

# EL NIÑO COMO PERSONA Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS DEL NIÑO

(The child as a person and its relation with the rights of the child)

**Agustín Lozano Vicente**

Psicólogo

Servicios Sociales. Ayuntamiento de Avilés, España.

## Resumen

La fundamentación normativa de los derechos del niño dista mucho de ser una cuestión clara y distinta, constituyendo todo un inventario de dificultades. Una de estas dificultades tiene como principal motivo la atribución de la categoría de persona a los menores de edad como requisito para ser titulares de derechos. Se exponen las distintas perspectivas que se tienen en cuenta para considerar al niño como persona moral así como las dificultades y controversias a las que ha dado lugar. En función de los diferentes resultados de las disciplinas científicas sobre la persona y según la perspectiva adoptada, se tienen ideas diferentes sobre el estatus de los derechos del niño.

El problema principal que suscita la idea de persona humana podría ser planteado como el problema de la naturaleza de la conexión entre la individualidad y su relación con la idea de persona. Siendo esto así, se señala que la consideración del niño como persona supone el reconocimiento universal, como norma de carácter ético, de su individualidad. Sin embargo, el estado de sujeto personal sólo se alcanzará plenamente en el seno de una determinada configuración social capaz de dotar de valor a dicha individualidad.

Siendo esto así, los derechos del niño se enuncian desde los fundamentos ideológicos y doctrinales de los legisladores que los declaran, con la artificiosidad y limitaciones que tales coordenadas llevan consigo y en pugna con otras posibles alternativas ideológicas también presentes.

**Palabras clave:** infancia, derechos del niño, ética, valores morales, persona.

## Abstract

The establishment of the rights of the child has led to some controversy on the issue of their normative foundations. One of these difficulties takes as a main reason the attribution of the status of person to the minors as a requirement to be rights holders. The different perspectives that are taken into account to consider the child as a moral person are outlined below as well as the difficulties and controversies to which it has given rise. There are different ideas about the status of the rights of the child, depending on the results of the different scientific disciplines on the person and according to the perspective adopted.

The human person raised the problem of the connection between individuality and its relationship with the idea of person. I will contend that the status of child as a moral person implies the universal recognition of his/her individuality, as a rules of ethical nature. However, the quality of being an individual person will only be reached in the bosom of certain social configuration capable of providing value to the organic individuality.

This being so, the rights of the child were proclaimed from the ideological point of view of its legislators. But there are other possible ideological alternatives.

**Keywords:** childhood, rights of the child, ethics, moral values, person.

## 1. CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La fundamentación de los derechos del niño dista mucho de ser una cuestión clara y distinta, constituyendo todo un inventario de dificultades. La relación recíproca entre los términos «derecho» y «niño» no ha permanecido al margen de la confrontación ideológica, teniendo como escenario, en unas ocasiones, las diversas concepciones que existen sobre la infancia y la adolescencia y, en otras, las diversas formas de entender el fundamento de los derechos. Dicho de otro modo, la misma noción de «derechos del niño», utilizada en ámbitos jurídicos y sociales, y sin perjuicio de algunas declaraciones de principio compartidas y que gozan de amplio consenso, está atravesada por polémicas y contradicciones cuya relevancia no se puede obviar (Fanlo, 2011; Barna, 2012; Cowden, 2012; Rivas, 2014; Gómez-Mendoza y Alzate-Piedrahíta, 2014).

En este sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) del año 1989 es el gran texto de referencia al reunir en un único documento los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales de la persona menor de edad. Sin embargo en el mismo texto de la Convención es posible advertir el que constituye uno de los principales problemas relacionados con la fundamentación de los derechos del niño:

Ahora bien, el problema conceptual fundamental en torno a los derechos del niño proviene de la separación entre el portador de derechos y el agente moral, aquel que está empoderado para actuar en el marco de la institucionalización de los derechos del niño. Pese a que el niño es tratado como el portador de derechos en la CIDN, no es considerado como el agente moral que determina esos derechos (Barna, 2012, p.13).

Así, bajo el denominador común «derechos del menor» es frecuente reconocer dos tendencias (intrínsecamente contradictorias, en especial en su aplicación práctica), a las que corresponden otros tantos modelos de regulación jurídica y social del estatus del menor: «Esta tensión permanente entre “protección” y “liberación” caracteriza la especificidad de la individualización del niño o niña en las sociedades individualistas

contemporáneas» (Gómez-Mendoza y Alzate-Piedrahíta, 2014, p. 83). Además, habría que añadir las discusiones sobre la capacidad de ejercicio de tales derechos, ya que es precisamente este aspecto el que centra gran parte de la problemática actual después de la aprobación de la CIDN en 1989.

Con esto presente, la revisión crítica de las posturas actuales sobre los derechos del niño ha puesto de relieve las recíprocas contribuciones que ofrecen, por una parte, las teorías del derecho al delicado problema del niño como sujeto de derechos y, por otra, las peculiaridades de los derechos de la persona menor de edad respecto de las teorías de los derechos subjetivos en general. En este sentido es paradigmático el reto lanzado por MacCormick (1988) a finales de los años setenta: los derechos del niño ponen a prueba las teorías de los derechos en general; incluso para las teorías libertarias (Block, Smith y Reel, 2014).

Las teorías que intervienen en la fundamentación de los derechos de la infancia y adolescencia pertenecen, y no casualmente, a la tradición filosófica anglosajona (Cronin, 2011; Fanlo, 2011; Archard, 2014). Así, las dos principales teorías que han abordado la cuestión de la fundamentación normativa de los derechos del niño son la teoría de la voluntad o elección (*will o choice theory*) y la teoría del interés (*benefit o interest theory*).

Exponemos a continuación, muy brevemente, lo más característico de ambas posturas, sin dejar de advertir la existencia de posiciones intermedias.

