2., pp. 244 y 245.

⁷⁹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 605.

⁸⁰ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 608.

La idea de la bondad en el pensamiento de Rousseau no es una premisa que haya que acatar, sino que es una consecuencia de que la Naturaleza no puede crear nada malo puesto que es una creación directa de Dios, de quien la aceptación de su absoluta bondad sí es una premisa inicial.

La defensa de esta bondad natural va a afectar a toda la concepción que se tiene del niño hasta el punto de ser el motor para su liberación. Esto es así porque si se entiende que todo hombre es bueno por naturaleza y es corrompido por la sociedad, el recién nacido tiene esa condición y así podrá desarrollarse.

- La posibilidad de corromper la naturaleza del hombre: el uso de la libertad natural.

Otros dos puntos determinantes en el pensamiento de Rousseau también son: la comprensión de que se puede corromper la naturaleza del hombre y el uso que se puede hacer de la libertad natural. Por una parte, el hecho de que exista la posibilidad de corromper al niño durante el desarrollo de sus cualidades es debido a que se entiende que la naturaleza del niño es débil y que necesita de otros para poder desarrollarse de forma adecuada, incluso para sobrevivir. Esto parece acercarse a las teorías proteccionistas que consideran al niño incapaz y que debe estar sometido a la voluntad de un adulto, y un alejamiento de las liberacionistas que entienden al niño como un ser lo suficientemente capaz como para poder dirigir su vida. Para Rousseau la dirección y control por parte del adulto solo sería conveniente para ayudar al niño en lo que necesite, alejándose de esta forma del proteccionismo y sirviendo de base para el liberacionismo.⁸¹

En cuanto a la libertad natural Rousseau recalca la libertad que tiene el hombre para elegir el bien o el mal, y adjudica a esa libertad sus mayores grandezas o miserias. Por lo que, considera que hay que dar gracias a Dios por concedérsola, pero considera que es por ella por la que el hombre se ha alejado del camino correcto encontrándose ahora en una situación lamentable.

De esta forma, se llega a través de relacionar las ideas a otro punto clave de su pensamiento: el uso que se ha de hacer de esa libertad natural del hombre. Hay que estar atentos al desarrollo de los niños puesto que partimos de cualidades que son esencialmente buenas y se pueden desarrollar cualidades erróneas fruto de una evolución inadecuada.

- La evolución en las cualidades. La perfección del niño

⁸¹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 612 y 613.

Rousseau considera que el niño tiene dos cualidades fundamentales otorgadas por la naturaleza que son el amor de sí mismo y la piedad. Entiende el filósofo que, cada una de ellas tendrá lugar de llevarse a cabo en momentos distintos, el amor de sí será necesario desde el momento del nacimiento, pero la piedad solo a partir de la adolescencia cuando el niño quiera comenzar a socializar. Por lo tanto, para Rousseau cada cualidad tiene un momento oportuno de desarrollarse a lo largo de la vida y en caso contrario se estaría separando de los planes marcados por la Naturaleza. Esto conforma un pensamiento en el que el niño no es un ser incompleto, sino que va siendo perfeccionado en las distintas etapas. Es decir, según va evolucionando, llegando a cada etapa, desarrolla las cualidades concretas de esa etapa, por lo tanto, sería un ser completo según la etapa en la que se encuentra.⁸²

Las consecuencias de estos planteamientos en cuanto a la concepción del niño son, en primer lugar, la consideración del niño como un ser perfecto. En segundo lugar, la aceptación de que algunas cualidades son predicables del niño y otras la tiene el niño en potencia ya que cada una tiene su desarrollo en una etapa diferente de su evolución. Por eso al explicar sus cualidades se ha de hacer referencia al momento en el que se considera que naturalmente surge en su proceso evolutivo.

- Las cualidades de los niños

Rousseau, al hablar de las cualidades concretas del niño, hace una distinción entre cualidades físicas, intelectuales y morales.

- a) Cualidades físicas

Rousseau comulga con la idea de que es necesario unas buenas características físicas para el correcto desarrollo de las cualidades del alma, rechaza así a cualquiera que no las tenga, como, por ejemplo, los discapacitados. Los sentidos son las primeras cualidades que se desarrollan en el niño y entiende que es necesario un buen desarrollo desde un primer momento para poder tener una evolución adecuada conforme a la Naturaleza.⁸³

- Cualidades intelectuales

Es la forma en la que Rousseau entiende que se desarrolla la razón del niño. Considera que no comienza a desarrollarse hasta los doce años y hasta los quince no comienza la edad de la razón y en la adolescencia (de los quince a los veinte) es cuando se perfecciona la razón. No es que niegue la razón en las edades previas, simplemente la entiende como una razón

⁸² CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 615-617.

⁸³ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 623 y 624.

sensitiva que responde a la formación de ideas simples construidas a través de relacionar sensaciones.

- Cualidades morales: el amor de sí y la piedad.

Hay que destacar la primacía que en los planteamientos de Rousseau tienen las cualidades morales. La importancia que le concede a la posesión de un cuerpo firme y robusto se debe a que lo considera condición indispensable para conseguir un espíritu sano y vigoroso. Entiende que todo proceso educativo tendrá como fin el buen desarrollo de las cualidades morales.⁸⁴

Las principales cualidades morales que permiten a la persona la felicidad en sociedad son, como ya hemos visto, el amor de sí y la piedad.

La consideración que hace Rousseau de el amor de sí es que siempre es bueno y es conforme al orden, es lo que nos marca el camino de la Naturaleza. Debe distinguirse del amor propio que se inicia con la mala educación que representa dejar que el niño instrumentalice con su voluntad a la gente que le rodea, y va a significar el desarrollo del niño fuera de lo prescrito por la naturaleza. Conforme al amor de sí es conforme a lo cual puede ser dirigida la formación de la persona ya que es de este modo como se puede conseguir que el niño se vaya desarrollando de acuerdo con el fin que la Naturaleza prescribe.

El sentimiento de piedad, por su parte, no aparece hasta que la persona no siente la necesidad de relacionarse puesto que es el sentimiento de humanidad necesario en la convivencia social de la persona.

Así solo se podrá empezar a considerar que existe la persona moral a partir de la adolescencia que es cuando surgen inevitablemente las pasiones que nos obligan a relacionarnos sentimentalmente con otras personas.⁸⁵

4.1.2 Las relaciones entre padres e hijos

La configuración de las relaciones entre padres e hijos en los planteamientos de Rousseau es compleja, fija unas diferencias fundamentales entre los padres y los hijos, que responden, por una parte, a los sexos de los hijos y, por otra, a las funciones de los padres.⁸⁶

⁸⁴ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 629.

⁸⁵ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 633.

⁸⁶ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 634.

En cuanto a las diferencias que encontramos según el sexo de los hijos, entiende que la madre es la que se hace cargo del cuidado y educación tanto de los hijos como de las hijas en la primera etapa de la vida, pero que según crecen los hijos tendrán que ser educados principalmente por los padres y las hijas por las madres. Esto afecta a las relaciones entre padres e hijos al separarlos por sexos y aunque todos estarán vinculados de forma afectiva y de autoridad los padres estarán más vinculados a los hijos y las madres a las hijas.

En cuanto a las diferentes funciones que llevan a cabo los padres son de dos tipos, una en cuanto a la educación que se les proporciona a los hijos y otra en cuanto al papel que cumplen en la vida familiar y social. El planteamiento que hace Rousseau de la educación que lleva a cabo el padre sobre su hijo nos hace acercarnos a las teorías liberacionistas, y, sin embargo, el papel de la madre tanto en la educación como en la familia y sociedad y la del padre en la familia y sociedad nos acerca a los planteamientos proteccionistas tradicionales. Es esa forma de considerar la relación entre el padre educador y el hijo educado lo que le hace precursor de los planteamientos liberacionistas.

