

Número 37, Época II, junio 2017



HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010



DERECHOS Y LIBERTADES

#37

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

La revista Derechos y Libertades está incluida en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, DICE, MIAR, CARHUS, INRECJ, Qualis, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher's index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la III Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número
y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

LA CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO DE DERECHOS HUMANOS PARA LOS NIÑOS, CON O SIN DISCAPACIDAD*

THE CONSTRUCTION OF A HUMAN RIGHTS MODEL FOR CHILDREN,
WITH OR WITHOUT DISABILITIES

IGNACIO CAMPOY CERVERA
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 13-2-17

Fecha de aceptación: 30-3-17

Resumen: *En este artículo se expone por qué los modelos actuales del proteccionismo “renovado”, que consagró la Convención sobre los Derechos del Niño, y social de la discapacidad, que consagró la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, si bien han supuesto un enorme avance en el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, en general, y de los derechos de los niños con discapacidad, en particular, resultan finalmente inadecuados conforme al actual modelo de los derechos humanos. Y en esa línea, también se apunta cómo habría que entender un sistema de reconocimiento y protección de los de-*

* Para la elaboración de este trabajo fueron muy importantes el Proyecto Consolidar-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”, CSD2008-00007, y el Proyecto de Investigación “Los derechos de los niños con discapacidades”, dentro del Programa de “Estancias de movilidad de profesores e investigadores sénior en centros extranjeros de enseñanza superior e investigación excepcionalmente españoles, incluido el programa “Salador de Madariaga”, 2010-2011, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, referencia PR2010-0112, gracias al cual pude realizar una estancia de investigación en el Centre for Disability Law and Policy -National University of Ireland Galway- y beneficiarme de las sabias enseñanzas del Director del Centro, el profesor Gerard Quinn. En dicha estancia impartí la conferencia “Rethinking the Concept of “Best Interests” of Children, a radical by-product of the UN Disability Convention”, origen remoto de este artículo y que en una primera versión se dejó ese año 2010 para una posible publicación dirigida desde el Centre for Disability Law and Policy. Por otra parte, agradezco los valiosos comentarios que los dos evaluadores externos realizaron en sus respectivos informes anónimos conforme al proceso de publicación de este artículo en la Revista *Derechos y Libertades*.

rechos de los niños, con o sin discapacidad, que resultase satisfactorio conforme al actual modelo de los derechos humanos.

Abstract: *This article explains why the current models of “renewed” protectionism, which enshrined the Convention on the Rights of the Child, and social, which enshrined the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, although has been a great advance in the recognition and protection of the rights of children, in general, and the rights of children with disabilities, in particular, are, finally, inconsistent with the current model of human rights. And in that line, it is also pointed out how must be understood a system of recognition and protection of the rights of children, with or without disabilities, that would be consistent with the current model of human rights.*

Palabras clave: derechos de los niños, niños con discapacidad, derechos humanos.
Keywords: children’s rights, children with disabilities, human rights.

INTRODUCCIÓN

En nuestras actuales sociedades podemos identificar ciertos grupos de personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Las personas que pertenecen a estos grupos, por poseer ciertas características personales que conforman las señas de identidad del grupo, se sitúan, debido a la existente estructura política, jurídica y social, en una situación de marginación o exclusión social, de desventaja respecto al resto de los actores sociales para poder participar eficazmente en las relaciones sociales, para poder ejercer sus derechos en igualdad de condiciones y, por consiguiente, para poder conseguir con las mismas posibilidades de éxito la realización de sus planes de vida, y, así, el libre desarrollo de sus propias personalidades, que es lo que ha de garantizar, precisamente, un adecuado sistema de reconocimiento y protección de derechos humanos. En este sentido, se entiende que los derechos humanos son los instrumentos político jurídicos idóneos para que el mayor número de personas posible pueda diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución y, con ello, alcanzar el máximo desarrollo posible de sus diferentes personalidades¹.

¹ Vid. la justificación de esta idea en I. CAMPOY CERVERA, “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXI, 2004, recientemente traducido al inglés en una nueva versión en I. CAMPOY CERVERA, “A review of the idea of human dignity and the values of freedom, equality and solidarity in relation to

Los niños con discapacidad se encuentran en esa situación de marginación social en nuestras actuales sociedades; en las que, cuando menos, sufren una doble marginación: en cuanto niños y en cuanto personas con discapacidad².

La solución respecto a esa situación de marginación social pasa, pues, por ser capaces de estructurar y hacer efectivo un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, con o sin discapacidad, conforme al modelo de los derechos humanos y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este trabajo pretendo dar pautas para ello.

Con ese fin, en el primer apartado analizo brevemente los dos modelos actualmente vigentes: el proteccionismo “renovado”, respecto de los niños, y el modelo social de la discapacidad, respecto de las personas con discapacidad. Para ello, primero explico que ambos modelos surgieron ante la necesidad de superar los modelos anteriores: el proteccionismo “tradicional” –respecto a los niños– y el modelo médico de la discapacidad –respecto a las

the foundation of rights”, en R. DE ASÍS ROIG y F. J. ANSUÁTEGUI ROIG (dirs.), *Essays on Human Rights*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 117-139.

² En todo caso, es claro que otras condiciones personales, culturales, económicas o sociales que afecten al niño con discapacidad pueden ser tenidas en cuenta para realizar otras discriminaciones, que serán otras tantas fuentes de marginación, y, así, hacer más profunda su marginación social real. Así, la discriminación respecto al sexo femenino supone que a las niñas con discapacidad les afectan tres fuentes de marginación social, y la discriminación por razón de religión supone que a las niñas con discapacidad pertenecientes a una religión discriminada en una sociedad les afectan cuatro fuentes diferentes de marginación social, etc. Además, hay que tener en cuenta que, como señala Palacios, “...de esa combinación de factores, se genera una nueva condición, distinta de los [sic] anteriores y más compleja que su simple sumatoria” (A. PALACIOS, “Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes con discapacidad”, en S. E. FERNÁNDEZ (dir.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 2936).

En este sentido, es claro que no ignoro la especial situación de marginación social que afecta en nuestras sociedades a las niñas y, por consiguiente, a las niñas con discapacidad, pero su especificación no forma parte de este trabajo, pues en él pretendo tratar la cuestión genérica de los derechos de los niños a partir de su relación con los derechos de las personas con discapacidad y, por consiguiente, de los niños con discapacidad; por lo que utilizo los términos niño y niños como términos neutros, con los que aludo, pues, tanto al sexo femenino como al masculino.

En todo caso, un análisis de los principales problemas que afectan a los niños y las niñas con discapacidad en la sociedad española actual (aunque, en realidad, son problemas que afectan de una manera u otra a todas las sociedades contemporáneas) lo realizo en I. CAMPOY CERVERA, *Estudio sobre la situación de los niños y las niñas con discapacidad en España*, UNICEF Comité Español, Huygens Editorial, Madrid, 2013.

personas con discapacidad-; y después, a través de un análisis centrado en los dos principios básicos de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN): la protección del interés superior del niño y la protección de la participación del niño en la toma de decisiones sobre todos los asuntos que le afecten, expongo la unión que puede realizarse entre los dos modelos actuales, así como señalo el importante avance que han supuesto para el reconocimiento y protección efectivos de los derechos de los niños, con y sin discapacidad. No obstante, también justifico la necesidad de superar ambos modelos, pues conforme a ellos se sigue permitiendo la práctica de un paternalismo injustificado, que puede afectar al libre desarrollo de las personalidades de los niños.

Y en el segundo apartado expongo las principales consideraciones que entiendo que han de ser tenidas en cuenta a la hora de articular un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que sea conforme con el modelo de los derechos humanos y el actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, expongo como dichas consideraciones encuentran su respaldo en la interpretación que habría que hacer de los dos principios básicos de la CDN, en una línea de continuidad con la que viene apuntando el Comité de los Derechos del Niño y a la que, en todo caso, obliga el nuevo paradigma del modelo de derechos humanos que para las personas con discapacidad abrió la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD).