La «teoría de la voluntad» o «teoría de la elección» establece que los derechos se han de entender como potestades del titular para prescribir obligaciones en otros sujetos. Siendo esto así, la característica distintiva del poseedor de un derecho subjetivo es la voluntad o discreción del titular con relación al contenido del derecho. El poder o la libertad (en sentido jurídico o ético) son las notas definitorias del titular del derecho y presuponen entonces la posesión de cierta capacidad de acción, en el sentido de poder llevar a cabo intencionalmente elecciones morales con consecuencias jurídicamente relevantes. Únicamente quienes tengan agencia o autonomía moral, esto es, la capacidad de actuar a la luz de razones morales específicas, pueden ser titulares de derechos. Sobre la base de estas premisas teóricas, se entiende fácilmente que considerar al niño como titular de derechos resulta un asunto controvertido. Así, algunos autores han concluido que el niño, al carecer de autonomía o capacidad propia para actuar como un agente moral, no tendría derechos morales o humanos en absoluto. Esta afirmación tan contundente, y a la vista de sus implicaciones, se ha visto matizada por dos estrategias argumentativas. La primera apela a la «representación» en virtud del cual los derechos adscritos al menor se pueden hacer valer por parte de un sujeto capacitado que actúe en su nombre y por cuenta del representado. La segunda es el argumento de la potencialidad o argumento «evolucionista» respecto de los derechos: se tiene en cuenta el paso de una condición inicial de dependencia e inmadurez a una ulterior caracterizada por la adquisición de racionalidad y responsabilidad; los niños, paulatinamente y según avanza su desarrollo madurativo, adquieren progresivamente los distintos elementos normativos de los que se compone el derecho (Wellman, 1984; Hierro, 1991; González, 2008; Fanlo, 2011; Archard, 2014).

La «teoría del interés o beneficio» afirma que la característica esencial para fundar un derecho consistiría en determinar, de la forma más objetiva posible, la existencia de una necesidad básica o un interés superior a favor del sujeto titular. Esta necesidad o interés reviste tal importancia que conllevaría la imposición de obligaciones morales a otros sujetos o instituciones para su cumplimiento efectivo. Entonces, desde el punto de vista de su fundamentación, la peculiaridad de los derechos del niño residiría en que autorizan a poner en cuestión la preeminencia de la voluntad, del poder o de la capacidad del agente como característica definitoria para ser considerado como titular de derechos subjetivos. De este modo, se centra la atención en el aspecto «objetivo» (en relación con los fines del sistema normativo), esto es, respecto a la satisfacción de un interés o de una necesidad tal que no se pueden dejar a la discrecionalidad del titular. Desde la teoría del interés se supone que los derechos pueden ser lógicamente anteriores a los deberes y que ante estos derechos la voluntad del menor sería irrelevante, ya que no se puede hablar de una facultad para renunciar a su cumplimiento, e incluso éste podría ser forzoso. Así, la aceptación de la teoría del interés como justificación de los derechos del niño significa fundamentar excepciones a varios de los paradigmas tradicionales del derecho, por ejemplo, la no-intervención por parte de la autoridad pública en el ámbito privado. En definitiva, las teorías del interés critican y suponen una alternativa a la dificultad de la teoría de la voluntad para explicar los derechos que suponen una acción positiva de los poderes públicos y de los particulares para la satisfacción de necesidades básicas del individuo y cuya satisfacción, por su importancia (educación, asistencia sanitaria...) no se puede hacer depender de un acto voluntario del titular. No es plausible afirmar, como insinúa la teoría de la voluntad o elección, que un derecho subsista sólo cuando exista un poder que pueda ser activado por parte del titular; por el contrario, es frente a un derecho (es decir, un bien o un interés particularmente relevante para el sujeto titular) cuando se debe establecer el deber que lo satisfaga, así como las formas (y, en consecuencia, también los poderes) por medio de las cuales exigir su cumplimiento (González, 2008; Cronin, 2011; Fanlo, 2011; Archard, 2014).

En cualquier caso, hay que puntualizar que las discrepancias que se presentan desde las dos perspectivas teóricas en relación con los derechos de la infancia no se traducen en la negación de una protección especial para los menores de edad ni en la obligación por parte de los adultos de atender sus necesidades. El punto de desacuerdo reside en si la titularidad de derechos es deseable y teóricamente sustentable, o si, por el contrario, la tutela y protección debe tener otros conductos normativos, bien jurídicos o bien morales (Fanlo, 2011; Archard, 2014).

## **2. LA CONDICIÓN PERSONAL DEL NIÑO: DIVERSAS PERSPECTIVAS PARA SU ANÁLISIS**

La cuestión sobre la fundamentación los derechos del niño descansa en la atribución de la categoría de persona a los menores de edad como condición previa para que puedan ser considerados como titulares de derechos: «La Convención es un tratado contra una especie de discriminación, la de no considerar a los niños dentro de la categoría de las personas humanas» (Cillero, 20015, p. 8).

La Convención, entonces, se separa de la tradición jurídica del menor basada en su incapacidad y reafirma el carácter de sujeto de derecho que se desprende de su carácter de persona humana, condición nunca negada pero ensombrecida durante años por la tradición proteccionista que inspiró las legislaciones especiales de menores.

Siguiendo al profesor Bueno (1996), existirían al menos tres grandes perspectivas desde la cual afrontar la constitución del concepto de persona.

En primer lugar, la perspectiva histórica de la tradición helénica y cristiano-romana. En segundo lugar, habría que tener presentes los análisis procedentes desde el ámbito jurídico, constituido, en nuestro entorno cultural, principalmente por la tradición del derecho romano. Por último, tendríamos la perspectiva que componen las distintas disciplinas categoriales que se ocupan de analizar los fundamentos antropológicos (biológicos, etnológicos, psicológicos, morales) de la persona humana y de sus tipos.