Se puede considerar como principios caracterizadores de las relaciones padre e hijo: en primer lugar, el acercamiento y atención del padre al hijo en cada fase de su evolución para poder distinguir cuando surgen las cualidades del hijo y saber diferenciar cuales son las necesidades del niño. El padre deja de ser una figura lejana y severa que impone su voluntad a ser un amigo y compañero que le acompaña manteniendo la distancia justa que le hará al niño mantener el cariño y la idea de autoridad. Y, en segundo lugar, la dialéctica que se establece entre autoridad y libertad que se caracteriza por el origen de esta autoridad que va a ser una fuente interna, la relación padre e hijo, se convierte en una autoridad esencialmente moral. También considera que se debe de criar al niño en la libertad más absoluta puesto que el peor de los males es la servidumbre. La libertad constituye la otra vertiente necesaria, junto con la autoridad del padre para conseguir el fin que es la ya mencionada evolución del niño conforme a lo que dicta la Naturaleza. Eso significa que hay que encontrar un punto de equilibrio entre la autoridad del padre y la libertad del hijo.⁸⁷

En cuanto a las funciones de la madre las concibe conforme a su modelo ideal de sociedad, patriarcal, la coloca en una situación de supeditación al marido y su papel es secundario al considerar al padre como cabeza de familia.⁸⁸

- Funciones de los padres en la educación de los hijos

⁸⁷ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 636-646.

⁸⁸ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 636.

a) La madre como nodriza y como “niñera”

Rousseau era un fiel defensor de que las madres debían de dar el pecho a sus hijos puesto que las consecuencias de no hacerlo eran muchas. Además de las consecuencias que la práctica conllevaba Rousseau va más allá. El cumplimiento de este deber significa seguir el orden natural de las cosas, la madre ha de ser la primera que ha de cuidar al niño uniéndose eso al amamantamiento que es el primer afecto que debe recibir el niño. Por eso, si la madre no amamanta a su hijo se altera el orden de la Naturaleza, el desarrollo del niño ya no va a desarrollarse dentro de lo que sería el desarrollo natural y esto supondría el primer paso para la corrupción del hombre y la destrucción de su pretendida formación natural.⁸⁹

Antes señalábamos que la madre tiene la función de cuidar en un primer momento a los hijos de ambos sexos, pero se ha de tener en cuenta que no será conforme a sus propias directrices, sino que la mujer se supedita a los criterios que el padre como “cabeza de familia” marca.

b) El padre como preceptor

En la obra de Rousseau queda claro que el que debe de realizar la tarea de preceptor es el padre. Señala claramente cuál es su función: al terminar la tarea de nodriza de la madre el padre debe de encargarse de la educación de forma directa puesto que esa es la única forma en la que se puede garantizar que la educación del hijo sea conforme a la naturaleza y no sea corrompida con perjuicios de terceros.⁹⁰

b.1) La atención centrada en el hijo

La única forma de cumplir con la idea que tiene Rousseau de que el padre tiene que observar cuando van surgiendo necesidades en el hijo para cumplir su desarrollo conforme a la naturaleza es mediante el principio general de centrar la atención en el niño, el padre debe estar siempre lo más cerca posible de su hijo y centrar desde el principio su atención en él. De esta forma se conseguirá el objetivo a través de dos vías que están íntimamente unidas pues, a la atención del padre a las necesidades del hijo, se añade la confianza de este.⁹¹

Se genera una relación de compañerismo entre el padre y el hijo que debe ir evolucionando al mismo tiempo que el niño lo haga. Pero no hay que olvidar que el objetivo último es que se pueda actuar a tiempo y con la suficiente eficacia como para conseguir el desarrollo del

⁸⁹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 638.

⁹⁰ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 640.

⁹¹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 641.

niño conforme a la naturaleza. De esta manera es necesario completar esta relación con la antedicha dialéctica entre autoridad y libertad.

b.2) La dialéctica autoridad-libertad en las relaciones padre-hijo

En el pensamiento de Rousseau, el padre goza de una gran autoridad al igual que en los pensamientos tradicionales. Lo que le separa de ellos es la fuente de dicha autoridad que lo convertirán fundamentalmente en una autoridad moral. Lo esencial de esa autoridad es que con ella se ha de lograr tener un ascendiente real sobre el hijo (lo cual guarda estrecha relación con la “autoridad natural” de los adre en los planteamientos liberacionistas).⁹²

La legitimación vendrá principalmente de una fuente interna a la relación padre-hijo. Así, aunque en el pensamiento de Rousseau el origen último fundamentador de cualquier legitimidad haya que buscarlo en Dios, en este caso no habría que acudir a ello para legitimar esta autoridad, aunque sí que constituya la última causa por la que el padre pueda mandar en la vida de sus hijos durante toda su minoría de edad. La fuente para conseguir esa autoridad moral ya no puede ser solo ese origen divino, sino que hay que considerar los medios que anteriormente mencionamos: el fuerte vínculo que se crea entre padres e hijos y la confianza plena que se alcanza al convertirse en compañeros.

Por otra parte, la dialéctica de esa autoridad con la libertad es consecuencia de la importancia que le da Rousseau en ocasiones a la necesidad de otorgar al niño la máxima libertad. Hay que resaltar que en el pensamiento de Rousseau la libertad constituye la otra vertiente necesaria para conseguir el objetivo ya mencionado del desarrollo del niño conforme a las pautas dictadas por la Naturaleza. Hay que encontrar un equilibrio entre la autoridad del padre y la libertad del niño.

Esta idea de que el niño debe de tener una esfera de libertad reconocida separa este pensamiento de las ideas del proteccionismo tradicional. Se defiende aquí, que el niño también ha de poder participar en las actividades de su vida libremente, se le ha de respetar un ámbito de autonomía propio.

Rousseau no lleva a cabo ningún tipo de determinación exacta del límite a la autoridad del padre, sin embargo, sí que se puede constatar que es la consecución del propio fin el que pone ese límite, es decir, el límite está en que el niño pueda desarrollarse conforme a las pautas de la Naturaleza y la forma de conseguirlo es mediante la libertad dentro de esa autoridad. Habría que tener en cuenta que comportamientos concretos se le podrían permitir al padre. Teniendo en cuenta la problemática de la coacción el planteamiento de

⁹² CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 643.

Rousseau une elementos tradicionales con elementos que limitan la autoridad del padre en favor del interés del niño. Rousseau defiende que el padre puede castigar al hijo con gran dureza, pero únicamente cuando sirva como elemento educativo que permita corregir la formación del carácter del niño. Debe entenderse que solo implica el uso de la fuerza que sea necesario para coacer al niño para que haga u omita ciertas actividades por ser propias del “orden natural de las cosas”. De hecho, Rousseau defenderá que el uso del castigo corporal no es el más indicado para conseguir el fin perseguido de que el niño interiorice los preceptos que se le quieren enseñar.⁹³

4.1.3 El mejor interés del niño

- La importancia del interés del niño

En el pensamiento de Rousseau es la primera vez en la que se entiende que el mejor interés del niño es realmente el interés del niño como niño (no como adulto tal y como veíamos en los otros modelos). Esto es debido a sus principios que ya hemos visto anteriormente: la importancia que se le da al niño centrando su atención en él para asegurarse de que se desarrolla conforme a lo que dicta la Naturaleza y la concepción del niño como ser perfecto. Al trasladar el centro de atención al niño en vez de al adulto se va a dar por primera vez importancia al interés del niño propiamente y no del niño como adulto, además, hay que descubrir cuál es el interés del niño y que el mismo se haga efectivo, reclama que no sea sacrificada la felicidad del niño en aras de una posible felicidad del adulto.⁹⁴

Este avance es enorme, implica que, al aceptar estas nuevas premisas, ante cualquier asunto que afecte al niño no se podrá decidir simplemente atendiendo a intereses ajenos a él, incluido su propio futuro, sino que es necesario atender a qué es lo que le conviene realmente en esa etapa de su vida en la que está como niño.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que Rousseau tiene un fin que va más allá del bienestar del niño, que es que el niño pueda formarse para ser un hombre natural que pueda ser ciudadano de una sociedad regida por las normas más respetuosas con el orden natural (normas que describirá en su *Contrato Social*).

Nos encontramos ante una aparente contradicción puesto que, por un lado, tenemos el objetivo de crear a un hombre natural y, por otro, la prohibición de atender antes la

⁹³ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 646-648.

⁹⁴ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 672 y 673.

felicidad del hipotético adulto que la del niño. Esto se salva al tener una visión global del pensamiento rousseauniano. Si todo lo bueno procede de seguir el orden natural que ha marcado Dios, intentar realizar actos que se salgan de ese proceso natural no solo es inútil, sino también perjudicial. Al tener en cuenta ese orden natural todo cobra sentido, si no dejamos llevar por las pasiones y pretendemos alterar el orden y cometemos el error de no adaptarnos a lo que él nos prescribe. Si entendemos el orden de la naturaleza nos damos cuenta de que renunciar a una felicidad presente por una hipotética felicidad futura sin saber realmente que es lo que está previsto para cada persona carece de sentido. La única forma de formar al hombre natural es atendiendo al interés del niño auténtico, ya que se sigue el camino de la Naturaleza, en caso contrario comenzará la corrupción del hombre natural.

