

CAPÍTULO 71

LOS DERECHOS DEL NIÑO: UN ENFOQUE FILOSÓFICO*

Facundo ROJO**
Ezequiel SPECTOR***

SUMARIO. I. *La pregunta de si los niños deben tener derechos: Aclaración previa.* II. *¿Deben los niños tener derechos?* III. *Derechos de los adultos y derechos de los niños.* IV. *El interés superior del niño.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía complementaria.*

La filosofía de los derechos del niño no ha sido muy tratada ni desarrollada en comparación con otras áreas de la filosofía del derecho. Ello no implica que no haya demasiado para decir. La filosofía de los derechos del niño tal vez sea el área más controversial de la filosofía del derecho, dado que el propio estatus moral de los niños permanece poco claro. En este trabajo nos proponemos exponer algunas de las principales teorías filosóficas acerca de los derechos del niño, y acerca de un concepto íntimamente vinculado con estos derechos, usado cotidianamente en el derecho de familia e incluido en varios tratados internacionales: el “interés superior del niño”.

Procederemos de la siguiente manera. En la sección I distinguimos entre aquello que dice el ordenamiento jurídico y aquello que debería decir, y aclaramos que en este trabajo nos interesa la segunda cuestión. En la sección II exponemos dos teorías acerca de si los niños deben tener derechos. En la sección III presentamos una teoría alternativa sobre la misma cuestión. La sección IV analiza el concepto de “interés superior del niño”. Finalmente, la sección V contiene una conclusión.

* La estructura de este artículo, así como varias de sus ideas, fue inspirada en la entrada “Children`s Rights”, de la Stanford Encyclopedia of Philosophy, escrita por David William Archard, disponible en: plato.stanford.edu/entries/rights-children/.

** Abogado, Universidad Torcuato Di Tella.

*** Profesor de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella.

I. LA PREGUNTA DE SI LOS NIÑOS DEBEN TENER DERECHOS: ACLARACIÓN PREVIA

Para comenzar el análisis, es preciso preguntarse si los niños pueden ser titulares de derechos. Esta pregunta, a su vez, puede entenderse de dos formas diferentes.

En primer lugar, esta pregunta puede entenderse como refiriéndose a qué dice de hecho un determinado ordenamiento jurídico respecto del tema. La respuesta, por lo tanto, deberá evaluar qué dice el ordenamiento jurídico en cuestión. Por ejemplo, de acuerdo con el ordenamiento jurídico mexicano, ¿pueden los niños ser titulares de derechos? Dar una respuesta satisfactoria requerirá conocer la ley mexicana.

En segundo lugar, esta pregunta puede entenderse como refiriéndose a qué debería un ordenamiento jurídico respecto de si los niños tienen derechos o no. Dar una respuesta satisfactoria a esta pregunta no requerirá, entonces, conocer una cierta ley, sino conocer diferentes teorías acerca de cómo *debería* ser la ley.

En este trabajo, interpretamos aquella pregunta de la segunda forma, y sólo haremos referencia al derecho positivo para ejemplificar, sin pretender que tenga valor justificatorio.

II. ¿DEBEN LOS NIÑOS TENER DERECHOS?

Como sugerimos antes, los DERECHOS pueden ser legales (aquellos consagrados por el ordenamiento jurídico) o morales (aquellos que, dadas ciertas circunstancias,¹ deberían ser consagrados por el ordenamiento jurídico). En la actualidad, los niños gozan de derechos legales, ya que, de hecho, existen leyes que garantizan ciertos derechos a los niños, por su carácter de tales. Por ejemplo, a nivel interamericano, la Convención sobre Los Derechos del Niño dispone, en su Preámbulo, que “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales” y reconoce, en su artículo 3o., que “[e]n todas

¹ Que un derecho sea moral no implica necesariamente que deba ser consagrado por el ordenamiento jurídico. Ello dependerá de diferentes circunstancias. Por ejemplo, la eutanasia activa voluntaria (dar muerte a un paciente terminal con su consentimiento) puede ser moralmente permisible, pero si las instituciones no están preparadas para garantizar que los pacientes den su consentimiento de forma autónoma, podría concluirse legítimamente que debería estar legalmente prohibida. Véase Rivera López, Eduardo, Derecho y bioética, en este libro.

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”.

Ahora bien, independientemente de que hoy en día la ley reconozca determinados derechos a los niños, es válido preguntarse si los niños deberían tener derechos, por qué y, eventualmente, qué derechos deberían tener los niños. Existen tres posturas que contestan estas preguntas; dos serán desarrolladas y analizadas en esta sección, y una teoría alternativa será presentada en la próxima sección.

En primer lugar, están quienes sostienen que los niños no deberían tener ningún derecho. Ello no implica, como veremos, que el niño no tenga ningún estatus moral. *En segundo lugar*, están quienes sostienen que los niños deberían tener algunos derechos que tienen los adultos, pero no todos. Esta es, si se quiere, la tesis más aceptada por la gente en general, aunque un poco más discutida por los filósofos. *En tercer lugar*, están los liberacionistas, que sostienen que los niños deberían tener exactamente los mismos derechos que tienen las personas adultas.² A diferencia de la anterior, esta parece ser la menos intuitiva, es decir, la menos apoyada por las personas en general.