1. EL PROTECCIONISMO “RENOVADO” Y EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

1.1. La superación de los modelos del proteccionismo “tradicional” y médico de la discapacidad

Nuestro actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos responde a una superación de dos modelos: el del proteccionismo “tradicional”, respecto a los niños, y el médico, respecto a las personas con discapacidad³. Modelos que, siempre teniendo en cuenta lo complicado que supone esta-

³ Para un estudio en profundidad de los modelos de los derechos de los niños a los que me refiero en este artículo (así como del modelo anterior al proteccionismo “tradicional”), puede verse I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006; en concreto, el análisis del modelo pro-

blecer fechas concretas de inicio y final de movimientos culturales, políticos y jurídicos tan amplios y complejos, puede entenderse que tuvieron una vigencia predominante desde el siglo XVII –el proteccionismo– y desde principios del siglo XX –el médico– hasta los años 60 y 70 del siglo XX. En esas décadas del siglo XX, fundamentalmente en las sociedades anglosajonas, ambos modelos fueron criticados de una forma abierta y empezaron a ser superados, para lo que resultó decisiva la posterior aprobación de las respectivas Convenciones de la ONU: la CDN (1989) y la CDPD (2006).

El modelo proteccionista está basado en una concepción del niño conforme a la cual se le considera como un ser indefenso, imperfecto e incapaz. En este sentido, se entiende que esas características son consustanciales a todo ser humano durante el tiempo que dura su formación como persona independiente; es decir, hasta que la persona alcance su madurez con la edad adulta. Es, pues, esa madurez adulta la que se entiende que ha de permitir a la persona ser capaz de valerse por sí misma en la sociedad y desarrollar una vida autónoma y plena. Mientras tanto se hace necesario proteger al niño, tanto frente a las posibles acciones de terceras personas como frente a las suyas propias.

Desde el proteccionismo “tradicional” se entiende que, dadas esas incapacidades consustanciales a la edad, las medidas que se han de adoptar para proteger al niño las debe de adoptar la persona capacitada para ello sin necesidad de atender a los deseos u opiniones que el niño pudiera manifestar. Y en este sentido, se entiende que son los propios padres, en principio, las personas idóneas para ejercer esa protección y, así, quienes en primera y decisiva instancia han de tomar las decisiones sobre la vida del niño, sin necesidad de contar con su participación para ello⁴.

teccionista, que abarca tanto este proteccionismo que denomino “tradicional” como el que denomino “renovado”, lo realizo en el capítulo III, pp. 421-600.

Y respecto a los modelos de los derechos de las personas con discapacidad, puede verse el excelente libro A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Madrid, 2008.

⁴ Un planteamiento que ya podemos ver en el pensamiento de Locke, a quien podemos considerar como el principal antecedente de este sistema de protección de los niños. Vid. un pasaje muy significativo respecto a todas estas ideas, en J. LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, trad., prólogo y notas de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1998, § 58, pp. 172-173. Al análisis de los planteamientos de Locke como antecedentes del modelo proteccionista dedico el capítulo II del libro ya citado I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, cit., pp. 275-420.

Conforme a esos planteamientos, también se construirá la idea, que finalmente se convertirá en la pieza clave de justificación del modelo proteccionista, de que con las medidas adoptadas para conseguir esa protección se ha de estar siempre actuando para conseguir realizar lo mejor para el niño, su mejor interés. Aunque, en realidad, la protección del interés del niño sin necesidad de atender a sus deseos y opiniones haría que fuese la voluntad de terceros, principalmente la de los padres, la que dirigiese completamente, conforme a sus propios deseos y opiniones, la vida del niño. Y así, pese a lo expresamente manifestado, el interés del niño siempre podía (y solía) quedar relegado, incluso sacrificado, frente a los otros posibles intereses en conflicto, como podían ser los del poder político o, principalmente, los de sus propios padres.

Por su parte, desde el modelo médico se concibe a las personas con discapacidad (o “minusválidos”, como se les solía denominar conforme a este modelo) como personas enfermas, también de alguna manera imperfectas e incapaces, que sufren su situación debido a sus problemas físicos, sensoriales o mentales, por lo que deben superar sus carencias y deficiencias a fin de adaptarse lo mejor posible a la sociedad existente, para lo que se les ofrece el adecuado tratamiento médico o, en su caso, las debidas prestaciones económicas o sociales, que en algunas ocasiones llegan a ser entendidas casi como beneficencia⁵.

Como es fácil concluir, ambas concepciones casaban bien para la concepción del niño con discapacidad como persona imperfecta, indefensa e incapaz, que sufre una enfermedad y que ha de ser objeto de una especial y constante protección proveniente de terceras personas, de sus padres principalmente. Y de esta manera, se producía una mayor subestimación de las auténticas capacidades del niño con discapacidad y un trato diferente del proporcionado a otros niños.

Conforme a estos modelos, se reconocía al niño, con o sin discapacidad, como titular de derechos, pero no de todos, y no se le reconocía capacidad de obrar, capacidad de ejercitarlos libremente. Se procuraba resaltar la necesidad de ejercitar los derechos en beneficio del niño, con o sin discapacidad, pero sin ninguna participación del mismo en ese ejercicio, sin que sus deseos u opiniones fuesen tomados siquiera en consideración. Se entendía que las medidas que se habían de adoptar respecto al niño se habían de centrar en su formación y, en su caso, en su rehabilitación, conforme al ideal que se tenía del niño y del adulto. Por consiguiente, se estimaba que había que articular

⁵ Un ejemplo en este sentido lo podemos encontrar en la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos*, especialmente en los artículos 7.1 y 18.1.

un sistema que permitiese la adopción constante de medidas de protección y paternalistas, con las que, además de impedir el perjuicio a terceros y por terceros, también se protegiese a los niños de sí mismos, de sus propias actuaciones inconscientes; manteniéndose, así, un paternalismo constante, injustificado, ilegítimo y dañino para los niños, con o sin discapacidad⁶. Aunque es necesario resaltar que los niños con discapacidad, debido a la mayor subestimación de sus capacidades y a que se entendía que adolecían de una mayor imperfección –conforme al ideal que se proponía de perfección–, estaban más indefensos y necesitaban una especial protección; lo que se traducía en que debían recibir una especial asistencia médica, una educación especial o un trato especial en una institución habilitada al efecto; y así, se producía una mayor limitación de sus derechos y su mayor discriminación y marginación social, con la ausencia de una igualdad real de condiciones, respecto del resto de niños, en la consecución de sus propios planes de vida, del libre desarrollo de sus propias personalidades.

1.2. La construcción de los modelos del proteccionismo “renovado” y social de la discapacidad

Como antes apuntaba, será a partir de las décadas de los años 60 y 70 del siglo pasado que los modelos del proteccionismo “tradicional” y médico

⁶ Es evidente que el término paternalismo está dotado de una gran vaguedad y que existe una consiguiente importante discusión doctrinal no sólo sobre su posible justificación sino también sobre su propia definición. En los capítulos III y VI de mi libro I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, cit., analizo el concepto y su posible justificación respecto a los modelos de reconocimiento y protección de los derechos de los niños. No obstante, puede resultar conveniente señalar aquí la definición concisa del concepto que nos ofrece el profesor Manuel Atienza: “La definición de conducta o norma paternalista de que parto es la siguiente: “Una conducta (o una norma) es paternalista si y sólo si se realiza (o establece): a) Con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas; y b) Sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarios de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma.)””. Aunque, para mí, esa definición todavía sería incompleta, pues, conforme a lo que después argumentaré en el texto principal, resulta necesario añadir que la conducta o norma se realiza sin contar con la aceptación *expresa o manifiesta* de la persona o personas afectadas. (Puede verse la definición de Atienza en M. ATIENZA, “Paternalismo y consenso”, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 82). También puede verse un interesante análisis del paternalismo y su compatibilidad con los derechos humanos en el modelo del Estado de Derecho en M. A. RAMIRO AVILÉS, “A vueltas con el paternalismo jurídico”, *Derechos y Libertades*, núm. 15, Época II, junio 2006, pp. 211-256.

empezaron a verse como obsoletos e injustificados. Un cambio al que contribuyeron, de una forma decisiva, los planteamientos impulsados por movimientos que se desarrollaron, fundamentalmente, en los Estados Unidos y Gran Bretaña, de manera que empezaron a tomar forma los dos modelos que los sustituirían: el que he denominado como proteccionismo “renovado”⁷ y el modelo social⁸.