- La determinación del interés del niño

En la determinación del interés del niño, Rousseau, defiende casi al pie de la letra lo mismo que las teorías tradicionales, considera que no se le puede dejar al niño definir ese interés, ya que para él la razón y la conciencia son las guías que nos concede la Naturaleza para conseguir dirigir nuestra vida conforme a lo que nos conviene y, como ya hemos visto, para Rousseau la razón se consigue en la adolescencia y aún ahí no es suficientemente clara como para fiarse de ella ya que al mismo tiempo comienzan a surgir las pasiones como, por ejemplo, las sexuales que se interponen en un correcto entendimiento.⁹⁵

Entonces al rechazar la posibilidad de que sea el niño quien defina el interés, solo cabe la posibilidad de que sean los adultos los que lo hagan. El niño puede ayudar a conocer cuál es su interés, pero sus opiniones se han de interpretar de forma conveniente para concretar cuál es realmente ese interés. Además, hay que tener en cuenta otro requisito, no cualquier adulto podría llevar a cabo esta tarea, ya que debe de ser un hombre natural que será el que sepa distinguir realmente que es lo que va conforme a la naturaleza o qué se separa de ella, solo un hombre que haya sido formado de manera recta podrá acotar el interés del niño adecuadamente. Esto plantea un problema lógico: cómo se puede formar un hombre natural si para ello se exige que haya sido guiado conforme la razón recta que solo puede poseer un hombre natural previamente formado. Esto se ve agravado, además, por la visión pesimista que Rousseau tenía de la sociedad. Señala que la corrupción de la sociedad está llegando a unos momentos de extrema gravedad, recrimina concretamente la inadecuación de madres, padres y mentores, por lo tanto, no tendría ningún sentido que

⁹⁵ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 678 y 679.

estos mismos fueran los que deberían de distinguir el auténtico interés del niño y actuar en consecuencia.

Rousseau es consciente de esas dificultades, pero solo es capaz de dar soluciones incompletas. Una primera solución sería entender que se podría reconocer como guía idónea para conocer el interés del niño y actuar en consecuencia el amor natural que los padres sienten hacia los hijos. Pero, además de tener en cuenta que debería de ser el padre como preceptor el que actuase y que puede que haya un defecto o exceso de amor que haga que los padres no actúen correctamente, hay, a mayores, que tener en cuenta que el no haber sido educados los padres de acuerdo con el orden natural y al vivir en una sociedad corrompida y corruptora les impedirá entender bien que es lo que se debe de seguir conforme a la naturaleza y, por lo tanto, cumplir sus deberes.

Una segunda solución que Rousseau defendía, pero sin mucha convicción, es la posibilidad de que se hubiesen conseguido formar ciertos hombres según la Naturaleza de forma prácticamente milagrosa. Pero esto tiene una dificultad añadida para cuando el padre demuestra su imposibilidad de ser el preceptor de su hijo y es el encontrar un preceptor que sea adecuado.

Y una tercera solución que es la que de verdad ofrece Rousseau en su obra *Emilio* es que se trata de poner cuidado y aplicar los principios de la Naturaleza, pero aún así hay ocasiones y casos concretos en los que tampoco se sabe como se ha de actuar conforme a los mismos. Ni siquiera esta sería una respuesta convincente, ya que en el actual estado de corrupción del hombre y la sociedad resulta casi de imposible determinación qué constituye el auténtico interés del niño, algo de lo que Rousseau era plenamente consciente. También, esto supondría aceptar que el mismo Rousseau es un hombre formado conforme a lo establecido en la Naturaleza, algo en lo que él si parece creer, pero no queda claro por qué. Y finalmente, los destinatarios de su libro seguirán siendo hombres corrompidos que no podrían hacer un uso adecuado de sus enseñanzas.⁹⁶

En todo caso, queda claro que la doctrina de Rousseau significa que se ha de aceptar como mal menor que el mejor interés del niño sea decidido por los adultos, por los padres en principio, pues este sería el orden natural de las cosas y hay que adaptarse al mismo en la medida de lo posible.

4.2 EL MODELO LIBERACIONISTA

⁹⁶ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 680-685.

Otro modelo que ofrece una solución distinta a la que daba el proteccionismo es el modelo liberacionista. Se identifica claramente con el movimiento ideológico y social denominado como movimiento liberacionista. Sus orígenes más significativos parten de Rousseau, tal y como indicamos anteriormente. Los planteamientos liberacionistas tienen numerosas contradicciones y sus reivindicaciones serán difíciles de justificar. Sin embargo, sus planteamientos han tenido mucha importancia en como se entiende en la actualidad el reconocimiento jurídico de los derechos de los niños y ha influido en el movimiento proteccionista provocando el paso del proteccionismo tradicional al renovado.⁹⁷

4.2.1 La concepción del niño

- La vinculación entre la concepción del niño y el establecimiento de determinadas relaciones jurídicas y sociales

La idea común de este movimiento es que los niños tienen características que en el proteccionismo se ocultan, las cuales son la explicación de que a los niños se les reconozcan los mismos derechos que a los adultos y, por ello, su objetivo es salvar las distancias entre los derechos de ambos.⁹⁸

Es reseñable la crítica que hace Farson al respecto: explica que se deben de aumentar los derechos de los niños a medida que conocemos más de ellos a través de numerosas fuentes (psicología, medicina...) lo que hace que cambie la concepción del niño. Indica que ahora tenemos una concepción del niño más amplia, una nueva concepción, que justifica que los mismos obtengan más derechos. Farson es consciente de que existe una vinculación entre el cambio de la concepción del niño y el cambio en su situación jurídica y así lo lleva a la práctica al encontrar en ello la justificación para abogar por dos derechos concretos para los niños los cuales son el derecho al trabajo y el derecho al voto.⁹⁹

Al igual que en el proteccionismo se entendía que la incapacidad e indefensión de los niños obligaba a limitar el reconocimiento y ejercicio de sus derechos, en el modelo liberacionista son las capacidades de los niños las que exigen un nuevo reconocimiento y tratamiento jurídico. Y aquí destacan dos visiones sobre como afrontar esta relación entre la nueva concepción y el nuevo tratamiento jurídico: las visiones de Howard Cohen y John Holt. Para Cohen, aunque los niños son en principio incapaces, esa incapacidad puede

⁹⁷ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 770 y 771.

⁹⁸ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 774.

⁹⁹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 774 y 775.

subsannarse con la ayuda de agentes, entonces al instaurar dicha figura se les deberá reconocer los mismos derechos que a los adultos. Y para Holt, como los niños son por ellos mismos capaces, o su incapacidad no tiene demasiada relevancia, se les deberá otorgar el respeto que merece su voluntad y, reconocerles a estos los derechos y su ejercicio respecto a ello.

Cohen recibe críticas ante su concepción del niño por no hacer frente al problema de las diferentes capacidades entre adultos y niños. En todo caso resulta claro la importancia que tiene en este movimiento determinar las características del niño.¹⁰⁰

- Las características de los niños

A pesar de que cada autor desarrolle una enumeración diferente de estas características podemos encontrar unos elementos comunes. Salvo Cohen que acepta la diferencia sustancial entre las capacidades de los adultos y los niños, el resto de los autores entienden que los niños tienen capacidad suficiente para ser independientes o, en caso de ser dependientes, mantener el control sobre sus vidas.¹⁰¹

Holt, por otro lado, hace una enumeración minuciosa de las características de los niños sealando entre ellas características que nos atraen como su energía, curiosidad, inteligencia, alegría, expresividad, etc. y características por las que nos sentimos afectados y entristecidos como su pequeñez, debilidad, torpeza, vulnerabilidad...Hay otras características que hacen de los niños seres complejos y señala que no todos los niños son honestos, abiertos o cariñosos y que pueden ser nerviosos, cautelosos o incluso manipuladores de las personas que les rodean al igual que los adultos a pesar de su corta edad en muchas ocasiones.

La determinación de las características que hacen los liberacionistas de los niños nos hace darnos cuenta de que algunas características no son propias de los niños, sino que más bien constituyen mitos y, también, nos hace concebir las que ya se conocían de una forma distinta.

Es importante destacar del liberacionismo también la superación de la compresión del interés del niño como interés del hipotético futuro adulto en vez de como niño. Destaca la posición de Holt, nuevamente, ya que rechaza tanto la idea de niño como adulto como la idea de niño solo como niño. Lo que Holt defiende es tratar al niño como persona que est

¹⁰⁰ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 780 y 782.