A su vez, podría distinguirse entre dos tipos de liberacionistas: los “liberacionistas retóricos”, que abogan por la igualdad de derechos entre niños y adultos exclusivamente como manera de negociar la mayor cantidad de derechos posible para los niños, pero que no creen genuinamente que los niños deberían tener los mismos derechos que los adultos, y los “liberacionistas reales”, que sí consideran genuinamente que los niños deberían tener los mismos derechos que los adultos. Contra esta distinción, sin embargo, uno podría decir que la tesis liberacionista es una sola, apoyada tanto por los liberacionistas retóricos como por los liberacionistas reales, aunque por diferentes razones. En efecto, el liberacionista real sinceramente cree en esta tesis, mientras que el liberacionista retórico la apoya por razones políticas. No obstante, una tesis no cambia según la apoyemos por una u otra razón. Desde una perspectiva puramente teórica, no hay diferencias entre liberacionistas reales o retóricos. Por ello, dado que el fin de este trabajo es teórico, obviaremos esa distinción.

² Farson, Richard, *Birthrights*, London, Collier Macmillan, 1874. Holt, J.C., *Escape from Childhood: The Needs and Rights of Children*, Harmondsworth, Penguin, 1975. Cohen, Howard, *Equal Rights for Children*, Totowa, NJ, Littlefield, Adams, and Co, 1980.

1. *Los niños no deberían tener ningún derecho*

La postura que sostiene que los niños no deberían tener ningún derecho puede ser defendida con tres argumentos diferentes.

El primero es que los niños no son entes pasibles de ser titulares de derechos, simplemente porque no son capaces de ejercerlos. Desde esta perspectiva, los derechos son herramientas necesarias para perseguir planes de vida. Cuando alguien es incapaz de ejercer un determinado derecho, la idea de que esa persona tiene este derecho pierde interés, así como pierde interés la idea de una persona sin piernas teniendo derecho a una pelota de fútbol. Dado que, por ejemplo, un bebé no puede votar, asociarse con fines útiles, profesar una religión, etcétera, no puede ser titular de esos derechos.³

No obstante, este argumento es vulnerable a dos objeciones, al menos. Por un lado, prueba demasiado poco, dado que sólo los bebés son incapaces de ejercer todos los derechos (y ni siquiera los bebés, dado que incluso ellos encuentran alguna forma de expresarse). Por otro lado, la idea de que el “encanto” de los derechos radica en que puedan ejercerse parece referirse a derechos que hacen a la libertad, como la libertad de expresión y la libertad de culto, mas no a los derechos que hacen al bienestar, como el derecho a recibir un tratamiento médico adecuado por parte de un hospital público. Si esto es correcto, y asumiendo que niños muy pequeños no puedan ejercer ningún derecho que haga a la libertad, entonces no tiene sentido decir que son titulares de estos derechos, pero sí tiene sentido decir que son titulares de derechos que hacen al bienestar, para que en el futuro puedan ejercer los derechos que hacen a la libertad.⁴ Esta es una razón clave para concluir que existe un interés muy relevante en que los niños se desarrollen adecuadamente y que, por lo tanto, merecen ser tutelados por el derecho, ya que eso hace al bienestar.⁵

³ Subyace a este argumento la teoría de la elección acerca del fundamento de los derechos, como opuesta a la teoría del interés. Véase Hart, H.L.A., *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 183. Véase también MacCormick, Neil, *Legal Rights and Social Democracy*, Oxford, Oxford University Press, pp. 154-166.

⁴ La distinción entre derechos que hacen a la libertad y derechos que hacen al bienestar no debe confundirse con la clásica distinción entre derechos negativos y derechos positivos. Uno puede tener un derecho que haga a la libertad, pero que sea un derecho positivo (como un derecho a que el Estado le financie un número de horas por radio para que exprese sus ideas).

⁵ Véase Griffin, James, “Do Children Have Rights?” en Archard, David y Macleod, Colin (eds.), *The Moral and Political Status of Children: New Essays*, Oxford, Oxford Uni-

El segundo argumento es que los niños no son titulares de derechos porque asignar derechos a los niños implica no comprender qué es la infancia y cómo los niños deben relacionarse con los adultos. Podría argumentarse, utilizando una retórica comunitarista, por oposición a una retórica liberal basada en derechos individuales, que asignar derechos a los niños genera, progresivamente, el olvido y el desinterés por las razones por las cuales se crearon dichos derechos en una primera instancia.⁶ Por ejemplo, en el contexto de una familia, asignar derechos a cada miembro de la familia deja en segundo plano el hecho relevante de que las relaciones familiares deben construirse, ante todo, sobre la base del amor. Por lo tanto, desde esta perspectiva, no sólo es innecesario asignar derechos a los niños, sino que es perjudicial, ya que lo valioso de la relación entre adultos y niños radica en valores que nada tienen que ver con el mero hecho de que los niños tengan derechos (como el amor, la empatía, etc.) y, a su vez, la asignación de derechos a los niños atenta contra la preservación, en primer lugar, de dichos valores.