Conforme al proteccionismo “renovado”, el niño se concibe como una persona que tiene sus capacidades –entre las que destacan las cognitivas– en una continua evolución y desarrollo, existiendo distinciones relevantes entre las diferentes etapas vitales por las que pasa⁹; de manera que solo paulatinamente irá adquiriendo la suficiente experiencia y madurez de juicio como

⁷ De hecho, la superación del proteccionismo “tradicional” se debe también al impulso dado por la denuncia que del fracaso de dicho modelo realizaron autores que podría considerarse que conforman otro modelo diferente, el del denominado movimiento liberacionista. He analizado en extensión el modelo liberacionista en el Capítulo V de I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, cit., pp. 769-974.

⁸ Aunque resulta muy complejo hablar de un modelo social. En la doctrina especializada se distinguen distintos tipos de modelos y a veces a los mismos modelos se les da denominaciones diferentes. En todo caso, un interesante artículo sobre ese surgimiento del movimiento social de las personas con discapacidad en las décadas de 1960 y 1970, especialmente en Estados Unidos y Gran Bretaña, y lo que implica atendiendo a una teoría de los movimientos sociales y su comparación con otros movimientos sociales de la época (aunque sin alusión al de los niños), puede verse en T. SHAKESPEARE, “La autoorganización de las personas con discapacidad: ¿Un nuevo movimiento social?”, en L. BARTON (comp.), *Superar las barreras de la discapacidad. 18 años de Disability and Society*, Ediciones Morata, Madrid, 2008, pp. 68-85.

⁹ Así, en esta línea, en el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 2011 (A/RES/66/138), se reafirma “la condición del niño como sujeto de derechos y ser humano con dignidad y con capacidades en evolución”. Aunque también a este respecto se pueden señalar diferencias en la doctrina. Y así, si algunos autores distinguen distintas etapas evolutivas en el perfeccionamiento de las capacidades de los individuos y, aun refiriéndose sólo como datos indicativos generales, señalan edades concretas para cada etapa; otros, sin embargo, procuran poner el acento en la percepción del desarrollo evolutivo como un proceso continuo en el que no se pueden establecer separaciones nítidas. En este sentido, puede verse una opinión en la primera línea en M. D. A. FREEMAN, “Taking children’s rights more seriously”, en P. ALSTON, S. PARKER y J. SEYMOUR (eds.), *Children, rights and the law*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 58-59; y una en la segunda en L. L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, “La intimidación de los niños: un test para el derecho a la intimidad”, en J. M. SAUCA (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 383.

para poder distinguir cuál es su auténtico interés y cómo poder darle una adecuada satisfacción. En todo caso, en este modelo no se termina de superar la influencia del mito proteccionista¹⁰, entendiéndose que, como norma general, la infancia se caracteriza principalmente por su inocencia, indefensión y carencias morales e intelectuales relevantes que le impiden, en principio, realizar actos auténticamente conscientes y responsables. Por lo que si bien ya se entiende que es necesario que el niño tenga asegurada su participación en la toma de decisiones que se realice en todos aquellos asuntos que le afecten, también se entiende que la opinión del niño al respecto ha de ser necesariamente valorada, en función de su edad y madurez, por terceros capacitados, que habrán de tomar las decisiones para la protección de su interés superior¹¹.

De esta manera, desde el proteccionismo “renovado” se plantea que en el reconocimiento y protección de los derechos de los niños hay que considerar dos ideas esenciales: que a través del Derecho se han de proteger ciertos aspectos básicos de la vida del niño, precisamente aquellos que se estimen necesarios para su correcto desarrollo como persona, lo que podría llegar a entenderse que constituye “el interés superior del niño”¹²; y que el niño debe

¹⁰ Un estudio sobre los principales mitos que históricamente se han construido sobre la infancia y han sido elementos estructuradores de los modelos más acabados que han existido en relación con el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, lo realizo en I. CAMPOY CERVERA, “La necesidad de superar los mitos sobre la infancia”, en M. C. BARRANCO AVILÉS y J. J. GARCÍA FERRER (coords.), *Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños*, Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Madrid, 2006, pp. 29-55.

¹¹ Puede verse un ejemplo en la doctrina de esos planteamientos, propios del proteccionismo “renovado”, en C. A. J. COADY, “Theory, rights and children: a comment on O’Neill and Campbell”, en P. ALSTON, S. PARKER y J. SEYMOUR (eds.), *Children, rights and the law*, cit., pp. 49-50; y en los organismos internacionales en OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Los derechos del niño: creación de una cultura de los derechos humanos*, Todos los derechos humanos para todos. Cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos 1948-1998. Carpeta de información básica nº 3, 1998, p. 15.

¹² En este sentido, resulta muy clarificadora la Observación General Nº 14 del Comité de los Derechos del Niño. En la que, si bien se señala en el párrafo 6 que el interés superior del niño es un concepto triple (pues es a la vez un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento), establece explícitamente en el párrafo 4 que “El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (Observación General Nº 14, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14 (2013)).

participar, en función de su edad y nivel de madurez, en la toma de decisiones que se realice en todos aquellos asuntos que le afecten¹³.

Conforme al modelo social, se produce el trascendental cambio de entender que la discapacidad, que afecta a ciertas personas de la sociedad, es reconducible a una desventaja o restricción en su plena participación en la sociedad y en la toma de decisiones sobre su vida y que es debida a la forma en que ha sido concebida y desarrollada la correspondiente sociedad, que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen ciertas “deficiencias”¹⁴, y por ello las excluye socialmente. Se establece, en este sentido, la necesidad de actuar, además de sobre las “deficiencias”, sobre todo sobre las causas sociales, a fin de garantizar la plena inclusión social de las personas con discapacidad.

1.3. La unión de ambos modelos: la especial protección del niño con discapacidad y el reconocimiento y protección al niño con discapacidad de los mismos derechos y de su ejercicio en igualdad de condiciones con el resto de los niños

En ambos modelos, el del proteccionismo “renovado” y el modelo social de la discapacidad, se superan, de forma decisiva, los anteriores modelos; se comparte una concepción común del niño y de la persona con discapacidad –y, por consiguiente, de los niños con discapacidad–, como personas que tienen el mismo valor y dignidad que el resto; y, así, se defiende la inclusión social de los niños, de las personas con discapacidad y de los niños con discapacidad, desde el adecuado reconocimiento y protección de todos los derechos y actuando

¹³ Para el Comité de los Derechos del Niño, los términos de edad y madurez, a los que se refiere el artículo 12 CDN para regular la participación del niño en la toma de decisiones que se realice en todos los asuntos que le afecten, “hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio” (Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 (2009), párr. 28).

¹⁴ Utilizo aquí el término que utiliza la propia CDPD para definir, en su artículo 1, a quienes hemos de considerar como personas con discapacidad; aunque el término es muy criticado, por una buena parte de la doctrina especializada, por las connotaciones negativas que tiene para las personas con discapacidad. Vid. en este sentido, por ejemplo, en A. PALACIOS y J. ROMANACH, *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramienta para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversitas 2007, p. 35 y A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit., p. 34.

sobre las causas sociales que producen la discapacidad e impiden que se dé la igualdad de condiciones para el libre desarrollo de sus propias personalidades.

Así, de acuerdo con el proteccionismo “renovado”, en el artículo 23.1 de la CDN se establece muy claramente que “Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”¹⁵. Y, por su parte, en la CDPD se establece, en el artículo 3, como uno de sus ocho Principios Generales, “El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”; y en el primer apartado del artículo 7 –dedicado a los “Niños y niñas con discapacidad”– que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”, lo que supone una cláusula general de igualdad de derechos con el resto de los niños que es acorde con las premisas

¹⁵ El Comité de los Derechos del Niño señalaría que es este párrafo el que “debe considerarse el principio rector para la aplicación de la Convención con respecto a los niños con discapacidad” y que su mensaje principal “es que los niños con discapacidad deben ser incluidos en la sociedad”. Y en esta línea, Maya Sabatello, con un análisis comparado de la CDN y la CDPD, señalará que la segunda Convención ayuda a mejorar la primera para la protección de los derechos de los niños con discapacidad, destacando, precisamente, que con ella se hace necesaria la utilización de ciertas “tecnologías de asistencia” (que constituiría un derecho propio) para promover esos derechos, y principalmente el derecho a la inclusión, que considera que trasciende todos los demás derechos (vid. Observación General N° 9, *Los derechos de los niños con discapacidad*, CRC/C/GC/9 (2006), párr. 11; y M. SABATELLO, “Children with Disabilities: A critical Appraisal”, *International Journal of Children’s Rights*, num. 21, 2013, pp. 464-487, especialmente pp. 465 y 484).