Dentro de esta última perspectiva podríamos, a su vez, diferenciar tres tipos de tratamientos científico-positivos de la personalidad: el tratamiento biológico-médico (ciencia biológica de la personalidad), el tratamiento psicológico y el tratamiento antropológico (disciplina que ha recibido el nombre de Cultura y Personalidad). Desde los análisis biológicos o psicológicos de la idea de persona, los rasgos constitutivos de la personalidad tienden a ser pensados como universales por respecto a los diferentes círculos culturales. En cambio, el enfoque antropológico se acerca a la personalidad en cuanto figura resultante del influjo moldeador de la cultura en la cual el sujeto se desarrolla (Moreno y Díaz, 2013).

Sin perjuicio de su interés, no abordaremos aquí la perspectiva histórica y remitimos al lector a los textos clásicos y actuales sobre la temática (Mause, 1982; Ariés 1987; Delgado, 1998). Nos centraremos en las dos últimas, la perspectiva jurídica y la formada por las distintas disciplinas científicas de la personalidad, pues son las que en la actualidad más incidencia tienen en el tratamiento de la condición personal del menor como requisito para ser titular de derechos.

## 2.1. Perspectiva jurídica

Desde una perspectiva jurídica, la persona se justificaría desde el mismo discurso jurídico-moral, por lo que se trataría de una persona abstracta, no sujeta a las contingencias sociales, históricas y políticas, y por tanto su identidad no se limita a la posesión de determinadas propiedades naturales. La *ciencia del derecho* no define a las personas si no es por las relaciones que puedan establecerse entre ellas, a saber, sus derechos y sus obligaciones recíprocas. Así, la persona será sólo el sujeto de derechos y de deberes respecto de otros sujetos con quienes se relaciona, y no una entidad previa a estos derechos y a estos deberes. No se introduce primero a una persona individual para después dotarla de derechos y deberes, sino que será al dotarla de derechos y de deberes como la constituiremos en sujeto personal (Bueno, 1996).

Ciertamente y como se acaba de apuntar, los principios normativos básicos no estarían condicionados a la posesión de algunos atributos fácticos, pero desde concepciones no

formalistas sobre la naturaleza jurídica de la persona se considera que existe algún tipo de substrato previo a las normas legales y que el orden jurídico debe tener en cuenta. Por ejemplo, se señala que es un hecho que el sujeto personal, sin perjuicio de su capacidad o aptitud jurídica, debe reunir determinadas características y capacidades naturales que serían requeridas para el ejercicio de los derechos y que, en su conjunto constituirían, a la persona moral (González, 2008). Así y a modo de ejemplo, se ha señalado la estrecha dependencia entre el estado y desarrollo de las ciencias biomédicas y la perspectiva jurídica a la hora de determinar la constitución de la persona. El jurista del siglo XXI tiene que tener muy presentes los resultados de la investigación biomédica para poder interpretar en su justo alcance el contenido de los preceptos jurídicos. Así se descubre que hay que discriminar entre conceptos definidos por la ciencia biomédica como «embrión» y «feto» o tener en cuenta conceptos como «independencia corporal» para establecer el estatus legal de persona (Fernández, 2013). En los distintos ordenamientos legales, para ser considerado persona se ha utilizado tradicionalmente el criterio del transcurso de unas horas después del nacimiento con vida y con apariencia humana. En España, en concreto, los artículos 29 y 30 del Código Civil establecen que el nacimiento determina la personalidad y ésta se adquiere en el momento del nacimiento con vida, «una vez producido el entero desprendimiento del seno materno»

En cualquier caso, lo que nos interesa ahora destacar es que los debates y polémicas sobre la cuestión remiten a la estrecha dependencia y relación recíproca que existe entre el ámbito jurídico y la última de las perspectivas que hemos señalado más arriba, esto, es la constituida por las distintas disciplinas científicas sobre la persona.

## 2.2. Perspectiva científico-positiva

La *capacidad jurídica* se define como la aptitud o idoneidad abstracta para ser sujeto de derechos y obligaciones. Se predica de toda persona desde que nace con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, hasta el momento de su muerte, ya que ésta implica la extinción de la personalidad civil. Por el contrario, la *capacidad de obrar* es la posibilidad de actuar o llevar a cabo actos jurídicos concretos con plena validez y eficacia, exigiéndose para ello, lógicamente, la concurrencia de ciertos requisitos de edad o de capacidad y autonomía personal que permitan comprender el alcance y significado de las actuaciones que se pretende realizar. Es decir, la capacidad de obrar se determinaría por la llamada «capacidad natural» del menor (Oliva, 2014).

En este sentido, se ha propuesto que las capacidades o cualidades necesarias para ser considerado como persona moral tendrían que ver con: la autoconciencia y la subjetividad organizada, la capacidad para elegir fines, adoptar intereses y formar deseos, entender las consecuencias del propio comportamiento y asumir las responsabilidades que de él se derivan, lo cual se relaciona directamente con la adquisición de cierto grado de desarrollo físico, cognitivo, lingüístico y moral y, en definitiva, con el valor de la autodeterminación personal en el marco de una determinada configuración social (Fierro, 1993; Balbi, 1996; González, 2008; Moreno y Díaz, 2013; Csikszentmihalyi y Rathunde, 2014).