Sin embargo, este argumento no resulta plausible porque no es claro por qué la construcción de la relación entre padres e hijos sobre la base del amor es dejada en segundo plano si se le otorgan derechos al niño. Podría argumentarse que, mientras que la relación entre ellos esté basada en el amor (y los padres le garanticen un desarrollo adecuado al hijo), son los derechos los que quedarán en segundo plano; no será necesario mostrar esa “carta”. Los derechos entran en escena cuando la relación es problemática; por ejemplo, cuando los padres abusan de su hijo. Por ende, tanto la relación basada en el amor como los derechos del niño pueden coexistir, los derechos entrando en escena recién cuando lo primero está ausente.

El tercer argumento es que los niños no son titulares de derechos porque sólo es posible asegurar la protección moral de los niños por medio de la negación de derechos. Podría argumentarse que, para que los niños crezcan y puedan desarrollar su capacidad de realizar elecciones (y así transformarse en adultos), es necesario que, durante la niñez, no tengan derecho a tomar sus propias decisiones. De acuerdo con la evidencia empírica, para convertirse en adultos (en un sentido estricto, que implica lograr el desarrollo de la capacidad de realizar elecciones), los niños deben ser

versity Press, 2002, pp. 19-30. Y Brennan, Samantha, “Children’s Choices or Children’s Interests: Which do their Rights Protect?” en Archard, David y Macleod, Colin (eds.), *The Moral and Political Status of Children: New Essays*, Oxford, Oxford University Press, pp. 53-69.

⁶ Sandel, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

alimentados, ayudados y, especialmente, deben estar sujetos a control y disciplina. Si no se le provee al niño dicho contexto, se seguirán consecuencias malas para el niño, para el adulto en el que se convertirá y para la sociedad, en la que deben convivir adultos con niños.

No obstante, este argumento falla porque no muestra que los niños no tengan derechos, sino sólo que no tengan derechos que hacen a la libertad, como votar. Este argumento acepta que los niños deben, entre otras cosas, ser alimentados, lo que sugiere que tienen este y otros derechos que hacen al bienestar.

De todos modos, contra esta objeción uno podría ensayar la siguiente respuesta: el hecho de que los niños no tengan derechos no implica que no exista una obligación moral de cuidarlos y protegerlos. Las personas pueden tener deberes de orden moral que no se correlacionen necesariamente con un derecho de su titular. Como adultos, debemos proteger y promover el bienestar de los niños, sin que de ello se siga que los niños deban ser titulares de derechos. Por ejemplo, los humanos tienen una obligación moral de no maltratar a los animales arbitrariamente, pero de ello no se sigue que los animales sean titulares de un derecho a no ser maltratados arbitrariamente. Es posible argumentar en defensa de la protección de los animales sin abogar por la asignación de derechos a los animales y, del mismo modo, es posible argumentar en defensa de la protección de los niños sin abogar por la asignación de derechos a los niños.

2. *El liberacionismo*

De acuerdo con el liberacionismo, los niños deberían tener exactamente los mismos derechos que las personas adultas.

El liberacionismo desafía, en primer lugar, la idea de que los niños no son pasibles de ser titulares de derechos debido a su incapacidad de hecho. Es decir, un liberacionista no necesariamente se opone a la idea de que sólo pueden ser titulares de derechos quienes tengan suficiente capacidad. Puede estar de acuerdo con ello, y a la vez considerar que los niños sí tienen suficiente capacidad y, por lo tanto, pueden ser titulares de derechos. En este sentido, uno podría distinguir entre dos tipos de liberacionistas: los que sostienen que todos los niños tienen suficiente capacidad para ser titulares de derechos y los que sostienen que sólo algunos la tienen. El primer tipo de liberacionismo parece más problemático que el segundo, ya que es evidente que algunos niños, los más jóvenes especialmente, están sensiblemente incapacitados. El segundo tipo de liberacionismo, no obstante, también

tiene un problema: pierde en originalidad. Esto es, deja de ser liberacionismo, porque acepta que debería trazarse una línea entre titulares de derechos y los que no lo son, aunque en un lugar diferente a aquel en el que se la traza habitualmente. Esto deja de ser liberacionismo para convertirse en la posición estándar, según la cual algunos son titulares de derechos y otros no.

En segundo lugar, el liberacionismo sostiene que sólo concediendo plenos derechos a los niños éstos van a poder adquirir la plena capacidad. En este sentido, negar los derechos a los niños (al menos a los niños más cerca de ser adultos) lleva a mantener a los niños en estado de vulnerabilidad, inmadurez y dependencia. De acuerdo con esta postura, los niños deberían estar estimulados para comportarse de formas que les permitan desarrollar la madurez y gozar plenamente del ejercicio de sus derechos, como adultos. Dicho estímulo permitirá a los niños desarrollar la experiencia. Los niños (al menos a partir de un determinado momento) no difieren demasiado de los adultos en cuanto a sus capacidades cognitivas y volitivas, pero carecen de experiencia en la toma de sus propias decisiones, lo que los hace ingenuos y vulnerables. Hoy en día, la falta de experiencia en los niños puede deberse al hecho de que no se les conceden suficientes oportunidades para tomar sus propias decisiones. En este sentido, no es que los niños (al menos los niños de cierta edad) no tienen derechos porque no tienen capacidad para ser titulares, sino que no tienen esa capacidad porque no se les da la oportunidad de ejercitarla, otorgándoles derechos. No darles esta oportunidad podría calificar como una severa afectación de los derechos que hacen a la libertad, en perjuicio de los niños, ya que se les impide tener la chance de realizar elecciones por sí mismos que, de hecho, los beneficiarían ya que fomentarían el desarrollo de su capacidad.