Por otra parte, no deja de ser interesante, para comprender la evolución de los modelos, notar que en 1989 los redactores del texto de la Convención en español todavía hablaban de “niños impedidos” e incluso en el artículo 2 se señalaba, como una de las causas que no podían tenerse en cuenta para hacer distinciones en la aplicación de la Convención, “los impedimentos físicos”; mientras que en el texto en inglés, con mayor corrección, se hablaba ya de “disabled children” y de “disability”. No obstante, también hay que resaltar la importancia que en su momento tuvo ese artículo 2; como se reconocía en dicha Observación General N° 9 (párr. 8), “El artículo 2 requiere que los Estados Partes aseguren que cada niño sujeto a su jurisdicción disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención sin discriminación alguna. Esta obligación exige que los Estados Partes adopten las medidas apropiadas para impedir todas las formas de discriminación, en particular por motivo de la discapacidad. Esta mención explícita de la discapacidad como ámbito prohibido para la discriminación que figura en el artículo 2 es única y se puede explicar por el hecho de que los niños con discapacidad pertenecen a uno de los grupos más vulnerables de niños...”.

del modelo social de discapacidad en esta materia: igualdad de condiciones en el ejercicio de todos los derechos¹⁶.

Ambos modelos han supuesto avances muy importantes respecto a los derechos de los niños, con o sin discapacidad. No obstante, conforme a ambos modelos, se sigue entendiendo que los niños, sin y, sobre todo, con discapacidad, son personas caracterizadas, fundamentalmente, por una especial indefensión y por unas deficiencias que, por una parte, les hace merecedores de una especial protección y, por otra, les impide, en general, tomar decisiones sobre sus vidas en el libre ejercicio de sus derechos¹⁷.

1.4. La decisiva importancia de dos principios básicos comunes: la protección del interés superior del niño y el derecho de participación del niño en todos los asuntos que le afecten

La especial protección del niño, con o sin discapacidad, y el reconocimiento de su igual dignidad, de su consideración de sujeto de derecho con el debido respeto a la evolución de sus facultades, responden, en realidad, de

¹⁶ De hecho, la unión de ambos modelos queda apuntada también en la redacción de los apartados segundo y tercero de ese mismo artículo 7 de la CDPD, a los que después me referiré, así como en el párrafo (r) de su Preámbulo, donde se hace una explícita referencia a la CDN: “*Reconociendo también* que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño”.

¹⁷ En este sentido, es interesante la manifestación que haría el International Disability Caucus, a propósito de la discusión mantenida sobre la pertinencia de incluir un artículo específico sobre los niños con discapacidad en la CDPD, sobre la especial protección debida a los niños, con o sin discapacidad, “En el contexto de esta convención, también es importante reconocer que los niños, con o son discapacidades, tienen una condición diferente a los adultos. Ellos no tienen autonomía y no se les reconoce como poseedores de capacidad jurídica. Tienen derecho a protecciones adicionales asociadas con su juventud y vulnerabilidad. Estas protecciones no son y no pueden ser abordadas plenamente en el cuerpo principal de un texto que está principalmente dirigido hacia los derechos de los adultos con discapacidades. Hay asuntos específicos de los niños que sólo pueden abordarse en un artículo específico para los derechos de los niños con discapacidad” (*UN Convention on the Human Rights of People with Disabilities Ad Hoc Committee - Daily Summaries, Daily summary of discussion at the sixth session, Volume 7, #2, 02 August 2005* –la traducción es responsabilidad mía–). Y en esa línea, puede verse también un análisis de las dos Convenciones, atendiendo a los derechos de los niños con discapacidad, que responde a los dos modelos (proteccionismo “renovado” y social), en G. LANSDOWN, *See me, Hear Me. A guide to using the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities to promote the rights of children*, Save the Children, London, 2009.

una manera importante, a dos principios básicos sobre los que se sostiene el proteccionismo “renovado”, y que el modelo social de la discapacidad también ha hecho suyos: la protección del interés superior del niño y el derecho del niño a participar en todos los asuntos que le afecten¹⁸.

Ambos principios tuvieron su correspondiente reconocimiento en las respectivas Convenciones.

Así, en la CDN se establece, en el artículo 3.1, que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 12.1, que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Por su parte, en el artículo 7 de la CDPD, que es el que la Convención dedica de forma singular a los niños y niñas con discapacidad, se establece, en sus dos últimos apartados, que “2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño. 3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”.

Aunque en el siguiente apartado volveré sobre la interpretación de estos artículos decisivos, es conveniente señalar ahora que el contenido del artículo 12.1 de la CDN ha tenido un desarrollo importante, como resultado de una interpretación extensiva del mismo por parte de la doctrina y del propio Comité de los Derechos de Niño, que resulta crucial para la unificación de ambos modelos: el del proteccionismo “renovado” y el social de la discapacidad¹⁹.

¹⁸ En esta línea, Jorge Cardona considera a estos dos principios-derechos como ““revolucionarios” en relación con la situación anterior” y como “eje central del cambio de paradigma” (en J. CARDONA LLORENS, “El interés superior del niño: balance y perspectivas del concepto en el 25º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Revista española de desarrollo y cooperación*, nº extraordinario, otoño de 2014, p. 23).

¹⁹ En este sentido, cabe señalar tres consideraciones importantes para comprender esa interpretación extensiva del contenido del artículo 12.1 de la CDN.

En todo caso, queda por aclarar un punto decisivo, y es la relación que cabe entender que existe entre estos dos principios básicos que están en la base del sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, con o sin discapacidad: el de la protección del interés superior del niño y el derecho de participación del niño en la toma de decisiones que se realicen sobre todos aquellos asuntos que le afecten.

Y en relación con ese punto, se observa fácilmente que la redacción de la normativa internacional, tanto de los artículos 3.1 y 12.1 de la CDN como del artículo 7 –párrafos 2 y 3– de la CDPD, adolece de una gran vaguedad; de manera que, más allá del núcleo de certeza que se pueda observar, dichos artículos son susceptibles de muy diferentes interpretaciones, tanto respecto a su significado cuanto respecto a la determinación de la manera en que han de ser aplicados²⁰.

En primer lugar, que, aunque el derecho que explícitamente se reconoce en el artículo 12.1 de la CDN es el derecho del niño a expresar su opinión libremente, desde un primer momento se interpretó que este derecho incorporaba el derecho del niño a participar en aquellos asuntos que le afecten; entendiéndose que esa participación supone garantizar que el niño pueda tomar parte activa en los diferentes procesos de toma de decisiones que se realicen en esos asuntos que le afecten (vid. Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 (2009), párr. 3).

En segundo lugar, que la participación en los asuntos que afectan al niño ha de entenderse en el sentido más amplio posible. Si en un principio podría plantearse la duda de si sólo había que garantizar que el niño pudiese participar en la toma de decisiones que se realicen sobre aquellos asuntos que directamente le afecten, claramente esa interpretación ha quedado ya deslegitimada por el propio Comité de los Derechos del Niño (vid. Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 (2009), párr. 27). Aquella sería una interpretación excesivamente restrictiva de la norma, ya que, si parecía permitir un atisbo de inclusión social, el niño, en realidad, estaría excluido socialmente, al apartarse de los procesos de toma de decisiones sobre asuntos que afectan a otros muchos ámbitos de la sociedad en la que vive. Con esta interpretación extensiva de la debida participación del niño, se estaría entendiendo, por una parte, que el niño ha de poder participar en la toma de decisiones sobre todos aquellos asuntos que le afecten, directa o indirectamente, en su vida personal, familiar, jurídica, política, económica, social o cultural; y, por otra, que al niño le pueden afectar todos esos asuntos tanto de una forma individual como colectiva (vid. Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 (2009), párr. 87).

Y en tercer lugar, es interesante resaltar que el artículo 7 de la CDPD establece explícitamente que para valorar la participación de los niños con discapacidad se han de tener en cuenta los mismos elementos de juicio que para cualquier otro niño: la edad y la madurez. Es decir, que explícitamente se excluye la posibilidad de tener en cuenta el criterio de la discapacidad (vid. A. PALACIOS, “Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes con discapacidad”, cit., pp. 2941-2942). Lo que también tiene una decisiva importancia desde la visión de la unificación de los modelos del proteccionismo “renovado” y social de la discapacidad.