¹⁰¹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 783.

en una etapa de su desarrollo, por lo que hay que protegerle como niño y como en su desarrollo natural hacia la adultez.

Todo esto contribuye a la nueva concepción del niño, pero lo que es realmente fundamental son las cualidades que se relacionan íntimamente con la capacidad que se les otorga de dirigir y controlar su vida. Al contrario que los proteccionistas que otorgaban una importancia relevante a la autoridad del padre lo que implica una desconfianza en las cualidades del niño y una concepción como persona pasiva en la recepción de la protección más extensa posible, los liberacionistas apuestan por disminuir la autoridad paterna dando mayor libertad a los niños para poder escapar de su protección lo cual representa una confianza en las cualidades del niño para tomar sus propias decisiones.

En todo caso, aunque pueda sobrevalorarse por parte del liberacionismo las cualidades de los niños para dirigir y controlar su vida, con este movimiento también se destacan otras características y capacidades antes ignoradas que constituyen la base de un cambio en la concepción del niño. El problema surge al tener que aclarar que, si las características que destacan los liberacionistas son las propias de los niños, cómo podemos entender que los proteccionistas señalaran otras características como propias.

- La superación de los planteamientos proteccionistas en la determinación de las características de los niños.

A raíz del libro de Philippe Ariés *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, que influyó enormemente en algunos autores liberacionistas empiezan a concebir ese periodo en el que los niños eran protegidos por los adultos como algo artificial viéndolo como una privación de su libertad y del ejercicio de sus capacidades naturales para satisfacer los deseos de los adultos, dejando así de ser concebido el menor como un ser incapaz y dependiente.¹⁰²

Al contrario que lo que se venía pensando tradicionalmente, pero de acuerdo con algunos puntos de los planteamientos de Rousseau se entenderá que los niños no se enfrentan a problemas debido a sus incapacidades, sino que sus problemas más graves provienen de la concepción que la sociedad tiene sobre ellos, por la creación de una infancia artificial de la cual habría que ayudar al niño a liberarse.

Para que ese argumento pueda sostenerse, hace falta contestar dos cuestiones:

Una primera cuestión sería que si los niños realmente tienen esas capacidades que se les atribuye ¿por qué no son más evidentes? La solución que los liberacionistas le otorgan es

¹⁰² CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp. 799-802.

un argumento circular: como los adultos preconiben que los niños tienen esas características se comportan con ellos como si tal cosa fuese cierta lo que produce que los niños se desarrollen con esas características y no con otras que también podrían desarrollar en otras circunstancias lo que hace que los adultos vean reforzada su primera teoría y ven justificada la forma que tienen de relacionarse con ellos. Por eso, para el liberacionismo solo se puede romper ese círculo vicioso consiguiendo que se desarrollen las otras capacidades de los niños y eso se logra comportándose de una forma distinta con ellos.

La segunda cuestión sería que, si los adultos mantienen artificialmente esa situación de dependencia, ¿cuáles serían las motivaciones para ello? Aquí los planteamientos liberacionistas denuncian diferentes motivaciones como son: la falta de trabajo, por la que era necesario excluir al niño del mundo laboral; la explotación económica, por la que era necesario mantener al niño bajo la dependencia de terceros; o, como Holt señala, la infantilización artificial se debe a su posible consideración como objeto de amor, como alguien que necesita que le demos todo el amor, cuidado y protección que podamos y queramos, en realidad lo que se satisface primordialmente, incluso a costa de los auténticos intereses del niño, los propios deseos e intereses del adulto.¹⁰³

4.2.2 Las relaciones entre padres e hijos

Los cambios planteados en los anteriores apartados suponen un cambio total en las relaciones familiares, pero no suponen la eliminación de la familia como institución adecuada para la convivencia, con intrínsecos valores positivos para sus miembros. Este nuevo modelo de familia es criticado por algunos autores al entenderse que la regularización de las relaciones familiares se traduciría en una formalización en la que no tendría cabida el amor, ya que las relaciones afectivas serían sustituidas por las relaciones jurídicas.

Es en este sentido que Cohen señala a la formalización de las relaciones entre los miembros de la familia como consecuencia del reconocimiento de derechos a los niños. Se le critica que si esto fuera así, se acabaría con las relaciones naturales, y hasta cierto punto afectuosas, entre los miembros de la familia y serían relaciones más formalizadas y, en este sentido, asépticas.¹⁰⁴

¹⁰³ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 804.

¹⁰⁴ COHEN, H. *Equal rights for children*, Littlefield, Adams & Co., Totowa, N.J, 1980., p, 21.

A pesar de esto, los liberacionistas en general entienden que el amor seguiría existiendo entre los miembros de la familia y será un elemento importante en sus relaciones. Lo que no puede es constituirse bajo la excusa del amor una forma de abuso o de explotación violándose los derechos y libertades. De esta manera existe desde el liberacionismo una crítica hacia la forma inadecuada en que se ha entendido el amor entre los miembros de la familia conforme al modelo proteccionista, que en la realidad ha sido una fuente de prejuicios para los hijos.¹⁰⁵

Aun así, encontramos numerosos problemas a los que deben hacer frente los planteamientos liberacionistas.

- El conflicto entre los derechos y libertades del niño y el poder de los padres. La autoridad natural de los padres.

La principal dificultad que ha de afrontar el liberacionismo sería establecer una forma de articular la nueva correlación de fuerzas. Se comienza a entender que, además de la voluntad de los padres se deberá tener en cuenta la de los niños en la misma medida. Además, el ejercicio de la función paterna queda limitado por los nuevos derechos y libertades que se le reconocen a los niños y viceversa. La solución no es fácil; para los liberacionistas pasa porque se entienda que la autoridad natural de los padres es un método idóneo y que las relaciones familiares se pueden romper a pesar de que en un principio se hagan fuertes concesiones a favor de la unidad familiar.¹⁰⁶

Los liberacionistas defienden la importancia que tienen las relaciones familiares desde el nacimiento del niño y la influencia de los padres en la vida del mismo. Las relaciones entre padres e hijos se deben basar en el respeto y es importante entender que son dos voluntades diferentes que pueden ser opuestas en ocasiones y que deben convivir, por ello, se debe llegar a un acuerdo que fije unas reglas de convivencia. De esta forma, tal y como expone Neill, los niños que son criados con libertad y en un entorno en el que prevalece el amor tanto padres como hijos tienen derechos y obligaciones mutuos y en todo caso se debe respetar la voluntad de los otros miembros de la familia.

A pesar de ello, no se entienden estas normas en las relaciones como un contrato ni tampoco se considera que se estén regulando relaciones entre iguales. En este sentido, las normas de convivencia debería establecerlas el padre mediante su influencia sobre el niño,

¹⁰⁵ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., pp.814 y 815.

¹⁰⁶ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p.817.

pero siempre con un absoluto respeto hacia el hijo que podrá intervenir en las reglas comunes y tendrá libertad de autonomía en los asuntos que solo le conciernan a él.

Así, se entiende que los padres son responsables de los hijos que viven dependientes de ellos, pero que los hijos viven dependientes de ellos porque así lo han elegido. Entonces, aunque no es justificación suficiente que los padres puedan imponer las normas de convivencia por el simple hecho de ser padres, sí se encuentra justificación en que los hijos vivan dependientes de ellos y los padres, como responsables del comportamiento de sus hijos puedan imponer reglas dentro y fuera de la casa y en caso de que el padre decida no poner reglas sobre ciertos ámbitos de la vida del hijo no podrá el Estado imponerlas. Por eso, para autores como Holt, en las reglas debe primar la voluntad del padre por ser responsable del comportamiento del hijo quedando la actividad del Estado orientada simplemente a controlar que los padres no superen ciertos límites.

Para poder compatibilizar esa regulación del padre con la liberación del niño el liberalismo establece ciertos límites y mecanismos, por lo que cualquier actuación de los padres que significase una violación de los derechos y libertades del niño estaría evidentemente prohibida.

Hay que tener en cuenta, que todo esto no significa que los autores liberacionistas renieguen de todo tipo de autoridad de los padres. Se le da gran importancia a la influencia que los padres tienen sobre los hijos siendo esta la autoridad que prevalece en los padres. Holt lo denomina como “autoridad natural” entendiendo esta no solo como la única sino también como la más adecuada que se debe ejercer.