3. *El problema de la arbitrariedad*

Partamos ahora de la visión liberacionista según la cual no todos los niños pueden ser titulares de derechos. Deviene necesario trazar una línea divisoria entre niños que no tienen capacidad suficiente para ser titulares de derechos y niños (y adultos) que sí pueden ser titulares de derechos.

Por un lado, podríamos sostener que la mayoría de los niños tiene capacidad suficiente para ser titular de derechos, ya que la mayoría de los niños (es decir, a partir de una edad muy temprana) tiene la capacidad de realizar elecciones y de comunicar sus preferencias. Si se trazara la línea divisoria en ese lugar (utilizando una definición poco exigente de “capacidad”), uno podría replicar que lo que define si alguien posee capacidad no es la

mera habilidad para realizar elecciones y comunicarlas, sino la habilidad para comprender y evaluar las distintas alternativas, y luego tomar una decisión fundada. Por ejemplo, los animales también poseen la capacidad de elegir y comunicar una elección (como cuando deciden tomar agua), pero estamos de acuerdo en que dicha habilidad no alcanza para considerarlos titulares de derechos que hacen a la libertad.

Por otro lado, podríamos ubicar la línea en el otro extremo, argumentando que, para poder ser titulares de derechos, es necesario haber desarrollado sensiblemente la capacidad, incluso en un nivel al que pocos adultos han llegado a desarrollarla (es decir, a una edad muy adulta). La mayoría de los adultos no evalúa de forma perfecta todas las elecciones que toma, ni tiene una opinión totalmente independiente de su entorno, ni es capaz de fundar todas sus decisiones. Esta definición exigente de “capacidad” también arroja resultados poco intuitivos, ya que excluye de la titularidad de derechos incluso a una gran cantidad de adultos.

Si ubicamos la línea divisoria en algún lugar en el medio de los extremos (es decir, a una edad intermedia, como 18 años), también podemos enfrentar ciertos problemas. Una persona de 18 años y un mes no difiere demasiado en cuanto a su capacidad de una persona de 17 años y once meses. No obstante, la primera es titular de derechos y la segunda no. Aquí, entonces, parece que la línea divisoria arroja resultados arbitrarios.

Para contestar esta crítica, se puede argumentar que, si bien puede ser cierto que, al tener una línea divisoria, las personas que se encuentran cerca de los límites que divide dicha línea serán tratadas, en cierta medida, arbitrariamente, no caben dudas de que una persona de 40 años (que, de acuerdo con la línea divisoria, puede ser titular de derechos) difiere sensiblemente en cuanto a su capacidad de una persona de 5 años (que, de acuerdo con la línea divisoria, no puede ser titular de derechos). Por lo tanto, la línea divisoria parece funcionar de manera correcta para explicar las diferencias de capacidad entre la mayoría de las personas, excepto entre las que se encuentran cerca de los límites divididos por la línea. Esta imperfección de la línea divisoria podría estar justificada, si el uso de dicha línea es lo suficientemente valioso como para compensarla. La arbitrariedad en el trato a quienes se encuentran en el límite de ambas partes divididas por la línea “es el costo que hay que pagar” por gozar del uso de una línea divisoria. Después de todo, el problema de los límites está impregnado en todo el derecho, y en algún lugar deben establecerse.

Algunos liberacionistas argumentan que no debería trazarse ninguna línea divisoria entre seres humanos al momento de decidir quiénes pueden

ser titulares de derechos. La línea divisoria, sostienen, debería trazarse entre humanos y no humanos, ya que ésta es la verdadera línea que distingue un lado del otro. Todos los humanos deberían tener los mismos derechos, ya que éstos son fundamentales para la humanidad, y no pueden serles negados a una parte, meramente en función de su edad.⁷

Ante este argumento, se podría contestar que, concediendo que los niños tienen un cierto estatus moral por ser humanos, de eso no se sigue necesariamente que éstos deban tener derechos. Por ejemplo, como señalamos antes, los adultos pueden tener una obligación moral de preservarlos, ya que reconocen su valor, sin concederles la titularidad de derechos.

Ahora bien, y para hilar más fino, ¿es valioso preservar el criterio de la línea divisoria basada en la edad de las personas para asignar la titularidad de derechos? Pareciera que lo realmente relevante para decidir si una persona debe ser titular de derechos no es su edad, sino el nivel de desarrollo de su capacidad. La edad de una persona no siempre refleja el nivel de desarrollo de su capacidad. Podría proponerse, por ejemplo, que cada individuo sea testeado por separado, para analizar si tiene la capacidad suficiente para ser titular de derechos o no, independientemente de su edad.

Sin embargo, esta propuesta tendría varios problemas. En primer lugar, los costos “administrativos” que se asumirían para llevar adelante esta propuesta serían, sin dudas, demasiado elevados. En segundo lugar, debería definirse cuál sería el tipo de test correcto y justo, lo cual parece una tarea muy compleja. En tercer lugar, se corre el riesgo de que quien sea responsable de llevar a cabo los tests se corrompa, y no persiga la meta de aplicarlos correctamente, sino la de perseguir su propio interés.