²⁰ En este sentido, puede verse, respecto al artículo 3.1, P. ALSTON y B. GILMOUR-WALSH, *El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los Derechos del Niño y de los Valores*

En un primer momento podría entenderse que ambos principios responden a fundamentos diferentes, que no siempre resultan compatibles²¹. La protección del interés superior parece conectarse con una base paternalista: la defensa del interés del niño no sólo frente a las acciones y omisiones de terceros sino también frente a las que el propio niño pueda realizar, debido a sus “incapacidades”, contra él mismo. Mientras que el reconocimiento y protección del derecho del niño a participar en la correspondiente toma de decisiones sobre todos los asuntos que le afecten conectaría directamente con el valor fundamental de la libertad: también el niño ha de poder ejercer su libertad, en la medida de lo posible, en la pertinente toma de decisiones.

Sin embargo, es evidente la necesidad de compatibilizar ambos principios. En este sentido, desde el proteccionismo “renovado”, algunos autores ya lo han intentado señalando, por una parte, que la participación del niño es necesaria para determinar cuál es el interés superior del niño y cómo satisfacerlo, y, por otra, que el propio respeto por la participación del niño tiene su límite, precisamente, en la protección de su interés superior. De esa manera, se entiende que la participación del niño forma parte de lo que cabe considerar como el propio interés del niño y sirve para hacer eficaz ese interés del niño²². Esa forma de compatibilizar ambos principios se sigue moviendo dentro del esquema proteccionista porque la idea central sigue siendo que hay que proteger a los niños en aspectos básicos para su adecuado desarrollo, también frente a sus propias decisiones, haciendo que sean terceros “capaces” los que tomen esas decisiones por ellos. Y por ello resulta insatisfactoria, porque no da la adecuada relevancia jurídica a la voluntad del niño, independientemente de su edad, en la toma de decisiones que le afectan.

No obstante, el propio Comité de los Derechos del Niño también ha tratado de compatibilizar en la misma línea ambos principios, llegando incluso a negar que exista una auténtica tensión entre ellos: “No existe tensión entre

Culturales, trad. C. Wagner en colaboración con el “Grupo de Traducción Alhambra”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Comité Español de UNICEF, Madrid, 1999, pp. 27 y 33; y respecto al artículo 12, S. DETRICK (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the “Travaux Préparatoires”*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1992, pp. 224-229.

²¹ También Archard señala esa clara tensión entre ambos principios en D. ARCHARD, *Children. Rights and childhood*, 3ª ed., Routledge, London & New York, 2015, pp. 119-120.

²² En esa línea puede verse, por ejemplo, entre otros muchos autores, en L. L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Revista de Educación*, núm. 294, Enero-Abril, 1991.

los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida²³. Pero, de la misma manera, también este planteamiento del Comité resulta en última instancia insatisfactorio. Y es que, al tratar de señalar la vía de compatibilidad de ambos principios, finalmente no aporta la necesaria claridad sobre los conceptos y la forma de resolver los posibles conflictos que surjan entre los dos principios, y tampoco termina de superar –al menos permite que no se tengan que superar– los planteamientos ya avanzados desde la doctrina del proteccionismo “renovado”.

Con todo, hay que destacar el enorme avance que supuso la Observación General N° 14, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. En ella se dan pasos muy significativos para que se reconozca y garantice el adecuado protagonismo del niño en la determinación de sus planes vitales, mediante los que desarrollar su propia personalidad, a través del respeto a sus opiniones en toda la toma de decisiones que le afecten, incluyendo de forma muy específica los que afectan a la evaluación y determinación de su interés superior²⁴. En este sentido, hay que entender que una interpretación de estas ideas que resulte adecuada conforme a los planteamientos que en este trabajo trato de justificar, también permitiría llegar a las conclusiones que apuntaré en el siguiente apartado²⁵. Y así, respecto al tema específico que nos ocupa en este artículo, resulta muy significativa la explícita mención que respecto a los niños con discapacidad se hace en el párrafo 54, cuando, al establecer la opinión del niño como uno

²³ Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 (2009), párr. 74; que es reiterado en Observación General N° 14, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, CRC/C/GC/14 (2013), párr. 43.

²⁴ Un buen y autorizado análisis de la Observación General N° 14 y, en este sentido, de “la naturaleza, alcance, significado y aplicación de este derecho, a la luz de dicha Observación General” puede verse en J. CARDONA LLORENS, “El interés superior del niño: balance y perspectivas del concepto en el 25° aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”, cit., cita en p. 25.

²⁵ Puede verse especialmente en esta línea en los párrafos 43, 53, 82, 83 y 89 de dicha Observación General N° 14.

de los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, el Comité reconoce que “El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios niños en el proceso de toma de decisiones y permitan introducir ajustes razonables y prestar de [sic] apoyo, en caso necesario, para garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior”²⁶.

1.5. La necesidad de superar los actuales modelos

Conforme a lo expuesto en los puntos anteriores, se entiende que en las soluciones ofrecidas desde el proteccionismo “renovado” y el modelo social de la discapacidad para resolver el conflicto entre la protección del niño (de su interés superior) y la pretensión de darle mayor relevancia jurídica a la voluntad del niño a través de la protección de su derecho a participar en la toma de decisiones sobre todos los asuntos que le afecten, siguen prevaleciendo las ideas, propias del modelo proteccionista, de que el niño, debido a sus inherentes incapacidades, no puede ejercer libremente sus derechos –con todas las importantes excepciones que en los textos jurídicos actuales se establecen, en las que los niños sólo de manera gradual, cuando van adquiriendo edad y madurez, van adquiriendo la capacidad jurídica para ejercitar sus propios derechos–, y que, por ello, su voluntad –aunque sea merecedora de una adecuada atención conforme a la edad y madurez del niño– no puede ser jurídicamente vinculante, pues se entiende que el que el niño pudiese

²⁶ Y en la misma línea resulta también significativa la expresa unión que el Comité señala (párrafo 75) que se debe de hacer entre las dos Convenciones a la hora de evaluar el interés superior de los niños con discapacidad: “Un elemento importante que debe tenerse en cuenta son las situaciones de vulnerabilidad del niño, como tener alguna discapacidad [...] etc. El objetivo de la determinación del interés superior de un niño o de los niños en situación de vulnerabilidad no debe referirse solo al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la Convención, sino también en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas, como los contemplados en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad [...] entre otros instrumentos”.

ejercitar sin control sus derechos constituiría un peligro tanto para terceros cuanto para él mismo.

Sin embargo, esas ideas básicas no son compatibles con la construcción de un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, en general, y de los niños con discapacidad, en particular, que se encuadre en el modelo de los derechos humanos. Y no lo son en la medida en que no se da una adecuada solución a la necesidad de compatibilizar, por un lado, la consideración del niño, con o sin discapacidad, como persona de la que es predicable su igual dignidad, a la que se le ha de respetar, pues, la posibilidad de diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución en igualdad de condiciones con los demás, y, por otro, la adopción de medidas paternalistas justificadas, las cuales implican negar –en los casos que se trate– vinculatoriedad jurídica a la voluntad manifestada por el niño de tomar un determinado curso de acción. Pues, conforme a los planteamientos proteccionistas, pese a la gran trascendencia que se pueda reconocer y proporcionar (lo cual está todavía muy lejos de ser una realidad) a la participación del niño en la toma de decisiones en todos aquellos asuntos que le afecten –y así también en la determinación tanto de cuál es su auténtico interés como de cuál ha de ser la manera de satisfacerlo–, se sigue dejando que, en general, sean las voluntades de otros, las de los padres fundamentalmente, las que tomen las correspondientes decisiones sobre sus vidas, de manera que se siguen imponiendo medidas paternalistas que limitan de manera injustificada la libertad de los niños, con o sin discapacidades, y así, en última instancia, el libre desarrollo de sus propias personalidades²⁷. Este resultado será inevitable siempre que, pese a que se reconozca a los niños como titulares de todos los derechos, no se articulen los mecanismos que les permitan ejercerlos libremente, conforme a sus propios deseos y opiniones, conforme a lo que podría considerarse que es su “auténtica” voluntad. En el siguiente apartado expondré lo que todo esto supone.

²⁷ Vid. así en I. CAMPOY CERVERA y A. PALACIOS, “Niños y niñas con discapacidad: reflexión general y concreción en España”, en P. CUENCA GÓMEZ (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 552-553; y el análisis que en ese capítulo se realiza al respecto, que también está en la base de lo que aquí se expone en el texto principal.