Siendo esto así, es frecuente entonces acudir a los enfoques psicobiológicos, cognitivos, psicosociales, a los estudios sobre el desarrollo moral en el niño o a una combinación de todos ellos a la hora de explicar el desarrollo y adquisición de las distintas capacidades y cualidades (o su carencia) para considerar al niño como persona (o negarle esta condición) y por lo tanto titular de derechos y deberes (Simón, 2014; Ventura, Navío, Álvarez y Baón, 2014). Los términos «madurez» o «capacidad» han sido incorporados a la doctrina legal a través del lenguaje de la psicología científica y más precisamente de las teorías del desarrollo ontogenético donde «maduración» o «capacidad» designan al conjunto de cambios cualitativos que acompañan al decurso vital: «Sí interesa destacar que lo que el autor llama Psicología Científica aparece como un modo de entender los procesos psíquicos en consonancia práctica con las necesidades que el objeto jurídico requiere para su tratamiento» (Degano, 2005, p. 32).

Sin embargo, el reconocimiento y conceptualización de las capacidades y facultades cognitivas y morales, frente a un estadio previo de inmadurez o incapacidad, ha sido planteado y asumido por las distintas disciplinas científicas así como por las teorías del derecho con diferentes fundamentos y resultados.

Hemos visto más arriba como desde la teoría de la voluntad, la falta de capacidad del menor a la hora de reclamar y hacer valer sus derechos constituía el motivo principal para su exclusión de la clase de los agentes morales. La experiencia de la crianza y las ciencias del desarrollo avalarían esta falta de capacidad en el infante. Desde la tradición liberal de los derechos y según algunos autores (O'Neill, 1995, p. 463), tratándose del niño, se da por establecida su condición de «incompetente básico», es decir, se considera a la edad como una evidencia empírica de que su capacidad está fuertemente disminuida respecto a la de los adultos y que el principal remedio ante esta situación consistiría en crecer (*their main remedy is to grow up*). La protección y autonomía del niño no serían tanto un *derecho* de éste, como una *obligación moral* de los padres o tutores.

Sin embargo, desde otras perspectivas, se defiende que si bien es cierto que el niño podría ser calificado como incompetente básico durante los primeros años del desarrollo, no habría que ignorar que los distintos derechos requieren de distintas competencias, es decir, el desarrollo evolutivo de ciertas habilidades y capacidades sería la clave que permitiría el ejercicio de algunos de estos derechos de forma progresiva (Cowden, 2012; Archard, 2014). Se considera compatible el concepto de «capacidad» con su no actualización, siempre y cuando las condiciones que impiden la actualización sean superables por el curso normal de los acontecimientos, por los medios técnicos disponibles o a través de instituciones o prácticas sociales asequibles. En efecto, la autonomía y las capacidades cognitivas y morales no se encuentran totalmente desarrolladas en el caso de los niños, pero esta limitación no sería absoluta. La autonomía como capacidad gradual debe entenderse presente desde los primeros días de la vida y el reconocimiento de derechos debe ir acorde con su evolución, de tal forma que se identifique como uno de los intereses del niño el ejercicio de ésta y la realización de las elecciones que tiene capacidad de hacer: «La autonomía progresiva supone que en la medida que la persona avanza en el desarrollo de sus capacidades de acuerdo a su edad toma control sobre ámbitos competenciales de representación o sustitución delegados a sus padres o al Estado» (Laino, 2012, p. 22).

En consecuencia, el niño considerado como persona moral abstracta podría incorporarse al discurso moral desde sus propias estructuras de pensamiento y capacidad de acción siendo capaz de plantearse planes y proyectos apropiados e ir adaptando su conducta a la consecución de éstos. Sería posible entonces describir al niño como persona moral no únicamente por sus capacidades potenciales, sino por sus atributos presentes, diferentes a los del adulto, pero que cumplen con los requisitos necesarios para desempeñarse como tal (González, 2008; Galvis, 2009).

Desde esta perspectiva gradualista, podemos decir que dado un individuo infante, en condiciones sociales e históricas adecuadas y con un desarrollo ontogenético normalizado, llegará a constituirse como persona. Como señalan Csikszentmihalyi y Rathunde (2014, p. 11), la persona no nace sino que se hace (*it follows that persons are not born, but are made*). La «constitución» sería a la persona lo que el «nacimiento» es al individuo. La constitución de la persona es un proceso: «Fue un conjunto de personas aquel que consideró persona al individuo recién nacido, todavía sin el «uso de la razón», y gracias al cual su personalización puede considerarse como un proceso abierto» Bueno (1996, p. 220). Para algunos autores, este enfoque gradual que relaciona el proceso de personalización y el desarrollo de competencias y capacidades que posibilitan el acceso diferencial a los distintos tipos de derechos justificaría la abolición de la diferencia entre adultos y menores, pues no sería la edad sino las competencias y capacidades lo que posibilita el ejercicio de los derechos (Cowden, 2012).

Esta perspectiva gradualista aparecería ya recogida en el mismo articulado de la Convención (artículos 5 y 12) y se intenta implementar o se encuentra ya ejercida en diversos ámbitos concernientes a los derechos del niño. Por ejemplo, respecto al concepto de «interés superior del menor», López-Contreras (2015) señala que el elemento fundamental para alcanzar su verdadero contenido y objetivo hace indispensable su tratamiento desde la capacidad natural del sujeto menor de edad.

La capacidad natural de actuación de los niños, niñas y adolescentes se puede determinar a través de su grado de desarrollo intelectual y emocional, que les permite decidir libremente lo que realmente desean hacer y decir. De ahí que pueda establecerse que el niño o niña con suficiente madurez, independientemente de su edad, puede ejercer sus derechos y definir sus deseos (López-Contreras, 2015, p. 59).

En este sentido se apunta a la necesaria colaboración en la toma de decisiones entre el ámbito judicial y los técnicos-peritos, ya que la ciencia psicológica habría establecido que a partir de los seis años sería posible medir el desarrollo psicológico del niño para establecer el logro cognitivo y el autoconcepto como requisitos indispensables a la hora de hacer valer sus deseos e intereses, tanto frente a instituciones públicas como a padres o tutores.