Otra posible solución que podría proponer un liberacionista que acepte que los niños no tienen, de hecho, la capacidad suficiente para realizar elecciones sería eliminar toda línea divisoria entre humanos y garantizar que los niños puedan solicitar a los adultos el servicio de aconsejarlos en la toma de decisiones. De este modo, los niños podrían, a través de adultos capaces de hecho, gozar plenamente de sus derechos.

No obstante, esta idea también tendría algunas complicaciones. En primer lugar, debería definirse cómo se elegirían a los adultos que aconsejen a los niños. ¿Debería elegirse a los padres, a profesionales especializados, o a otra persona determinada? Cualquier tipo de agente que elijamos no nos garantizará que el niño finalmente goce de la mejor representación posible. Por ejemplo, no existen garantías de que el padre sea el mejor con-

⁷Una idea similar aparece en Rothbard, Murray N., *The Ethics of Liberty*, New York, New York University Press, 2002, pp. 97-112. El autor sostiene que tanto los adultos como los niños tienen los mismos derechos, que son derechos negativos.

sejero posible para su hijo. Del hecho de ser padre de un niño no se sigue que, además, será el mejor consejero posible. En segundo lugar, ¿qué tipo de consejos serían los correctos: aquellos que recomiendan hacer lo que el niño habría elegido si hubiera tenido plena capacidad o aquellos que recomiendan que el niño elija lo que proteja mejor su “interés”?

III. DERECHOS DE LOS ADULTOS Y DERECHOS DE LOS NIÑOS

Una teoría alternativa⁸ sugiere que los niños deberían tener algunos derechos, pero no todos los que tienen los adultos, y que, además, los niños deberían tener derechos que los adultos no tienen. Por lo general, se sostiene que los adultos deberían tener derecho a la libertad y al bienestar y que los niños deberían tener derecho al bienestar y a ser especialmente protegidos.

De acuerdo con esta teoría, los niños no deberían tener derechos a la libertad ya que, como no tienen la habilidad para realizar elecciones, no tienen la capacidad de ser titulares de dichos derechos. Ello explica por qué los niños no deberían poder votar, contraer matrimonio, celebrar contratos, etc. No obstante, los niños sí deberían tener derecho a ser especialmente protegidos, que es un derecho del que no gozan los adultos. Los niños deberían tener derechos que contribuyan a su bienestar especialmente como niños y, por otro lado, a crecer como adultos de forma plena.

Con respecto al derecho de los niños a que se preserve su bienestar especialmente durante la niñez, se entiende que los niños deberían tener derecho a recibir aquellos bienes que les resultan necesarios, pero que no tienen la capacidad de obtenerlos por sí mismos, como alimentos, abrigo, techo, etc. También se entiende que los niños deberían ser protegidos de determinados daños a los que los niños son especialmente vulnerables, como el abuso y el abandono.

El derecho del niño a crecer de forma plena puede entenderse como que existe un interés en que el niño, al transformarse en adulto, pueda ejercer de la manera más amplia posible su derecho a la libertad y su derecho al bienestar.⁹

⁸Feinberg, Joel, “A Child’s Right to an Open Future”, en Aiken, W. y LaFollette, H. (eds), *Whose Child? Parental Rights, Parental Authority and State Power*, Totowa, NJ, Littlefield, Adams, and Co., 1980, pp. 124-153.

⁹John Rawls, por ejemplo, sostiene que una de las funciones de la educación es que la persona cuando sea adulta pueda ejercer por sí misma sus derechos. Rawls, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 199.

Ahora bien, de acuerdo con esta interpretación, ¿en qué medida se debe proteger el derecho del niño a gozar plenamente de su futuro como adulto? Algunos sostienen que el niño debe ser educado de una forma tal que se le enseñe la mayor cantidad de opciones de vida posibles, para que él pueda elegir entre una gran cantidad de opciones al ser adulto.¹⁰ Otros sostienen que el niño debe ser educado de forma tal que se le enseñen especialmente las opciones de vida más compatibles con sus talentos naturales, y que no se desperdicien recursos y tiempo enseñándole opciones de vida absolutamente incompatibles con sus talentos e inclinaciones naturales. Por ejemplo, de acuerdo con esta postura, de nada serviría enseñarle a hablar portugués a un niño que es naturalmente talentoso para tocar el piano y que no disfruta ni tiene facilidad para aprender nuevos idiomas. En este sentido, resulta difícil calificar como “daño” al hecho de que un niño no reciba una educación sobre todas las opciones de vida posibles, y sólo reciba educación sobre las opciones que razonablemente se puede entender que son de su interés.¹¹

Un caso complejo, sin una solución obvia, sería el de un niño que sufre de una enfermedad terminal tal que es imposible que llegue a la adultez. De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, este niño tendría derecho al bienestar (es decir, a recibir aquello que necesita y no puede procurarse por sí mismo, como alimento y techo, y a recibir protección de aquellas circunstancias a las cuales los niños son especialmente vulnerables), pero no tendría derecho a que se garantice que crezca de forma plena (por ejemplo, no debería tener derecho a recibir una educación que lo prepare para decidir como adulto). Este caso requiere un análisis más complejo que excede el objetivo de este trabajo.

IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Del hecho de que los niños no puedan ser titulares de derechos que hacen a la libertad (es decir, aquellos que implican realizar elecciones acerca de cómo conducir la vida) no se sigue que la suerte de los niños deba ser dejada a la deriva. En este sentido, las leyes que regulan los derechos de los niños suelen establecer que se debe promover el “interés superior” del niño.