2. LA CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO DE DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS, CON O SIN DISCAPACIDAD

En el apartado anterior analicé los modelos del proteccionismo “renovado” y del modelo social en relación con los derechos de los niños, con y sin discapacidad, y señalé que, pese al enorme avance que a favor de ellos habían supuesto ambos modelos, éstos seguían adoleciendo de problemas básicos que los hacían insatisfactorios. En este último apartado trataré de ofrecer algunas claves que permitan entender cómo se ha de construir un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, con o sin discapacidad, que resulte satisfactorio conforme al modelo de los derechos humanos y el actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁸.

En ese sentido, es necesario tener presente que los límites de ambos modelos, tanto del proteccionismo “renovado” como, sobre todo, del social, se encuentran actualmente difusos y en proceso de transformación, tanto en el pensamiento jurídico-filosófico cuanto en la propia regulación jurídica de los derechos de los niños y de las personas con discapacidad. De manera que en nuestras sociedades se puede observar la posible construcción de un nuevo paradigma, que viene fundamentalmente dirigido por la extensión de dos aspectos esenciales: el de la participación del niño en la toma de decisiones en todos aquellos asuntos que le afecten, por un lado, y el del ejercicio efectivo de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con el resto de las personas de la sociedad, por otro²⁹. Como se ve, en ambos casos las dos perspectivas convergen en un mismo punto básico: la necesidad de articular un adecuado sistema de reconocimiento y protección de la capacidad jurídica de obrar de la persona, es decir, de la vinculatoriedad jurídica de su voluntad en el ejercicio de sus derechos. Es, pues, en esa línea en la que se debe profundizar. En ella encontraremos el marco adecuado para la construcción de un modelo de derechos humanos de los niños, con o sin discapacidad; y así, tenemos que entender que el sistema que

²⁸ Muchas de las ideas centrales que explico en este apartado ya las había apuntado en el Capítulo III y, sobre todo, en el Epílogo de mi libro, ya citado, I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, cit. (pp. 339-350 y 384-420, del Capítulo III, y pp. 977-1026, del Epílogo). No obstante, es muy importante el apoyo que para la justificación de dichas ideas ha supuesto, conforme explico en el texto principal, la aprobación de la CDPD y la encomiable labor que viene realizando el Comité de los Derechos del Niño.

²⁹ Vid. en esta línea J. CARDONA LLORENS, “La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 n° 2, 2012, pp. 50-51.

se ha de establecer para el reconocimiento y protección de sus derechos ha de garantizar el libre desarrollo de sus propias personalidades a través del libre ejercicio de sus derechos, de la misma manera que lo entendemos respecto del resto de las personas.

2.1. La interpretación, conforme al modelo de los derechos humanos, de los principios de la protección del interés superior del niño y derechos de participación del niño en todos los asuntos que le afecten

En el primer apartado analicé la interpretación que se realiza, desde el proteccionismo “renovado” y el modelo social de la discapacidad, de los principios de la protección del interés superior del niño y derecho de participación en todos aquellos asuntos que le afecten, y señalé por qué esa interpretación no resulta satisfactoria. Ahora trataré de encontrar una interpretación de ambos principios que sea más acorde con un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, con o sin discapacidad, conforme al modelo de los derechos humanos.

Así, si pretendemos dar un sentido objetivo al término interés del niño, con o sin discapacidad, en el discurso de los derechos humanos, no creo que, esencialmente, deba buscarse otro que el mismo que se puede predicar del interés de cualquier otra persona: alcanzar el libre desarrollo de su propia personalidad, la posibilidad de diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución³⁰. Atender, pues, a la necesidad de proteger el interés superior del niño supone entender que hay ciertas medidas que se han de tomar para conseguir proteger el libre desarrollo de su propia personalidad³¹.

³⁰ Una comprensión que se mueve, pues, dentro del marco de lo que entiendo que es la cultura de los derechos humanos. Desde la óptica de otras culturas es claro que el concepto del interés superior del niño puede ser interpretado de forma muy diferente. En este sentido, ya nos avisaba hace tiempo Philip Alston de la diferente comprensión que del principio del interés superior del niño se podía hacer en las distintas culturas, en P. ALSTON, “The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights”, en P. ALSTON (ed.), *The best interests of the child. Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 5. En todo caso, la Observación General N° 14, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)* señala claramente que la interpretación del interés superior del niño debe de realizarse dentro de la cultura de los derechos humanos, no de cualquier otra cultura (vid. en esta línea párrs. 5 y 57).

³¹ En esta línea, Elizabeth Salmón, tomando en consideración la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos plasmada en las Sentencias de los Casos *Bulacio Vs.*

Por su parte, la participación del niño en la toma de decisiones en todos aquellos asuntos que le afecten resulta básica porque se parte de la idea de que el libre desarrollo de la personalidad de cada persona sólo se logra si ésta es libre en el diseño de sus propios planes de vida y en la actuación para su efectiva realización. Es la propia persona, pues, la única que puede determinar la forma de llevar a cabo el libre desarrollo de su personalidad. Y es precisamente para ello para lo que se le protege en el libre ejercicio, conforme a su voluntad, de sus derechos. Atender, pues, a la necesidad de proteger la participación del niño supone entender también que hay ciertas medidas que se han de tomar a fin de conseguir garantizar que es el propio niño el que actúa para conseguir alcanzar el libre desarrollo de su propia personalidad. Y para ello se ha de garantizar que se le protege en el libre ejercicio, conforme a su voluntad, de sus derechos.

De esta manera, el posible conflicto entre los dos principios se daría cuando el niño, con o sin discapacidad, en el libre ejercicio –conforme a su voluntad– de sus derechos estuviese actuando en contra de la consecución del libre desarrollo de su propia personalidad. Lo que no deja de ser la manifestación de una aparente incoherencia lógica, que supone observar que si bien la única manera de alcanzar el libre desarrollo de nuestra propia personalidad es actuando conforme a nuestra voluntad, en ocasiones es precisamente la acción tomada conforme a nuestra voluntad la que va en contra del libre desarrollo de nuestra propia personalidad. Una aparente incoherencia que nos mete de lleno en el ámbito del paternalismo, justificado e injustificado. Por lo que, en este punto, sería importante intentar determinar cuáles son los criterios que permiten justificar la aplicación de adecuadas medidas paternalistas.

No obstante, como antes apunté, el tema del paternalismo es de una gran amplitud y complejidad, por lo que en lo que sigue sólo pretendo señalar, muy someramente, cuáles serían esos criterios principales que habría que considerar para determinar la existencia de un paternalismo que resultase justificado conforme al fin del respeto al libre desarrollo de la personalidad de los individuos –incluidos, evidentemente, los niños, con o sin discapaci-

Argentina y Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, afirmaría que “como podemos apreciar de las definiciones brindadas, el principio del interés superior del niño vela por el libre desarrollo de la personalidad del niño y la niña” (E. SALMÓN, *Los derechos de los niños y las niñas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares en torno a su protección y promoción*, Cooperación Alemana al Desarrollo, Lima, 2010, p. 43).

dad- y, así, para la construcción de un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, con o sin discapacidad, conforme al modelo de los derechos humanos³².

Así, en primer lugar, habría que entender que las medidas paternalistas justificadas hacen referencia a aquellas situaciones en las que estaría justificado actuar en contra de lo que expresamente manifiesta una persona que quiere realizar en uso del libre ejercicio de su voluntad, por considerarse que si se le permitiese realizar dicha acción se estaría permitiendo que se produjese un perjuicio importante en el libre desarrollo de su propia personalidad³³. Y la aparente contradicción que parece plantearse entre la actuación en contra de la voluntad manifestada por la persona y el respeto por los propios planes de vida que la persona libremente se haya dado en el ejercicio de su libre voluntad, se resuelve entendiendo que ese respeto supone dar primacía a lo que constituye la “auténtica” voluntad de la persona frente a lo que sería su voluntad manifiesta. Es decir, que se admite que en ocasiones la voluntad expresamente manifestada por una persona no se corresponde con lo que ha de considerarse que constituye su “auténtica” voluntad, aquella cuyo ejercicio permite el libre desarrollo de la personalidad del individuo.