Lo anterior esboza el vínculo inexorable entre los conceptos de capacidad progresiva y responsabilidad parental [...]. Surgen de este modo, nuevas figuras de asistencia, cooperación y vigilancia a partir de una graduación de la capacidad de autodeterminación del niño en consonancia a su autonomía; en aras de significar que mientras mayor sea esta última, menor será la intensidad de participación de un tercero (Montejo-Rivero, 2012, p. 29).

Otro de los ámbitos donde estas cuestiones están adquiriendo cada vez más relevancia tiene que ver con las discusiones bioéticas, el derecho a la información sanitaria y a la participación en la toma de decisiones que tiene el paciente menor de edad. En este contexto el «menor maduro» es un término para designar a los adolescentes menores de edad desde el punto de vista legal, pero con capacidad suficiente para involucrarse en la toma de decisiones, tanto médicas, como de otro tipo, que le afectan. El concepto de menor maduro fue concebido en EE.UU en los años 70, y constituido de forma progresiva desde el punto de vista jurídico como «doctrina del menor maduro», debido a las demandas cada vez más frecuentes que los padres de los adolescentes realizaban contra los médicos por asistir a sus hijos sin su consentimiento. En España, la Ley 41/2002 Básica de Autonomía del Paciente dedica una atención pormenorizada al consentimiento informado en el menor de edad. En este sentido se hace alusión a la madurez moral del menor, que debe medirse por sus capacidades formales de juzgar y valorar situaciones y no por el contenido de los valores que asume. Como apoyo a la teoría del menor maduro, es frecuente acudir entonces a las investigaciones clásicas en psicología evolutiva sobre el desarrollo moral, en concreto, los estudios de Piaget y Kohlberg, que establecen que en torno a los 14 años es posible alcanzar la madurez moral, sin necesidad de llegar a la última etapa del desarrollo moral, la etapa posconvencional o de principios éticos universales, etapa que sólo sería alcanzada por un número reducido de personas y en edades más bien tardías. Según las investigaciones, la mayor parte de los adultos permanece en la etapa convencional o de normas morales interpersonales y sancionadas socialmente, alcanzándose esta etapa durante la adolescencia (Sánchez, 2005; Torre, 2011; Fuentes, Gamboa, Morales y Retamal, 2012; Ventura, Navío, Álvarez y Baón, 2014).

Sin embargo, esta perspectiva gradualista no está libre de duras críticas ya que la diferencia entre niños, en tanto que jurídicamente «menores», y adultos se mantiene vigente y operativa. Y es que los ordenamientos legales discurren según una escala prudencial propia que no tiene por qué concebirse como conmensurable con las escalas biológica o psicológica, ni es deducible a partir de ellas.

Estas críticas las identificamos en determinados estudios etnológicos y sociológicos sobre la infancia (Szulc 2006; Jociles, Franzé y Poveda, 2011; Pavez, 2012; Lagunas, 2015; Vergara, Peña, Chávez y Vergara, 2015). Efectivamente, y como reconocen algunos de los propios autores, se trata una concepción influenciada por la antropología cultural de la escuela del particularismo histórico, la filosofía de la ciencia inspirada en la obra de Kuhn y la actual sociología del conocimiento en su crítica al positivismo. Así, se señala que los estudios tradicionales sobre la infancia y adolescencia, que denominan «la infancia heredada» (Jociles *et al.*, 2011, p. 11), aludiendo de forma indisimulada a las disputas en la filosofía de la ciencia del siglo XX, por su orientación prescriptiva, «cosifican» y «naturalizan» procesos y productos sociohistóricos como son la infancia y adolescencia. Se parte de que el discurso sobre la infancia se ha construido sobre un falso universalismo naturalista y una base ahistórica. En este sentido, se señala a la disciplina de la psicología evolutiva como la principal responsable de la homogeneización y «la exclusión del niño a través de formulaciones parciales de racionalidad» (Szulc, 2006, p. 32). El mantenimiento de la diferencia entre «menores» y sujetos adultos de pleno de derecho, aparece vinculado más con su efectividad jurídica

y el valor pragmático que presenta antes que con su validez científica en términos de condiciones o capacidades subjetivas. Así sería el caso de que es el propio discurso jurídico el que sustentaría su propia teoría psicológica y lo caprichoso de fijar la referencia que ha determinado la edad en que los llamados jurídicamente «menores» adquieren capacidades.

La adquisición de las capacidades así como, y consecuentemente, la «minoridad» de la persona jurídica, se presenta como una construcción, un producto de orden discursivo, es decir una construcción de raigambre ficcional y por lo tanto sin ninguna otra razón que ser consecuencia de discursos entrelazados que tradicionalmente han reflejado concepciones morales, segregacionistas, punitivas, proteccionista, etc., respecto de los niños (Degano, 2005, p. 49).

En concomitancia con los movimiento liberacionistas de los años 70, se considera que es necesario, entonces, liberar a los niños, al igual que se ha hecho con otros colectivos, y esta emancipación sólo podrá realizarse a través del pleno reconocimiento de derechos a los niños y el libre ejercicio de los mismos. Se reivindica la idea de que el niño, al igual que el adulto, es portador de derechos autónomos así como un «actor social» competente capaz de incidir sobre su propia realidad social sin restricciones o telas (Galvis, 2009; Pavez, 2012; Gutiérrez y Acosta, 2014).

Así, desde estos enfoques resulta indiscutible que el principio rector de la Convención sería el paradigma de los derechos, y no la protección integral. El reconocimiento de la igualdad en la titularidad de los derechos representaría el desafío más importante a los sistemas políticos y a los ordenamientos jurídicos, pues no sería suficiente la afirmación de que la infancia y adolescencia tiene derechos; es preciso que los ejerzan efectivamente y no a través de sus padres o representantes legales, o que los ejerzan sólo en la medida de la evolución de sus facultades. Es un contrasentido hablar de titularidad universal y continuar con la idea de la incapacidad del niño para ejercer sus derechos. Tampoco sería coherente con esta universalidad pensar que los derechos se pueden ejercer de manera escalonada (Galvis, 2009).