¹⁰ Arneson, Richard y Shapiro, Ian, “Democratic Autonomy and Religious Freedom: A Critique of *Wisconsin v. Yoder*”, Shapiro, Ian y Hardin, Richard (eds.), *Political Order: Nomos XXXVIII*, New York, New York University Press, 1996, pp. 365-411.

¹¹ Mills, Claudia, “The Child’s Right to an Open Future?”, *Journal of Social Philosophy*, año 2003, vol. 34, núm. 4, pp. 499-509.

Por ejemplo, a nivel interamericano, la Convención sobre los Derechos Del Niño dispone, en su Preámbulo, que “*la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales*” y reconoce, en su artículo 3o., que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Este derecho a que se promueva el “interés superior del niño” puede ser interpretado de diversas formas, y cada una de ellas es pasible de críticas. A continuación, analizaremos las diversas interpretaciones y expondremos las respectivas críticas.

1. ¿Qué significa el “interés superior”?

En primer lugar, no resulta claro qué significa exactamente el “interés superior”. Se han desarrollado dos interpretaciones posibles del significado de esta expresión.

El significado de esta expresión puede interpretarse como que, de todas las opciones posibles, siempre debe elegirse la mejor opción para el niño. De acuerdo con esta interpretación, siempre debe optarse por la opción que maximice el interés del niño.¹² Por ejemplo, en un caso en el que los padres de un niño, divorciados, se encontrasen disputándose por la tenencia del niño, el Estado debería, de acuerdo con esta interpretación, asignar la tenencia del niño no al padre más apto para cuidarlo, sino a la persona (entre todas las personas posibles) más apta para cuidarlo. En un caso en el que debe decidirse si un niño debe realizarse un determinado tratamiento médico o no (por ejemplo, en un caso en el que los padres no quieran que el niño se realice un determinado tratamiento médico), el Estado debería, de acuerdo con esta interpretación, decidir no sólo que el niño se realice un tratamiento médico, sino que debería, además, exigir que el niño se realice el mejor tratamiento médico posible, con los mejores profesionales posibles, la mejor infraestructura posible, etcétera.

Esta interpretación puede ser criticada por ser demasiado exigente. ¿Es razonable exigir que el Estado o, en su defecto, los padres deban hacer *lo mejor*, en lugar de hacer *lo suficiente*, en pos del interés del niño? Por ejemplo, no sostendríamos que los padres están obligados a hacer lo mejor por sus hijos, porque ello transformaría el rol de padre en un rol irrazonablemente

¹² Buchanan, Allen E. y Brock, Dan W., *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

exigente y prácticamente imposible de ser cumplido. Sí sostenemos normalmente que los padres están obligados a garantizar a sus hijos un cierto nivel de vida por encima de un determinado umbral. De hecho, una vez que los padres garantizan dicho nivel de vida, generalmente tienen una gran discrecionalidad para decidir qué hacer por sus hijos. Pareciera que esto es lo razonable, y que no es una buena interpretación de “interés superior” aquella que implica el deber de promover lo que maximice el interés de los niños.

2. *¿El interés superior del niño debe promoverse a toda costa?*

En segundo lugar, no resulta claro si la promoción del interés superior del niño debe perseguirse incluso en detrimento de otros intereses (por tratarse del interés “superior”) o si debe interpretarse de forma armoniosa con otros intereses relevantes (que pueden ser “igualmente superiores”, es decir, que compartan el primer lugar en el *ranking* de intereses relevantes).

Por un lado, se podría interpretar que el deber de promover el “interés superior del niño” implica que debemos valorar y promover igualmente el interés de cualquier niño. Esto parece, en principio, plausible: todos los niños deben ser tratados con igual consideración, sin preferencias. No obstante, de acuerdo con esta interpretación, un padre no debería poder promover más el interés superior de su hijo, en detrimento del interés de todos los demás niños. Tratar a un hijo preferencialmente con respecto a los demás niños sería violatorio de la promoción del “interés superior del niño” de acuerdo con esta interpretación. Esta interpretación no parece razonable para guiar la conducta de los padres con respecto a sus hijos y al resto de los niños. Sí parecería razonable, en cambio, exigirle al Estado que trate con igual consideración a todos los niños, a la hora de llevar a cabo políticas públicas, por ejemplo.

Por otro lado, no sería razonable interpretar que se deba promover el “interés superior del niño” en un grado tal que implique una severa afectación del interés de los adultos. Por ejemplo, no sería razonable exigir a los padres que dediquen todo su tiempo y toda su energía a promover el interés de sus hijos menores; los padres también tienen derecho a autorrealizarse. Tampoco parece razonable exigir a toda la población adulta, contribuyente, que gaste una sustancial parte de su dinero en impuestos excesivos dedicados a la promoción del interés de los niños. El interés de los adultos debería, entonces, ser tenido en consideración al momento de determinar el alcance del deber de promover el interés superior del niño.

3. ¿El “*interés superior del niño*” es independiente de lo que el niño elegiría?

En tercer lugar, es preciso analizar cuál es el interés superior del niño: ¿es aquello que, de hecho, es lo mejor para el niño, independientemente de si es lo que habría elegido o deseado (podríamos llamarla “postura objetivista”), o es aquello que el niño habría elegido para sí mismo, hipotéticamente (podríamos llamarla “postura de la elección hipotética”)?