Adams destaca que la formación del carácter de las personas se realiza fundamentalmente a través de las relaciones interpersonales con la familia, por lo que tiene mucha importancia los valores que los padres transmitan a los hijos. Así, aunque los padres señalen cuales son sus valores deben dejar decidir a los hijos los suyos propios y actuar conforme a ellos. Acorde con esta idea Neil critica el gobierno tradicional autoritario que los padres ejercen sobre sus hijos defendiendo una relación en la que prime el respeto y el amor y sea acorde con la autorreglamentación del niño.

4.2.3 El mejor interés del niño

El concepto del mejor interés del niño en los planteamientos liberacionistas es un elemento de conexión entre la concepción del niño y la libertad y derechos que se le otorga. En los

planteamientos liberacionistas el razonamiento que hace que a una persona se le otorgue la oportunidad de ejercitar su voluntad es que nadie es mejor juez que uno mismo para determinar qué es lo mejor para él. Por lo tanto, a diferencia del proteccionismo que le otorgaba mucha importancia a la confianza que había que dar a los adultos por no ser capaz el niño de tomar sus propias decisiones, el liberacionismo conforme a la concepción que le otorga al niño entiende que es el propio niño el que debe reconocer finalmente su mejor interés y se le habrá de reconocer la capacidad de actuar en consecuencia.¹⁰⁷

Es por esto por lo que, desde el liberalismo se abogará por eliminar algunos de los importantes planteamientos defendidos por el proteccionismo. Como resultado de la nueva concepción del niño, el paternalismo que se justificaba en el proteccionismo como resultado de entender que los niños no son capaces de determinar su propio interés, ahora pierde completamente el sentido al defender el liberacionismo que es el propio niño el que mejor puede determinarlo. También quedaría deslegitimado la idea tradicional de no tener en cuenta la opinión del niño y la búsqueda del interés superior del niño ya que en muchos casos podría ser completamente opuesto al del niño y perjudicarlo.

En todo caso, a la solución que da el liberacionismo de dejar que sea el menor quien decida y actuar en consecuencia, también habría que hacer alguna que otra observación a parte de las que ya se han hecho.

En primer lugar, del hecho de que el adulto no conozca realmente cuál es el interés del niño habría que tener en cuenta que el adulto tampoco conoce el interés de otro adulto, ni siquiera, en ocasiones de sí mismo y que con los niños pasa igual, por lo tanto, no quiere decir que aunque el adulto no conozca cual es el mejor interés del niño el niño vaya a saberlo, de hecho en las edades más tempranas es probable que el adulto pueda conocer mejor lo que beneficiará al niño ya que tiene más experiencia. Así se plasma en los pensamientos liberacionistas cuando advierten del peligro que tienen algunas actitudes de los adultos sobre el niño y de las actitudes que serían convenientes para el mismo.

Ignacio Campoy remarca que es importante tener en cuenta que no se puede pasar del error de entender que hay que tener plena confianza en el adulto a entender que ha que tener plena confianza en el niño, al menos no a cualquier edad ni respecto a cualquier asunto.¹⁰⁸

¹⁰⁷ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p.848.

¹⁰⁸ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p.854.

Es cierto que los autores liberacionistas no pretenden que los niños decidan su mejor interés independientemente de su edad, pero lo que sí parecen defender es la prevalencia en cualquier caso de la voluntad del niño. El padre debería de interpretar adecuadamente la voluntad del niño a pesar de que no fuera la misma que la suya o no le pareciera razonable, ya que en caso contrario volveríamos a las posiciones proteccionistas.

En segundo lugar, otra observación que se debe hacer es que en cuanto a que en otros planteamientos se decida ignorar o vulnerar la voluntad del niño no se puede concluir tampoco que sea la mejor forma de garantizar la defensa del interés del menor dejando que sea él mismo quien lo realice conforme a su propio criterio.¹⁰⁹

También aquí es necesario señalar como hacíamos antes que no es posible confiar únicamente en la voluntad del menor para la adecuada defensa de sus intereses y esto se evidencia cuando vamos reduciendo la edad del menor. Los propios liberacionistas tampoco están muy confiados en que un niño muy pequeño actúe de forma adecuada basándose en su sola voluntad, sino que confían más bien en que los adultos sepan persuadirles para que sus acciones no vayan en su perjuicio ni en el de terceros, hay que reconocer así la importancia que concedían a la autoridad natural del padre. Aunque hay que constatar que se muestran explícitos en abogar porque en última instancia sean los niños los que decidan cómo se ha de actuar para defender su mejor interés.

La actual teoría del liberacionismo parece separarse de cualquier idea que limite los derechos fundamentales a la infancia de forma que los distinga de los de los adultos, insistiendo en el ejercicio por parte de los niños de sus propios derechos. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 ha sido clave para el reconocimiento de estos derechos de la infancia y para hacer efectiva la práctica que se pueden deducir de sus proposiciones.¹¹⁰

4.3 LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DESDE UNA PERSPECTIVA LIBERACIONISTA

Es preciso entender, según Campoy, que el niño tiene virtudes y necesidades particulares que le acompañan con independencia de su edad, y comprender que, aunque tengan ciertos intereses en su infancia también quieren crecer y se deben de respetar las necesidades en su continuo proceso de desarrollo. Los diversos autores del liberacionismo difieren de esta

¹⁰⁹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p.856.

¹¹⁰ MORENTE MEJÍAS, F., “Notas para una concepción alternativa”, *RASE*, vol. 5, núm. 2., p.245.

opinión, ya que algunos remarcan el desarrollo de las capacidades que no son predicables aún de modo apropiado en el niño, pero que son inherentes a la humanidad, otros, en la naturaleza en común que comparte con el adulto y para otros, lo más importante es atender a las necesidades del niño como tal.¹¹¹

Estos aspectos producto de la nueva concepción del niño a la que ya hemos hecho referencia no tendrían sentido si no concebimos al niño como una persona con capacidad para dirigir y controlar su vida. En consonancia con esto es necesaria una disminución de la autoridad del padre y del Estado, y otorgarle mayor libertad a niño para escapar de la protección confiando así en las cualidades propias del niño de forma que no se vulneran sus derechos, puesto que según Holt el hiperproteccionismo termina siendo lesivo para el niño.

Es necesario considerar, a la hora de equiparar al adulto y al niño, que este último alcanza la perfección en cada etapa de la vida al igual que los mayores con deficiencias y capacidades. De esta forma, se rompe la idea de dependencia y subordinación del niño al adulto. Así, se identifica la concepción del niño con el de persona libre, con capacidad para buscar la felicidad, ser titular de derechos y hacer elecciones en correspondencia con sus criterios.

La conexión del liberacionismo con los valores de libertad e igualdad llevará a reclamar según Farson, el derecho a la autodeterminación del niño lo que implica que él pueda decidir sobre los asuntos que le afectan de manera directa.

Los liberacionistas, herederos de algunos aspectos del pensamiento liberal de los siglos XVIII y XIX, sobre todo de la forma en la que entienden la libertad, fijándose en Kant y Mill especialmente, la cual está relacionada con una esfera de autonomía propia, legitimada para su acción conforme a la voluntad, que no puede ser afectada por terceras personas y solo tiene límites en la autonomía de los otros, se distancia del liberalismo clásico al reconocer que los niños tienen libertad de acción en aquellos asuntos que les afectan de manera directa.¹¹²

En esta perspectiva se asume la voluntad como vinculante. Cada persona determina que es lo mejor para sí mismo, mientras no afecte a otros se han de respetar sus decisiones. El niño tomará decisiones equivocadas en algunos momentos, pero igual que los adultos.

¹¹¹ GUTIERREZ VEGA, I., ACOSTA, A. “El niño como sujeto de derechos: Rousseau y el liberacionismo”, *Aletheia*, Vol. 5, Núm.2., 2013, pp. 39-41.

¹¹² CORNEJO AMORETTI, L., “John Stuart Mill y la cuestión sobre el paternalismo”, *Derecho y Sociedad*, N°48, 2016., p. 24.

En este sentido, Holt reclama el reconocimiento de la libertad de los niños ya que, si se manipula o elude la voluntad de una persona por la acción de terceros, implica una violación. Debe de tener el mismo alcance la libertad tanto en adultos como en niños, ya que, para ser coherente con el pensamiento liberal se debe garantizar una esfera de autonomía en la que se legitime el actuar conforme a la propia voluntad siempre que no se vulnere a terceros, por lo tanto, no se considera justificable que no se tenga en cuenta la esfera de libertad de los niños y la protección jurídica de su voluntad.