Este tipo de paternalismo queda justificado, pues, porque el fin al que ha de tender quien haya de actuar paternalistamente consiste, en todo caso, en respetar y hacer efectiva la “auténtica” voluntad de la persona a la que se le aplica la medida paternalista. Por eso, considero que esta forma de entender

³² Puede verse un desarrollo de las principales ideas que aquí se exponen, en relación con la educación de los niños, en I. CAMPOY CERVERA, “La educación de los niños en el discurso de los derechos humanos”, en I. CAMPOY CERVERA (ed.), *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 149-201; y, en relación con el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, en I. CAMPOY CERVERA, “La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución española de 1978”, en I. CAMPOY CERVERA y A. PALACIOS (eds.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 145-207. En todo caso, mis planteamientos han sido estudiados por algunos autores con distintos resultados. Así, un análisis de los mismos que llega a consecuencias que me parecen acertadas, puede verse en R. DE ASÍS ROIG, *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 54-59; mientras que un análisis crítico con los mismos, por interpretarse en desacuerdo con un discurso “emancipador” de los derechos de los niños y las niñas, puede verse en M. CORDERO ARCE, *Hacia un discurso emancipador de los derechos de las niñas y los niños*, Ifejant, Lima 2015, pp. 203-206.

³³ En esta línea, y respecto a los derechos de los niños en concreto, resultan interesantes los planteamientos de Freeman en M. D. A. FREEMAN, “Taking children’s rights more seriously”, cit., pp. 64-69.

el paternalismo se puede denominar, con propiedad, como paternalismo de la voluntad. Por lo que habrá que explicar mejor cómo podremos determinar esa “auténtica” voluntad del individuo.

En ese sentido, habría que tener presente que la falta significativa de alguno de estos tres elementos: posibilidad de utilizar las facultades de la razón, información suficiente sobre las circunstancias relevantes para la decisión que se ha de tomar y experiencia para poder valorar convenientemente esa información, puede viciar la voluntad de la persona, modificando, así, su “auténtica” voluntad. Lo que permite entender que la realización, en esas ocasiones, de la voluntad expresamente manifestada por el individuo puede producir un perjuicio significativo en el adecuado desarrollo de sus propios planes de vida, y que eso puede justificar que se adopte una medida paternalista, actuando en contra de lo expresamente manifestado por la persona. O dicho de otra manera, podríamos entender que son esos tres elementos los que permiten a la persona ejercitar su “auténtica” voluntad, tomar decisiones juiciosas, ser consciente de las consecuencias del acto que va a realizar u omitir y aceptarlas. En todo caso, habrá que tener siempre en cuenta que cuanto más rigurosas sean las condiciones que se consideren necesarias para entender que la persona tiene esa capacidad para tomar decisiones juiciosas, más cerca se estará del paternalismo injustificado, y que, por eso, esas condiciones no han de ser interpretadas de manera rigurosa.

En este punto es muy importante observar, respecto a los derechos de los niños, que esos elementos, que conforman esa capacidad para tomar decisiones juiciosas, puede entenderse que igualmente constituyen lo que tanto la CDN como la CDPD denominan la “madurez” del niño. De hecho, el propio Comité de los Derechos del Niño aclarará que “Madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”³⁴.

En todo caso, tomarnos en serio que siempre se ha de respetar la “auténtica” voluntad de la persona –del niño, con o sin discapacidad–, significa que cuando actuemos contra la voluntad manifestada por ella debemos de poder justificar muy claramente que esa voluntad manifestada no se corresponde

³⁴ Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 (2009), párr. 30.

con su “auténtica” voluntad y que las consecuencias de su acción han de perjudicar significativamente la consecución de sus propios planes de vida. Y esto, a su vez, significa: primero, que el perjuicio que se ha de derivar del curso de acción tomado conforme a la voluntad manifestada por la persona ha de ser claramente contrario a lo que podemos presuponer que sería aceptable por esa persona de tener la posibilidad de utilizar las facultades de la razón, la información y la experiencia adecuadas (la suficiente “madurez”)³⁵; y segundo, que ese perjuicio ha de ser probable y de importancia³⁶. En este sentido, cuanto menos le afecten las consecuencias de la acción manifiestamente querida al desarrollo presente y futuro de sus probables planes de vida, menos justificada estará la acción paternalista en contra de esa voluntad expresamente manifestada.

No obstante, a la hora de juzgar en casos reales si está justificada o no una determinada medida paternalista, es fácil que la respuesta no sea sencilla. Habrá que aclarar en cada caso cómo se compaginan esos dos elementos:

³⁵ El planteamiento que definiendo sobre las medidas paternalistas justificadas supone, pues, que la acción paternalista nunca puede tener su justificación en el consentimiento que sobre la misma manifieste posteriormente la propia persona objeto de la acción paternalista, lo que, en este sentido, podríamos denominar como paternalismo *a posteriori*. En primer lugar, porque no es en una hipotética voluntad futura con la que se está justificando la medida paternalista, sino con una hipotética voluntad presente, que la persona, el niño, no puede hacerla manifiesta exclusivamente porque no tiene la posibilidad de usar las facultades de la razón, la información o la experiencia adecuadas (la suficiente “madurez”). Y en segundo lugar, porque la voluntad futura del sujeto puede verse modificada precisamente por la propia realización de la medida paternalista, por lo que al cambiar la voluntad del sujeto estaríamos actuando injustificadamente desde dos puntos de vista: primero, porque se produciría el daño que precisamente tratábamos de evitar con la toma de la medida paternalista (que se produjese un perjuicio en el desarrollo de los planes de vida que la persona libremente se hubiese dado); y segundo, porque no se puede considerar que queda justificada una acción (la medida paternalista) con su aceptación por una voluntad transformada precisamente por la realización de esa acción. También desde el proteccionismo “renovado” se critica ese paternalismo *a posteriori*. Así, por ejemplo, en T. D. CAMPBELL, “The rights of the minor: as person, as child, as juvenile, as future adult”, en P. ALSTON, S. PARKER y J. SEYMOUR (eds.), *Children, rights and the law*, cit., pp. 20-21; y C. LOWY, “Autonomy and the appropriate projects of children: a comment on Freeman”, en P. ALSTON, S. PARKER y J. SEYMOUR (eds.), *Children, rights and the law*, cit., pp. 73-74.

³⁶ Es interesante, en este sentido, la reflexión de Gerald Dworkin cuando apunta que para el paternalismo justificado en el “consentimiento hipotético” resulta tan necesario constatar que se da un defecto en la competencia de la persona para tomar decisiones racionales y sensatas, como que la decisión es de gran trascendencia, potencialmente peligrosa e irreversible (vid. en G. DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, 1988, pp. 124-125).

la probabilidad de que el perjuicio en los planes de vida de la persona efectivamente se produzca y la importancia de ese perjuicio³⁷.

Finalmente, la traslación de todos estos planteamientos al ámbito de los derechos del niño, con o sin discapacidad, nos permite apuntar cinco conclusiones importantes:

³⁷ En este sentido, para ayudar a decidir sobre la justificación o no de la medida paternalista a adoptar, entiendo que resulta necesario atender a tres consideraciones estrechamente vinculadas entre sí.

La primera sería entender que la medida paternalista sólo se justificaría cuando se pueda establecer que hay una alta probabilidad de producir un perjuicio grave en los planes de vida que legítimamente se puede presuponer que son conformes con la voluntad que la persona, el niño, con o sin discapacidad, manifestaría en ese momento de tener la suficiente disponibilidad de uso de las facultades la razón, información y experiencia, es decir, la suficiente "madurez". Y en esta línea, cuanto más probable y más grave sea el perjuicio que se ha de derivar de la permisón de la actuación conforme a la voluntad manifestada por el sujeto, menos exigentes hemos de ser en la toma de datos que nos permitan determinar si la voluntad manifestada coincide con su "auténtica" voluntad para ejecutar la medida paternalista, porque más fácilmente se estará actuando de forma peligrosa contra los planes de vida de esa persona de no adoptar la medida paternalista (aunque si se demostrase fehacientemente que la persona es plenamente consciente de las consecuencias de su acción u omisión y las acepta tras la pertinente deliberación –es decir, que se corresponde con su "auténtica" voluntad–, no sería una medida paternalista justificada la que le impidiese realizar ese curso de acción, por muy graves y probables que a los demás les puedan parecer las consecuencias que del mismo se han de derivar para la vida de esa persona); y cuanto menos probable y grave sea el perjuicio de realizarse la acción conforme a la voluntad manifestada por la persona, más exigente tenemos que ser a la hora de tomar los datos que nos permitan determinar que no coincide con su "auténtica" voluntad para ejecutar la medida paternalista, porque será más difícil que se esté actuando de forma peligrosa contra los planes de vida de esa persona de no adoptarse la medida paternalista.