Vemos como estos estudios etnológicos y sociológicos sobre la infancia y adolescencia tienen en cuenta los desarrollos de las ciencias psicobiológicas, pero en sentido negativo, esto es, como disciplinas que impiden o constriñen la plena asunción de derechos y su ejercicio por parte de la persona menor de edad, acercándose así a una perspectiva jurídica formal. Para estas posiciones teóricas, al entender la infancia y adolescencia como una construcción sociohistórica, no estaría demostrada la existencia de unas supuestas capacidades naturales pensadas como universales y que progresivamente pudiesen justificar el reconocimiento y acceso al ejercicio de derechos subjetivos. Ser niño ya instaaura e implica la consideración plena de agente moral y como tal debe ser respetado en su autonomía y tratado como una persona y un sujeto de pleno derecho.

### 3. FUNDAMENTO MATERIAL Y FORMAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Lee y Motzkau (2011) señalan que a lo largo del siglo XX el dualismo *biosocial* ha constituido el paradigma que ha guiado la investigación en torno a la mayor parte de cuestiones relativas a la infancia. Así, uno de los asuntos clave en torno a la infancia consistió en analizar, bajo distintas formulaciones, cómo lo «biológico» y lo «cultural» se interrelacionaban para conformar el desarrollo del niño. En su trabajo, los autores proponen un nuevo enfoque, de carácter híbrido (*hybridity view*) y descriptivo, que denominan *biopolítico*, con el objetivo de reconocer un campo más amplio de interrelaciones entre lo «biológico», lo «social» y los «procesos tecnológicos», todos ellos promovidos o canalizados desde la administración política de la sociedad.

Por nuestra parte, vamos a abordar la cuestión de la constitución del sujeto personal, no partiendo del dualismo biosocial, aunque constituye una referencia insoslayable en nuestra tradición cultural, sino atendiendo a su fundamento material y formal, donde pensamos que es posible subsumir buena parte de los asuntos que se abordan desde el enfoque biopolítico (Bueno, 1996; Alvargonzález, 2009).

El problema filosófico principal que suscita la idea de persona humana podría ser planteado como el problema de la naturaleza de la conexión entre sus componentes, esto es, entre la individualidad corpórea y su relación con la idea de persona. La idea de persona entonces es una idea transcendental, en el sentido de que desborda la individualidad (biológica, psicológica) y no se reduce a ella aunque la presupone.

El *fundamento material* de los derechos (pero también del ámbito de la ética y de la moral) se encuentra en la individualidad corpórea, mientras que el *fundamento formal* residiría en la misma realidad social que reconoce y constituye a esos individuos como tales personas valiosas y dignas de respeto y derechos. La individualidad orgánica, en tanto que fundamento material, no constituiría por sí misma un *derecho*; sería en el momento en el cual los demás (el grupo social de referencia a escala familiar, social, nacional) acuerdan mantener como un valor, y por lo tanto un *deber*, el reconocimiento de esa individualidad, en nuestro caso, el valor de la niñez, cuando ésta puede empezar a mostrarse y aparecer como fundamento formal a través de normas éticas, morales y en el propio ordenamiento jurídico y político, sin perjuicio, como hemos visto, de los problemas y debates en torno a la fundamentación formal de tales derechos.

Según lo dicho, la individualidad orgánica se constituiría como un valor universal, de carácter ético, cuya clase estaría formada por todos los hombres, no pudiendo existir diferencias por motivos de sexo, religión, raza, lengua o cualesquiera otros, entre ellos, entonces, la edad.

Sin embargo, la condición de sujeto personal no se alcanza de forma espontánea o como un proceso de desarrollo interno (psicológico, biológico) sino que se realiza en el seno de una determinada configuración social capaz de otorgar soporte, dignidad y valor a dicha individualidad personal, sin la cual esta individualidad ni siquiera existiría como tal. La persona supone insertar al individuo humano en una sociedad de personas con una serie de derechos y deberes hacia ella. La sociedad de personas parece estar

ligada en su génesis histórica a los valores éticos, morales, jurídicos y políticos de lo que llamamos civilización (Alvargonzález, 2009). Por ello, el fundamento formal de la idea de persona se encuentra, en primer lugar, en las normas morales (en el sentido etimológico del término, *mores*, las «costumbres» de cada pueblo o cultura) en las cuales se integran y consolidan aquellas normas éticas (en nuestro caso, el reconocimiento de la individualidad del niño) y, en último lugar, el mismo ordenamiento jurídico-político que hace posible la coexistencia de diferentes sistemas morales.

El sujeto personal es siempre un sujeto «hetero-determinado» ya que lo específico de la persona depende en gran parte del entorno social, que es exterior a ella, y del conjunto de la sociedad de personas. El grupo social tienen la obligación ética de sostener y promocionar la autodeterminación personal de sus miembros, y en particular, de los menores de edad, como sujetos en desarrollo hacia su condición personal. La autodeterminación del menor de edad se alcanzaría entonces por su inclusión y participación en grupos sociales de referencia con normas heterónomas establecidas y que los individuos asimilan, acatan, modifican o incumplen según los casos y circunstancias pero que son, en todo caso, la condición necesaria de su autodeterminación personal (Massini, 2003; Alvargonzález, 2009).