Respecto a la igualdad, es claro que para los liberacionistas hay diferencias entre adultos y niños, pero estas no son significativas a la hora de determinar un trato jurídico diferenciado. La misma libertad que se les concede a los adultos les debe ser concedida a los niños tratándoles de igual manera en los aspectos en los que no haya diferencias sustanciales frente a los adultos.

En general, el liberacionismo apunta a abandonar el criterio de la edad para evitar distinciones entre grupos otorgándoles diferentes derechos y libertades, porque la aceptación del criterio de edad, según algunas opiniones, es aceptar la tenencia de capacidades y esto es un criterio arbitrario.

5. LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Durante el siglo XX la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención internacional de los Derechos del Niño de 1989. En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que sirven de antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959.

Cuando se iba a celebrar el Año Internacional de los Derechos del Niño (1979), la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas tomó en consideración una proposición de Polonia en su sesión XXXIV el 8 de marzo de 1978; la proposición estaba apoyada por Austria, Bulgaria, Colombia, Jordania, Senegal y Siria. La Comisión que se creó estuvo presidida por el profesor Adam Lopatka, que fue Ministro de Asuntos Religiosos y, luego, Presidente del Tribunal Supremo de Polonia; presidió la Comisión desde su constitución hasta su extinción y fue el principal inspirador de la Convención que, diez años después, sería aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su XLIV período de sesiones, coincidiendo con el trigésimo aniversario de la Declaración de Derechos del Niño.¹¹³

A diferencia de sus precedentes Declaraciones de 1924 y 1959 la Convención es un instrumento jurídico vinculante y, en los países que la han ratificado es parte de su derecho interno. La Convención ha sido ratificada por todos los países miembro de la ONU excepto por Estados Unidos.

El reconocimiento casi universal de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 tiene un significado revolucionario respecto a la consideración jurídica del niño. La convención representa la consagración del cambio de paradigma que se produce a finales del siglo XX sobre la consideración del niño por el derecho: el niño deja de ser considerado únicamente un objeto de protección y comienza a convertirse en un sujeto titular de derechos.¹¹⁴

En la segunda mitad del siglo XX surgen los movimientos sociales reivindicadores de la necesidad de crear una sociedad inclusiva e integradora en la que exista una igualdad de derechos para todos sus componentes, teniendo el Estado la obligación de adoptar las medidas necesarias para que su ejercicio pueda realizarse en condiciones suficientes y de igualdad. La Convención está orientada hacia las obligaciones del Estado para garantizar

¹¹³ HIERRO, L., "Los derechos del niño en el sistema universal de los Derechos Humanos", en Los Derechos del Menor en el Ordenamiento Jurídico. Casos prácticos. Propuesta formativa para los estudios universitarios de Derecho, UNICEF, Madrid, 2017, p. 23.

¹¹⁴ CARDONA LLORENS, J., "La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos". *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2 · 2012, pp. 49 y 50.

que dichos derechos puedan ser ejercidos por los niños y sean respetados tanto por los demás Estados como por otras personas.¹¹⁵

Como principal manifestación de este cambio de paradigma que estamos tratando, la Convención va a incluir dos principios que podemos considerar novedosos en relación con la situación anterior del niño: el principio del “interés superior del niño” y el principio que compone la obligación de “escuchar al niño en todas las decisiones que le afecten”. Como ya señalamos al hablar del proteccionismo renovado, estas ideas se reflejan en los artículos 3 y 12 de la Convención y deben de ser leídos conjuntamente al fijar la base para la nueva concepción del niño como sujeto de derecho.

Conforme al art. 3.1 de la Convención: “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”.¹¹⁶ Es decir, prevalece el interés del niño a la hora de que las instituciones tomen decisiones.

Este principio del interés superior del niño convierte al Estado en responsable subsidiario de la satisfacción de los derechos del niño cuando los padres, tutores u otros responsables incumplan estos deberes y que se enuncia, además, como principio inspirador de las instituciones, de los tribunales, de las autoridades administrativas e incluso de los órganos legislativos.¹¹⁷

Por otra parte, el artículo 12¹¹⁸ que, ya ha sido mencionado, expresa la idea de que no se trata solo de oír al niño sino de escucharle, es decir, su opinión debe de ser tenida en cuenta para que influya en la decisión final y, en caso de que se separen de ella haya una debida justificación.¹¹⁹

Este artículo resulta clave de ese cambio propio hacia el proteccionismo renovado. La profesora Bernuz realiza una interesante conexión entre el contenido de este artículo y el

¹¹⁵ CARDONA LLORENS, J., “La Convención sobre los Derechos del Niño”, op.cit., pp. 51.

¹¹⁶ Art. 3.1 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904.

¹¹⁷ HIERRO, L., “Los derechos del niño en el sistema universal de los Derechos Humanos”, en Los Derechos del Menor en el Ordenamiento Jurídico. Casos prácticos. Propuesta formativa para los estudios universitarios de Derecho, UNICEF, Madrid, 2017, p.24

¹¹⁸ 1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

¹¹⁹ CARDONA LLORENS, J., “La Convención sobre los Derechos del Niño”, op.cit., pp. 52.

3.1 sobre el mejor interés del niño que nos da una buena muestra de lo que se pretende señalar con el cambio que significó la Convención: “Todo ello acalla las preocupaciones de quienes veían en el interés superior del niño un nuevo instrumento de control en manos del Estado. Ya que el interés del menor no viene impuesto o definido lateralmente por las instituciones públicas, sino de acuerdo con los derechos fundamentales y matizado por su opinión. O, lo que es igual, se exige que los derechos de la infancia sean analizados desde la perspectiva del interés superior del niño; que a su vez vendrá integrado por la palabra del menor en relación a las cuestiones que le afecten”¹²⁰.

En todo caso, como bien señala la profesora Picontó, hay que entender que: “La Convención protege la autonomía del niño que estaría interrelacionada con la posibilidad de tomar estas sus propias decisiones. A primera vista, puede surgir un conflicto entre este derecho con lo que podría ser su “bienestar”, esto es, aquello que es lo más conveniente para él. Por ello, la Convención no confiere al niño el derecho de que todas sus decisiones sean necesariamente respetadas sino el más simple de que todos sus pareceres sean tenidos presentes.”¹²¹

Campoy indica que se debe de tener cuidado con las conclusiones que sacamos acerca de este cambio en el que los niños comienzan a ser “sujetos” de Derecho. Podría entenderse al afirmar esto que el niño goza de la misma consideración jurídica que el adulto, pero esto no es cierto, mientras que los adultos, generalmente, son titulares de derechos y tienen reconocida la capacidad de obrar, de ejercitar esos derechos conforme a su voluntad, esta última capacidad no la tienen reconocida los niños. Los niños no tienen reconocida la vinculatoriedad jurídica de su voluntad en el ejercicio de sus derechos y, mientras no exista, el niño no deja de ser un mero “objeto” de Derecho, pues, aunque participe en la toma de las decisiones, solo será sujeto como agente, el que tome las decisiones finales sobre el asunto que le afecta al niño que será “objeto” como destinatario final de esa decisión.¹²²

La Convención no sigue un esquema teórico determinado. Podríamos dividir su contenido en tres grandes grupos que se corresponden con los valores de seguridad, libertad e igualdad. Se debe entender la seguridad como aseguramiento de la personalidad, podemos incluir en este primer bloque el derecho a la vida (artículo 6) y el derecho a la protección y el cuidado, tradicionalmente elaborado por la doctrina como derecho básico de los niños el cual recae sobre los padres, los tutores o, subsidiariamente, las instituciones públicas

¹²⁰ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p.585.

¹²¹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 586.

¹²² CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños.*, op.cit., p. 588.

(artículos 3, 18 y 27), lo que lleva consigo un derecho del niño al ambiente familiar (artículos 5, 10 y 20) aunque con respeto a otros tipos de organización familiar conforme a la costumbre (artículo 5) y con una especial consideración a la adopción (artículo 21). Además de esto, en relación con la seguridad, se recogen otros derechos con sus pertinentes protecciones jurídicas como es el derecho a la integridad física, derecho a una identidad, algunos derechos a favor de su intimidad o la seguridad en sentido jurídico, entre otros.¹²³

En relación con la libertad, donde aporta más novedades se establecen derechos como la libertad de conciencia, pensamiento y religión (artículo 14) aunque permitiendo una competencia de los padres o tutores en dirigir al niño a lo largo de su evolución. También, libertad cultural, lingüística y religiosa, libertad de expresión, de recibir y difundir información, etc.