Tanto la postura objetivista como la postura de la elección hipotética son vulnerables a determinadas críticas, que desarrollaremos por separado.

A. *La postura objetivista*

La postura objetivista ha recibido varias críticas, que desarrollaremos en este apartado.

La primera crítica consiste en que es imposible saber, con absoluta determinación y certeza, qué es lo mejor para un niño. Es imposible conocer cuánto beneficiará a un niño cada posible opción que podría elegirse, para luego poder determinar cuál es la más beneficiosa para él.¹³ De hecho, es, al menos, sumamente complejo determinar cuál es la opción más beneficiosa en un caso en el que se debe decidir a cuál de los dos padres divorciados debe asignársele la tenencia del hijo (asumiendo que la diferencia en términos de idoneidad no es muy grande; de lo contrario, la solución sería obvia). Es innumerable la cantidad de cosas (favorables y desfavorables) que podrían sucederle al niño tanto si optamos por asignarle la tenencia a la madre como si optamos por asignársela al padre. Realizar un cálculo que arroje de forma determinada cuánto beneficiará al niño cada opción (para luego elegir la que sea objetivamente más beneficiosa) es imposible incluso en un caso relativamente simple, como el del ejemplo recién mencionado, en el que solamente se debe elegir entre dos opciones.¹⁴

La segunda crítica consiste en que no es posible asignarles distintos valores a las distintas opciones de vida para un niño. Resulta imposible ordenar de mejor a peor distintos estilos de vida, ya que son incomparables. Por ejemplo, es imposible decidir qué es mejor, entre la vida de aventurero, la vida de un artista creativo y la vida de un empresario. Cada una de estas

¹³ Mnookin, Robert H., 1979, “Foster Care-In Whose Best Interests?”, en O'Neill, Onora y Ruddick, William (eds.), *Having Children: Philosophical and Legal Reflections on Parenthood*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 179-213.

¹⁴ Elster, John, *Solomonic Judgements: Studies in the limitations of rationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

opciones implica el disfrute de distintas capacidades del humano, que son incomparables. Por lo tanto, carece de sentido establecer que existe un estilo de vida que es objetivamente el mejor para un niño, considerando que los distintos estilos de vida son incomparables.

Incluso si se concediera que las distintas opciones de vida son comparables, los humanos no llegaríamos a un acuerdo acerca de cuál es el estilo de vida objetivamente mejor. Distintas personas igualmente sinceras y razonables frecuentemente tienen distintos puntos de vista acerca de qué es lo bueno moralmente. Rawls llamó a esta cuestión “el hecho del pluralismo”.¹⁵ En este sentido, resulta imposible arribar a un consenso acerca de cuál es la opción de vida más valiosa para un niño, es decir aquella que promueve “el interés superior del niño”.

Una explicación de este fenómeno consiste en que en el mundo coexisten distintas culturas, que tienen puntos de vista incompatibles acerca de la moral. Por lo tanto, qué es lo mejor para un niño varía de acuerdo según cada cultura. Ahora bien, esta expresión puede ser interpretada de dos maneras distintas.

Por un lado, esta expresión puede interpretarse en el siguiente sentido: “Qué es lo mejor para un niño varía de acuerdo con las circunstancias en las que se encuentra el niño”. Esta interpretación es compatible con la idea de que siempre existe algo que es lo mejor para un niño, pero que, dependiendo de cuáles sean las circunstancias en las que se encuentre el niño, la mejor opción para él cambia. Ahora bien, esta interpretación nuevamente nos lleva al problema de que es imposible que los humanos se pongan de acuerdo sobre cuáles son las razones universales por las cuales algo es bueno para un niño o no.

Por otro lado, esta expresión puede interpretarse del siguiente modo: “Qué es lo mejor para un niño depende de qué es lo que digan las normas morales de la cultura a la que pertenece el niño”. En este sentido, si, de acuerdo con las normas morales de una cultura A, lo mejor para el niño es la opción X, entonces X es lo mejor para el niño. Si, al mismo tiempo, lo mejor para el niño de acuerdo con las normas morales de una cultura B es la opción Y (que contradice X), entonces la opción Y es lo mejor para el niño. Por lo tanto, esta interpretación arrojaría que X es lo mejor para los niños y que, al mismo tiempo, Y (que contradice X) también es lo mejor para los niños. Como vemos, esta postura relativista, si bien aún es ampliamente defendida, es vulnerable a la crítica de que arroja resultados lógicamente inconsistentes.

¹⁵ Rawls, John, *op. cit.*, nota 9.

B. *La postura de la elección hipotética*

Por oposición a la postura objetivista, se encuentra la postura de la elección hipotética. De acuerdo con esta postura, para promover el “interés superior del niño”, debe hacerse aquello que el niño incompetente, si fuera competente, habría elegido hacer.¹⁶

No obstante, pareciera razonable agregar que el verdadero interés del niño se persigue cuando se hace lo que el niño habría elegido si fuera competente, pero además si dispusiera de información completa y luego de una deliberación racional. En este sentido, por ejemplo, Rawls expone una formulación aceptablemente paternalista: “Podemos elegir por los demás del modo en que tenemos buenas razones para creer que habrían elegido por sí mismos si tuvieran la edad suficiente y hubieran decidido racionalmente”.¹⁷ Esta formulación puede ser interpretada de tres maneras distintas, y cada una de éstas es pasible de distintas críticas.