Para la concepción liberal de los derechos, el problema que surge de la relación entre niños y derechos humanos se refiere a la plausibilidad de considerar al niño como sujeto de derechos, ya que éstos se entienden como instrumentos para promover la libertad o la autonomía, con un titular que sería, en consecuencia, un soberano libre para ejercer una parcela de libertad de acción (Block *et al.*, 2014; Achard, 2014). Si esto es así y si sólo cabe concebir a la persona como sujeto de derechos si existe un poder suficiente para conquistar, recibir, mantener o reivindicar los derechos que constituyen su libertad, es obvio que un infante o un niño, al menos en sus primeros años, se encuentra desamparado e impotente y por lo tanto no reuniría las características necesarias para ser considerado como agente moral.

Pero retirado el presupuesto ideológico del individuo autónomo del pensamiento liberal, y siguiendo la propuesta del profesor Bueno (1999) en orden a la constitución de los procesos de autodeterminación personal, defendemos el principio de grupalidad y de la recíproca determinación entre el sujeto personal y su grupo social de referencia. El grupo social es quien en primera instancia, y por institución, reconoce y otorga valor al niño y en cuyo seno se constituirá como sujeto personal. Y es así entonces cuando la individualidad del niño puede revelarse, en función de fundamentos morales variables (pero virtualmente universales por propagación), y exigirse como un derecho en el sentido más estricto.

#### 4. CONCLUSIONES

Hemos intentado mostrar, a partir de la estrecha dependencia que existe entre la consideración del niño como persona moral y el acceso a la plena titularidad de derechos, la existencia de diversas perspectivas (histórica, jurídica, científica) desde las cuales dar cuenta del proceso de constitución de la persona. Estas perspectivas, sin perjuicio de sus inevitables relaciones recíprocas, no siempre son compatibles entre sí

como tampoco lo son los criterios y resultados de los diferentes tratamientos científicos. Así, en función de los diferentes resultados de las disciplinas científicas sobre la persona y según la perspectiva adoptada, se tienen ideas diferentes sobre el estatus de los derechos del niño y su condición de agente moral.

Por otra parte, hemos señalado la vinculación del *fundamento formal* de la persona con el sistema social, político y moral de referencia, lo que supone e implica que los derechos humanos en general, y del niño en particular, tienen un carácter histórico y cambiante (no por ello gratuito). Los individuos humanos evolucionan hacia su condición personal en tanto que esa evolución individual esté dada a través de la evolución global de la sociedad de la que forman parte. Hay que distinguir entonces entre el proceso *histórico* del hombre hacia la sociedad de personas y el proceso (biográfico, individual) *del individuo humano* hacia su condición de persona. Es evidente que este último no podría darse al margen de aquél y tampoco recíprocamente. Es por esto por lo que la constitución del sujeto personal no tiene una respuesta unívoca (jurídica, psicológica, biológica...) porque tampoco es unívoca la idea de persona en función de las diferentes configuraciones sociales y culturales dadas en la historia. Lo que no significa que todas las ideas de persona tengan el mismo alcance ni que ninguna de ellas merezca ser tomada en consideración. Ni el *relativismo* ni el *escepticismo* son posiciones que puedan ser defendidas *a priori* cuando nos situamos en una perspectiva filosófica crítica. Y la razón estriba en que tomando como referencia los diferentes criterios de clasificación establecidos por el profesor Bueno (1996), existirían diversas ideas de persona en función de diferentes tradiciones histórico-culturales. Pero no puede atribuirse hoy significado filosófico relevante a aquellas ideas de persona, y por lo tanto de «niño», incompatibles con los resultados de las ciencias positivas del presente (teoría de la evolución, embriología, psicología del desarrollo, fisiología...). Así mismo, se excluirían aquellas concepciones que no contemplen entre sus premisas la autodeterminación ética, moral y jurídica de la persona menor de edad por presuponer que ésta, por motivos religiosos, mágicos o irracionales, se pudiera encontrar subordinada a algún otro ente o poder ajeno.

Siendo esto así, los derechos humanos y del niño se enuncian, y no podía ser de otro modo, desde las coordenadas o fundamentos ideológicos y doctrinales de los legisladores o pensadores que los declaran y con la artificiosidad y limitaciones que tales coordenadas llevan consigo y a su vez en pugna con otras posibles alternativas ideológicas también presentes en la actualidad.

## Bibliografía

- Alvargonzález, D. (2009). *La clonación, la anticoncepción y el aborto en la sociedad biotecnológica*. Oviedo: Pentalfa.
- Archard, D. (2014). *Children's Rights*. Stanford: The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Recuperado el 1 de abril de 2015, de: <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/rights-children/>, <http://dx.doi.org/10.4324/9780203887035.ch28>
- Ariés, P. (1987). *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Madrid: Taurus.
- Balbi, J. (1996). What is a person? Reflections on the domain of psychology from an ontological and post-rationalist perspective. *Journal of Constructivist Psychology*, 9(4), 249-261. <http://dx.doi.org/10.1080/10720539608404671>
- Barna, A. (2012). Convención Internacional de los Derechos del Niño: hacia un abordaje desacralizador. *Kairos: Revista de temas sociales*, 29. Recuperado el 1 de abril de 2015, de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4347837>
- Block, W. E., Smith, E. y Reel, J. (2014). The natural rights of children. *International Journal of Health Policy and Management*, 2(2), 85–89. <http://dx.doi.org/10.15171/ijhpm.2014.20>
- Bueno, G. (1996). Individuo y persona. En *El sentido de la vida* (pp. 115-236). Oviedo: Pentalfa.
- Bueno, G. (1999). Principios y Reglas generales de la Bioética materialista. *El Basilisco*, 2ª época, 25, 61-72.
- Cillero, M. (2001). Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva. *Justicia y Derechos del niño*, 3, 49-63.
- Cowden, M. (2012). Capacity, claims and children's rights. *Contemporary Political Theory*, 11(4), 362-380. <http://dx.doi.org/10.1057/cpt.2011.43>
- Cronin, K. (2011). What about Children's Rights? *The Furrow*, 62(7/8), 387-393.
- Csikszentmihalyi, M. y Rathunde, K. (2014). The development of the person: An experiential perspective on the ontogenesis of psychological complexity. Recuperado el 1 de abril de 2015, de: [http://www.springer.com/cda/content/document/cda\\_downloaddocument/9789401790932-c2.pdf?SGWID=0-0-45-1472117-p176723962](http://www.springer.com/cda/content/document/cda_downloaddocument/9789401790932-c2.pdf?SGWID=0-0-45-1472117-p176723962) [http://dx.doi.org/10.1007/978-94-017-9094-9\\_2](http://dx.doi.org/10.1007/978-94-017-9094-9_2)