Por último, la igualdad como exigencia formal viene reconocida en el artículo 2, con la peculiaridad de que tampoco el niño sea discriminado por causa o condición de sus padres o tutores. En cuanto la igualdad material se reconocen derechos como el derecho a la salud y la seguridad social, al bienestar y desarrollo integral de la persona, a la educación y a la igualdad de oportunidades... Se les otorga un tratamiento especial a los niños más vulnerables como son los que tienen algún tipo de discapacidad o víctimas de maltrato, explotación o algún conflicto armado, por ejemplo.

El impacto fundamental de la Convención en el derecho español se manifiesta en la Ley Orgánica 1/1996. De 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, que fue en su origen concebida como una Ley Orgánica de los Derechos del Niño, de lo que ha quedado huella parcial en el Capítulo II del Título I de la Constitución española. Los artículos 3 al 9 de dicho Capítulo reconocen y garantizan como derechos específicos de los menores de edad (además de los ya establecidos en las normas internacionales vigentes) el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 4), el derecho a la información (artículo 5), el derecho a la libertad ideológica (artículo 6), el derecho a la participación, asociación y reunión (artículo 8) y el derecho a ser oído (artículo 9). En el artículo 2 se establece el principio general del interés superior del menor.¹²⁴

¹²³ HIERRO, L., “Los derechos del niño en el sistema universal de los Derechos Humanos”, en Los Derechos del Menor en el Ordenamiento Jurídico. Casos prácticos. Propuesta formativa para los estudios universitarios de Derecho, UNICEF, Madrid, 2017, pp. 23 y 24.

¹²⁴ Artículos 3-9, Constitución española, BOE, núm.311, de 29/12/1978.

Algún ejemplo de cómo se plasma estos derechos y principios en leyes más específicas podría ser en la Ley de 7 de julio de 1981 (“Ley del Divorcio”) la audiencia de los menores si tienen suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años o la aprobación de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, además de establecerse un marco sustantivo y procesal nuevo para el derecho penal de menores con las garantías generales requeridas por el artículo 24 de la Constitución y las específicas requeridas por las normas internacionales mediante la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. Además, se debe de hacer referencia a la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia la cual responde a la necesidad de aunar la legislación vigente tanto internacional como nacional, tratando temas que van desde la más temprana protección hasta la reacción penal frente a los delitos cometidos contra estas personas.

6. CONCLUSIONES

En relación con lo anteriormente expuesto debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, en cuanto a las primeras teorías de los derechos de los niños, estamos ante un contexto en el que no se valora al niño en sí mismo, sino como posible futuro ciudadano ejemplar, lo consideran una mera propiedad del pater familias, por lo tanto, no se les reconocen derechos. En la época de Platón y Aristóteles existía un pensamiento negacionista de los derechos de los niños que, en cierto sentido, se sigue manteniendo en algunas corrientes hoy en día por entender que el niño carece de autonomía suficiente, entendiéndolo como incompetente básico¹²⁵, se les entendía como un atributo de los padres cuya relación se basaba en el respeto reverencial por parte de los menores a los adultos. Pero, bien es cierto, que el hecho de que no se les otorgue derechos, no quiere decir que no existiese ningún tipo de protección para los niños mediante la asignación de deberes a terceras personas o sobre la comunidad cuyo cumplimiento beneficiaba a los niños.

Siguiendo con el modelo negacionista, podemos observar que existía una gran, más bien plena, confianza en la relación del padre y el hijo y el poder que ostentaba el primero sobre el segundo. Presumen que debido a las peculiaridades de la relación paternofilial no se va a generar un gobierno injusto puesto que al entender que el hijo es una parte del padre consideran que nadie llevaría acciones injustas contra sí mismo. Esta creencia genera que, realmente, no exista ningún control efectivo por parte del Estado hacia el poder que ejerce el padre sobre el hijo, habiendo así un gran riesgo de que se lleven a cabo prácticas abusivas.

En segundo lugar, considero conveniente hacer referencia a la importancia de la corriente humanista a la hora de motivar la evolución del sistema jurídico hacia el reconocimiento de los derechos de los niños. Esto es así debido a que cambia la concepción en toda la sociedad, dirigiéndose a un antropocentrismo lo que hace que se comience a tener en cuenta al niño como ser individual y surja una preocupación por llevar a cabo una mejor educación para asegurar el mejor desarrollo del niño y no simplemente orientada a la futura función social que este deberá realizar en el futuro. Es decir, que en este punto se empieza a tener en cuenta el valor propio del niño.

¹²⁵ GONZALEZ CONTRO, Mónica. "Paternalismo jurídico y derechos del niño". *Isonomía*, México, n.25, 2006., p. 102.

En tercer lugar, refiriéndome al proteccionismo tradicional más cercano a Locke, la concepción del niño no estimo que fuese la óptima al considerar a todos los menores como un grupo homogéneo, vulnerable y sin capacidad de decisión (a pesar de reconocer su gran valor). Posteriormente, en las teorías del proteccionismo renovado, resuelven este problema haciendo la distinción precisa entre los distintos rangos de edad que engloba la minoría de edad. En cuanto al problema de cómo se deben delimitar las capacidades dispares que caracterizan cada edad, pienso que lo más eficiente sería, basándonos en los conocimientos que tenemos de los niños mediante otras disciplinas, como la medicina o la psicopedagogía, establecer unas franjas de edad de cara a salvaguardar la seguridad jurídica, pero que, a la hora de tratar el caso concreto, debemos cerciorarnos de si las cualidades del sujeto coinciden con las previstas ya que, podemos encontrar numerosos casos en los que ambas difieran, como, por ejemplo, en los casos de niños con problemas en el desarrollo, niños discapacitados, superdotados, etc.

En cuanto a las relaciones entre padres e hijos estimo oportuno que exista una potestad controlada en la que el niño sea el centro de atención y no un mero sujeto pasivo, tal y como contemplaban en el proteccionismo tradicional. Los padres deben tomar la decisión definitiva siempre y cuando estén capacitados y tengan en cuenta los intereses del niño. Para determinar si los padres están capacitados me parece muy importante y decisiva la prevención por parte del Estado o de otras instituciones, como puede ser el colegio del niño o, el entorno del mismo (su médico, sus profesores...), ya que en caso de reservar la intervención del Estado y otras instituciones a posteriori los daños que podrían generarse serían irreversibles en muchas ocasiones y de gran importancia, como ya indicaba Campoy y como, de forma acertada, se ha intentado incentivar en la nueva Ley de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, lo que nos indica que es algo que ha estado cobrando importancia en los últimos años y que, por fin, se está comenzando a aplicar de forma efectiva.

En cuarto lugar, debemos tener en cuenta que a pesar de que el liberacionismo sí que considere al niño como un ser perfecto y capacitado para llevar a cabo el ejercicio de sus derechos y deberes y, apoya su teoría, basándose, en gran parte, en la afirmación de Mill de que cada persona es la única que puede conocer lo que será mejor para él mismo (cada uno es el mejor juez para si mismo), me resultan ambas premisas cuestionables, puesto que, en primer lugar, el niño, por muy capacitado que pueda llegar a estar en sus últimos años de adolescencia para ejercer sus derechos y deberes, no es algo predicable a toda la minoría de edad, ni mucho menos a todos los menores de edad, y, por otra parte, no es cierto que cada

cual sepa qué es lo mejor para sí mismo, independientemente de si son adultos o menores, tal y como ya señalaban Campoy o Alemany. Por tanto, si siguiésemos en la práctica estas afirmaciones el niño no quedaría protegido, sino que quedaría desprotegido y vulnerable puesto que a pesar de que contase con el respaldo de sus progenitores u otro adulto este se vería en la obligación de respetar la decisión del menor en todo caso, pudiendo influir, de forma determinante, en lo que el niño piense que es su decisión, teniendo así la salvaguarda de que él (el adulto) lleva a cabo los actos porque el niño así lo quiere, favoreciendo de este modo los abusos de poder.