La primera interpretación posible de esta formulación es la siguiente: “Debemos elegir aquello que el adulto en el que el niño se convertirá elegiría”. Ahora bien, esta interpretación no tiene en cuenta que el adulto en el que el niño se convertirá depende, justamente, de las decisiones que tome en el pasado, durante la niñez. Por ejemplo, supongamos que debemos decidir si permitir a un niño salir a jugar al fútbol con sus amigos u obligarlo a tomar una clase de guitarra. El adulto en el que se habría convertido el niño al que dejaron salir a jugar al fútbol, ya convertido en un exitoso futbolista profesional, habría aprobado que elijan dejarlo salir a jugar al fútbol. En cambio, el adulto en el que se habría convertido el niño al que obligaron a tomar clases de guitarra, ya convertido en una estrella de rock, habría aprobado que elijan obligarlo a tomar clases de guitarra. Por lo tanto, esta interpretación no nos provee un procedimiento correcto para elegir por el niño.

La segunda interpretación posible es la siguiente: “Debemos elegir como elegiría el niño si fuera adulto”. De acuerdo con esta interpretación, debemos elegir como elegiría un adulto cualquiera en la situación en la que se encuentra el niño. Esta interpretación es útil para casos en los que prácticamente cualquier adulto elegiría del mismo modo. Por ejemplo, cualquier adulto elegiría no poner las manos en el enchufe con los pies mojados, ni cruzar un semáforo en rojo sin tener especial cuidado, etc.

¹⁶ Buchanan, Allen E. y Brock, Dan W., *op. cit.*, nota 11.

¹⁷ Rawls, John, *A Theory of Justice - Revised Edition*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 183.

Ahora bien, existen también casos en los que no todos los adultos elegirían del mismo modo. Por ejemplo, no podemos tener una respuesta clara de los adultos ante la disyuntiva entre dejar al niño ir a jugar al fútbol y obligarlo a tomar clases de guitarra. En esta situación, los adultos harían elecciones distintas: los que prefieren el fútbol elegirían ir a jugar al fútbol y los que prefieren la música elegirían tomar clases de guitarra. Por lo tanto, esta interpretación sólo arroja resultados determinados en los casos simples, pero no en la mayoría de los casos, que son más complejos.

La tercera interpretación posible es la siguiente: “Debemos elegir como elegiría un adulto análogo al niño en cuestión”. Esto no significa que debemos elegir como elegiría el adulto en el que se convertirá el niño, sino una versión adulta de ese niño. Debemos imaginar una versión adulta de ese mismo niño, realizando esa misma elección. Ahora bien, de acuerdo con esta interpretación, no quedaría claro qué tendrá del niño la versión adulta: los niños, justamente, tienen pensamientos y deseos infantiles e inmaduros. La versión adulta, por definición, no los tendrá, pero entonces ya no tendrá nada realmente análogo al niño. Además, tampoco es para nada claro qué pensamientos reemplazarían en la versión adulta a dichos pensamientos y deseos infantiles e inmaduros propios del niño.

Hemos visto, entonces, que es imposible elegir el modo en que un niño habría elegido por sí mismo si tuviera la edad suficiente y de forma racional (sea cual fuere la interpretación que adoptemos de esta expresión).

V. CONCLUSIÓN

En este trabajo expusimos y analizamos las principales teorías acerca de si los niños deberían o no tener derechos, y sobre el concepto de “interés superior del niño”.

Con respecto a los derechos del niño, explicamos y discutimos las teorías negacionistas, de acuerdo con las cuales los niños no deben gozar de ningún derecho, el liberacionismo, según el cual los niños deben gozar de los mismos derechos que los adultos, y una teoría intermedia, de acuerdo con la cual los niños deben gozar de algunos de los derechos de los que gozan los adultos.

Con respecto al interés superior del niño, nos concentramos en analizar qué significa este concepto, así como si debe promoverse sin importar otros intereses.

De esta forma, este trabajo pretende ser un texto de iniciación para aquellos con inquietudes filosóficas sobre el estatus moral de los niños, sus derechos y la forma en la que debe promoverse sus intereses.

VI. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- ACKERMAN, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1981.
- BLOOM, Paul, “The Moral Life of Babies”, *New York Times Magazine*, 9 de mayo.
- COSTA, Victoria, *Rawls, Citizenship, and Education*, New York, Routledge, 2011.
- CLAYTON, Matthew, *Justice and Legitimacy in Upbringing*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- GUTMANN, Amy, *Democratic Education*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1987.
- HOULGATE, Laurence D., *The Child and the State*, Baltimore, MD, Johns Hopkins University Press, 1980.
- KOPELMAN, Loretta M. y MOSKOP, John C., *Children and Health Care*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1989.
- MOLLER OKIN, Susan, *Justice, Gender, and the Family*, New York, Basic Books, 1989.
- LOCKE, John, *Some Thoughts Concerning Education*, Mineola, New York, Dover Publications, 2007.
- LOMASKY, Loren, *Persons, Rights and the Moral Community*, New York, Oxford University Press, 1987.
- SARDOC, Mitja, *Toleration, Respect and Recognition in Education*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2010.