- Degano, J. A. (2005). La ficción jurídica de la minoridad y la subjetividad infantil. *Fundamentos en Humanidades*, VI(12), 25-52.
- Delgado, B. (1998). *Historia de la infancia*. Barcelona: Ariel.
- Fanlo, I. (2011). «Viejos» y «nuevos» derechos del niño. Un enfoque teórico. *Revista de Derecho Privado*, 20, 105-126.
- Fernández, M. E. (2013). Nacimiento de la persona: Pasado y presente. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 16(2), 139-172.
- Fierro, A. (1993). *Para una ciencia del sujeto: investigación de la persona(lidad)*. Barcelona: Anthropos.
- Fuentes, R., Gamboa, J., Morales, K. y Retamal, N. (2012). Jean Piaget, aportes a la educación del desarrollo del juicio moral para el siglo XXI. *Convergencia Educativa*, 1, 55-69.
- Galvis, L. (2009). La Convención de los Derechos del Niño veinte años después. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 7(2), 587-619.
- Gómez-Mendoza, M. A. y Alzate-Piedrahíta, M. V. (2014). La infancia contemporánea. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 12(1), 77-89. <http://dx.doi.org/10.11600/1692715x.1213040513>
- González, M. (2008). *Derechos humanos de los niños: Una propuesta de fundamentación*. México: UNAM.
- Gutiérrez, I. y Acosta, A. (2014). El devenir de la Representación Política de los Niños y las Niñas. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 12(1), 91-102. <http://dx.doi.org/10.11600/1692715x.1214111313>
- Hierro, L. L. (1991). ¿Tienen los niños derechos?: Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño. *Revista de educación*, 294, 221-233.
- Jociles, M. I., Franzé, A. y Poveda, D. (eds.). (2011). *Etnografías de la infancia y de la adolescencia*. Madrid: Catarata.
- Lagunas, D. (2015). Orígenes biológicos del poder, domesticación y naturalización de la niñez. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 111-122. <http://dx.doi.org/10.11600/1692715x.1315070414>
- Laino, S. E. (2012). Autonomía progresiva de la voluntad. En *Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia*, (pp. 17-37). Montevideo: Dirección Nacional de Defensorías Públicas.

- Lee, N. y Motzkau, J. (2011). Navigating the bio-politics of childhood. *Childhood: A Global Journal for Childhood Studies*, 18(1), 7-19. <http://dx.doi.org/10.1177/0907568210371526>
- López-Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-70. <http://dx.doi.org/10.11600/1692715x.1311210213>
- MacCormick, N. (1988). Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 5, 293-306.
- Massini, C. I. (2003). ¿Existe un principio ético de autonomía? Consideraciones a partir de la bioética contemporánea. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 8, 487-504.
- Mause De, L. (1982). *Historia de la infancia*. Madrid: Alianza.
- Montejo-Rivero, J. (2012). Menor de edad y capacidad de ejercicio: Reto del Derecho Familiar contemporáneo. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2, 23-36. <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2012.1036>
- Moreno, B. y Díaz, D. Ñ. (2013). *Psicología de la personalidad*. Madrid: UDIMA.
- Oliva, F. (2014). El menor maduro ante el derecho. *Eidon*, 41, 28-52.
- O'Neill, O. (1988). Children's Rights and Children's Lives. *Ethics*, 98(3), 445-463. <http://dx.doi.org/10.1086/292964>
- Pavez, I. (2012). Sociología de la Infancia: las niñas y los niños como actores sociales. *Revista de Sociología*, 27, 81-102.
- Rivas, S. (2014). Infancia: entre la protección y la administración. Reflexiones en torno a las concepciones de la política de infancia desde la perspectiva de derecho. *Margen: Revista de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, 73. Recuperado el 1 de abril de 2015, de: <http://www.margen.org/suscri/numero73.html>
- Sánchez, M. (2005). El menor maduro. *Boletín de Pediatría*, 45(193), 156-160.
- Simón, P. (2014). Madurez, capacidad y autonomía. *Eidon*, 41, 3-11.
- Szulc, A. (2006). Antropología y Niñez: de la omisión a las 'culturas infantiles'. En Wilde, G. y Schamber, P. (Eds.). *Cultura, comunidades y procesos contemporáneos* (pp. 25-50). Buenos Aires: Editorial SB.

- Torre, Francisco de la (2011). El menor maduro: la doctrina que explica la capacidad natural. *Revista Derecho y Criminología*, 1. Recuperado el 1 de abril de 2015, de: <http://hdl.handle.net/10952/577>
- Ventura, T., Navío, M., Álvarez, I. y Baón, B. (2014). La evaluación de la capacidad y sus problemas. *Eidón*, 41, 12-27. <http://dx.doi.org/10.13184/eidon.41.2014.12-27>
- Vergara, A., Peña, M., Chávez, P. y Vergara, E. (2015). Los niños como sujetos sociales: El aporte de los Nuevos Estudios Sociales de la infancia y el Análisis Crítico del Discurso. *Psicoperspectivas*, 14(1), 55-65.
- Wellman, C. (1984). The Growth of Children's Rights. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 70(4), 441-453.