En consonancia con la teoría de Foucault, podemos observar que, en las sociedades actuales, el ejercicio de poder se manifiesta en múltiples canales¹²⁶, también en las familias; los padres o tutores tienen el poder sobre los hijos, pero, para proteger a los hijos es necesario delimitar el poder de los padres y evitar de esta forma posibles abusos. El Estado debe de tener el poder sobre los padres. Es por ello, que entiendo que, para proteger verdaderamente los derechos de los niños y su integridad, es preciso que exista cierto paternalismo del Estado, no solo hacia los niños directamente, ya que ellos ya están supeditados a las decisiones de sus padres, pero si, hacia los adultos reflejándose así el paternalismo que se realice en los adultos de forma indirecta en los niños, siempre teniendo en cuenta que no actúan de forma equivalente los límites que el paternalismo pueda imponer a los padres y los límites que habrá en las decisiones de los niños, sino que en muchos casos puede ser favorable. Es decir, el imponer límites a los padres va a proporcionar, en algunas ocasiones, a los hijos mayor libertad de desarrollo y, por tanto, de decisión y no lo contrario como pueda llegar a pensarse.

En quinto lugar, teniendo en cuenta, que esta última es una afirmación controvertida, puesto que los adultos tienen amplias facultades para ejercer su libertad de forma conveniente, y, gran parte de la doctrina sostendría que en esta situación el paternalismo puede ser contraproducente, como forma de justificación ante este paternalismo entiendo que estamos ante un caso excepcional en el que, la libertad del adulto debe limitarse en aras a afianzar una correcta protección del menor y, no estaríamos menoscabando el principio de autonomía, sino que sería una excepción de una potestad que se deriva del mismo¹²⁷. No creo que sea suficiente con basarnos en la supuesta relación que debieran tener padres e hijos de amor o acaso de protección, ya que la experiencia nos muestra que existen muchos casos en los que esto no se ajusta a la realidad.

¹²⁶ DELGADILLO, JF., Foucault y el análisis del poder, *Revista de educación y pensamiento*, nº12, 2012., pp. 162.

¹²⁷ ALEMANY, M., Paternalismo, op.cit., pp. 206-208.

En sexto lugar, la Convención establece unos derechos humanos mínimos infranqueables a la hora de establecer una debida intervención del Estado. La obligación de escuchar al niño y de tener en cuenta sus opiniones y de que las instituciones deban de respetar su decisión y, en caso de separarse de ella, justificarlo, me parece determinante a fin de evitar abusos por parte de los poderes públicos.

Podemos encontrar rasgos paternalistas en la Convención, en primer lugar, en el artículo 3.1 que parece dejar desprotegido, en cierto modo, al niño, dando la oportunidad a los poderes públicos de cometer injusticias a la hora de determinar el mejor interés del niño. A su vez, debemos fijarnos, en segundo lugar, en el artículo 12 en el cual se aclara que la opinión del niño no solo debe de ser escuchada, sino que también, debe de ser tenida en cuenta; tal y como la profesora Bernuz indica alejaría cualquier posible sospecha de un hipotético abuso por parte de las instituciones al no tomar ellas unilateralmente la decisión debiendo justificar los casos en los que se separen de la del niño.

Esto protege la autonomía del niño al imponer el mandato de que sus decisiones deben de ser escuchadas, pero también mantiene en parte el paternalismo típico del proteccionismo ya que en ningún momento confiere el derecho de que sus decisiones sean respetadas, en cualquier caso, como muy bien afirma la profesora Picontó.

En séptimo lugar, me parece necesario comentar, que en el contexto geopolítico en el que vivimos, no podemos dejar de lado la importancia que tienen las instituciones supranacionales. A nivel global existe la Convención como limite para los gobiernos, pero en muchas ocasiones, estos Derechos humanos se pueden ver vulnerados, como es en el caso de las zonas de conflicto. Unicef denunció en 2019 que en la última década se han constatado más de 170.000 casos de violaciones de los derechos de menores en escenarios de conflicto.¹²⁸ En la actualidad en el marco europeo estamos viviendo un reciente conflicto entre Rusia y Ucrania, donde, una vez más, los niños son el colectivo más vulnerable en este tipo de situaciones.¹²⁹

Los casos en los que los Estados se ven limitados ante una Convención creada por una institución supranacional a la que han otorgado parte de su soberanía para poder llevar a

¹²⁸ El Periódico. Unicef denuncia 170.000 violaciones de derechos de los niños en la última década. [en línea]: Nueva York. 30 de diciembre 2019. <<https://www.elperiodico.com/es/internacional/20191230/unicef-170000-violaciones-derechos-ninos-7789996>> [Consulta: 16 jun. 2022].

¹²⁹ La encargada de velar por los derechos humanos en el mundo informó de que su Oficina investiga las denuncias acerca de niños que fueron sacados de orfanatos en la región de Donbás y dados en adopción en la Federación de Rusia. Naciones Unidas. Bachelet preocupada por los niños ucranianos ‘deportados’ para su adopción en Rusia. [en línea]: Noticias ONU, Mirada global historias humanas. Derechos Humanos. 15 de junio 2022. <<https://news.un.org/es/story/2022/06/1510322>> [Consulta: 16 jun. 2022].

cabo estas normas se exponen a no estar completamente de acuerdo con las medidas que se deben tomar para cumplir los parámetros que estas leyes imponen. Realmente en estos casos podríamos encontrarnos, también, con prácticas paternalistas, las relaciones entre estos órganos supranacionales y los Estados podría asemejarse de forma paralela a la relación que hay entre el Estado y los padres, salvando, evidentemente, las distancias.

Por lo tanto, a modo de conclusión, bajo mi punto de vista el paternalismo controlado es más beneficioso que los daños que puedan surgir de las limitaciones que este imponga, al menos al referirnos al caso de los derechos de los niños. El modelo liberacionista lo considero escaso a la hora de asegurar una correcta protección de los niños, aunque hay que reconocer su gran importancia al influir en el proteccionismo tradicional, ayudándolo así a llevar a cabo la transición al proteccionismo renovado. Este último me parece el modelo favorable que se aplica en la legislación vigente, realizando el Estado y otras instituciones un control del ejercicio de poder de los padres equiparándolo a una potestad controlada. Los niños son el colectivo más vulnerable y se les debe garantizar un correcto desarrollo.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY, M., “Paternalismo”, *Eunomía*, nº12, 2017, pp. 199-209.
- CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006.
- CAMPOY CERVERA, I., *La negación de los Derechos de los niños en Platón y Aristóteles*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid, 2006.
- CARDONA LLORENS. J., “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos.” *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 nº 2, 2012, pp. 47-68.
- COHEN, H. *Equal rights for children*, Littlefield, Adams & Co., Totowa, N.J, 1980., pp, 21.
- Constitución española, BOE, núm.311, de 29/12/1978.
- CORNEJO AMORETTI, L., “John Stuart Mill y la cuestión sobre el paternalismo”, *Derecho y Sociedad*, Nº48, 2016., pp. 13-32.
- DELGADILLO, JF., “Foucault y el análisis del poder”, *Revista de educación y pensamiento*, nº12, 2012., pp. 160-171.
- DWORKIN G., “El paternalismo”, en J. Betegón y J.R. de Páramo (dir.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 147-161.
- El Periódico. Unicef denuncia 170.000 violaciones de derechos de los niños en la última década. [en línea]: Nueva York. 30 de diciembre 2019. <<https://www.elperiodico.com/es/internacional/20191230/unicef-170000-violaciones-derechos-ninos-7789996>> [Consulta: 16 jun. 2022].
- GARZÓN VALDÉS. E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*., Nº5, 1988, pp. 155-173.
- GONZALEZ CONTRO, Mónica. “Paternalismo jurídico y derechos del niño”. *Isonomía*, México, n. 25, 2006., p. 101-135.
- GUTIERREZ VEGA, I., ACOSTA, A. “El niño como sujeto de derechos: Rousseau y el liberacionismo”, *Aletheia*, Vol. 5, Núm.2., 2013, pp. 32-42.
- HIERRO, L., “Los derechos del niño en el sistema universal de los Derechos Humanos”, en *Los Derechos del Menor en el Ordenamiento Jurídico. Casos prácticos. Propuesta formativa para los estudios universitarios de Derecho*, UNICEF, Madrid, 2017, pp. 17-29.

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904.

MORENTE MEJÍAS, F., “Notas para una concepción alternativa”, *RASE*, vol. 5, núm. 2: 240-257.

Naciones Unidas. *Bachelet preocupada por los niños ucranianos ‘deportados’ para su adopción en Rusia*. [en línea]: Noticias ONU, Mirada global historias humanas. Derechos Humanos. 15 de junio 2022. <<https://news.un.org/es/story/2022/06/1510322>> [Consulta: 16 jun. 2022]

TORRES ARGÜELLES, A., “Libertades y paternalismo”, *Advocatus*, nº22 (2014), pp. 205-214.