La segunda consideración a la que habría que atender es que la probabilidad y la gravedad funcionan aquí en un sentido inversamente proporcional: cuanto más grave sea el perjuicio que se ha de producir de no ejecutarse la medida paternalista, menos necesaria es la exigencia de probabilidad de esa consecuencia perjudicial; y cuanto más probable es que se produzca un perjuicio en los planes de vida de la persona, menos necesario es que se exija la gravedad de ese perjuicio (entendiendo que nunca se ha de considerar un perjuicio nimio o banal, pues entonces estaríamos incumpliendo lo establecido en la primera consideración).

Y la tercera consideración es que, en ese cálculo de probabilidades y perjuicios que se ha de realizar a fin de considerar la justificación o no de la ejecución de la medida paternalista, ha de considerarse no sólo lo que perjudicaría en el desarrollo de la personalidad del individuo el que se realice o no el curso de acción que se fuese a tomar conforme a su voluntad expresamente manifestada, sino también lo que puede perjudicar en ese desarrollo de su personalidad las consecuencias derivadas de la ejecución de la propia medida paternalista.

La primera es que una forma de deshacer el conflicto de fondo que pudiera existir entre los dos principios fundamentales de la protección del interés superior del niño y la protección del derecho del niño a participar en todos aquellos asuntos que le afecten, es entendiendo que tanto con uno como con otro lo que en realidad se ha de hacer es proteger lo que se ha de considerar que constituye la “auténtica” voluntad del niño.

La segunda es que el posible conflicto que puede surgir en la aplicación práctica de los dos principios se puede resolver con los mismos criterios de justificación de medidas paternalistas que se puede considerar necesario adoptar respecto a la decisión de cualquier persona (independientemente de cuáles sean sus condiciones personales).

La tercera es que siempre hemos de respetar la voluntad expresamente manifestada por el niño, con o sin discapacidad, ante una decisión a tomar en el ejercicio de sus derechos (como se ha de hacer respecto de cualquier persona, independientemente de su condición personal), salvo cuando existan sólidas razones que permitan presuponer justificadamente que el niño, por no tener la posibilidad de usar las facultades de la razón, por falta de información o de experiencia para poder procesar adecuadamente esa información, es decir, por falta de “madurez”, no sea realmente consciente de las consecuencias que se van a derivar del curso de acción que expresamente manifiesta querer realizar o no realizar en ese ejercicio de sus derechos, y, además, exista una considerable probabilidad de que como resultado de esas consecuencias no previstas se impida o dificulte la consecución de sus planes de vida, del libre desarrollo de su personalidad (o, evidentemente, se dañe, en ese mismo sentido, ilegítimamente a terceros).

La cuarta es que en el caso de tomarse la correspondiente medida paternalista, al actuar para la consecución del libre desarrollo de la personalidad del niño (aunque se haga diciéndose que se actúa para proteger el interés superior del niño) a pesar de lo manifestado por el niño (la participación para expresar sus opiniones al respecto siempre es exigible), habrá que tomar la decisión que cabe presuponer que el niño, con o sin discapacidad, tomaría, en el caso que se trate y en ese momento concreto de su vida, de tener la suficiente “madurez”. Es decir, habrá que atender a las particulares condiciones personales del niño y actuar de forma coherente con lo que hasta ese momento ha sido el diseño y desarrollo de sus planes vitales, el desarrollo de su propia personalidad. Es decir, habrá que actuar conforme a lo que cabe entender que en ese momento y respecto a esa decisión concreta es la “au-

téntica” voluntad del niño. De esta manera, es importante observar que estas consideraciones se realizan respecto a cualquier niño, con o sin discapacidad, cualquiera que sea su condición personal o edad³⁸.

Y la quinta es que, de esta manera, los criterios de la edad y la discapacidad no pueden ser criterios generales de limitación de la capacidad de obrar. Aunque es posible utilizar dichos criterios para limitaciones puntuales en la capacidad de obrar, su utilización ha de ser siempre la mínima posible y ha de estar claramente justificada. En este sentido, se entiende que la edad y la discapacidad pueden ser, en ocasiones, criterios suficientes para presuponer que el niño, con o sin discapacidad, adolece de la falta de “madurez” suficiente para ejercitar libremente alguno de sus derechos. Pero para ello habrá que aportar sólidas razones, respecto al derecho concreto que se trate (pues el legislador habrá de hacer un estudio individualizado de esos criterios respecto de cada derecho³⁹), que permitan presuponer justificadamente que el niño por debajo del límite de edad propuesto o con una determinada discapacidad adolece de la suficiente “madurez” para poder ejercitar libremente ese derecho, existiendo, pues, una considerable probabilidad de que como resultado de las consecuencias del libre ejercicio de ese derecho se impidiese o dificultase de forma relevante la consecución de sus planes de vida, del libre desarrollo de su personalidad (o se dañase, en ese mismo sentido, ilegítimamente a terceros). En todo caso, la reducción de esos criterios de la edad y la discapacidad a la mínima presencia posible también supone que la necesaria discrecionalidad que la fijación de todo límite conlleva deberá atenuarse convenientemente articulando el sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños de una forma abierta; es decir, de forma que si se demostrase que un niño, con o sin discapacidad, independientemente de su edad o discapacidad, tiene la exigida “madurez” para el libre ejercicio del derecho que se tratase, entonces pudiese disponer de los medios necesari-

³⁸ En esta línea es interesante la opinión del Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 7 (2005), *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7, párr. 14.

³⁹ En este punto resulta de interés la propuesta que realizasen Foster y Freed sobre la necesidad de superar el establecimiento de un criterio general de la mayoría de edad para el reconocimiento de derechos (que resulta arbitrario y caracterizado por excepciones que muestran la falta de un criterio racional en su reconocimiento) y sobre la necesidad del mantenimiento de diferentes límites de edad para el reconocimiento de la capacidad de ejercitar los diferentes derechos (vid. H. H. FOSTER, Jr. y D. J. FREED, “A Bill of Rights for Children”, *Family Law Quarterly*, vol. 6, 1974, pp. 367 y 375).

rios para que, de forma sencilla, se le reconozca la capacidad jurídica para el libre ejercicio de ese derecho; del mismo modo que si se demostrase que una persona carece de la suficiente “madurez” para el libre ejercicio del derecho que se tratase habría de poder contar, de forma sencilla, con las medidas de apoyo necesarias para ejercitar adecuadamente ese derecho conforme a lo que habría que considerar que constituye su “auténtica” voluntad⁴⁰.

La aplicación de estas conclusiones en la construcción de un adecuado sistema de reconocimiento y protección de derechos de los niños, con o sin discapacidad, supondría salir de los límites a los que hemos visto que los reconducían los actuales modelos del proteccionismo “renovado” y social de la discapacidad y establecer un sistema acorde con el modelo de los derechos humanos. En este sentido, la consideración primordial a la que se ha de atender es a la libertad del niño, como a la de cualquier persona; y, por consiguiente, a la vinculatoriedad jurídica de su voluntad en el ejercicio de sus derechos. La implantación de ese sistema supone entender que los niños, con o sin discapacidad, no es que sean titulares de derechos que les protegen de los posibles daños de terceros (como se establecía conforme al proteccionismo “tradicional” y al modelo médico); no es que sean titulares de todos (o casi todos)⁴¹ los derechos y tengan reconocida la capacidad jurídica para ejercitar algunos de ellos y, en todo caso, sea exigible

⁴⁰ También en este punto resulta relevante la opinión manifestada por el Comité de los Derechos del Niño, al señalar que “Al exigir que se tengan debidamente en cuenta las opiniones, en función de su edad y madurez, el artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso” (Observación General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12 (2009), párr. 29).

De hecho, en España, por ejemplo, los notarios, como funcionarios encargados de garantizar la seguridad jurídica, han de atender al caso concreto para determinar la capacidad del niño o de la persona con discapacidad en ciertos supuestos. Como recuerda García Pons, “La capacidad de obrar de las personas menores de edad o con discapacidad será apreciada por el notario mediante el examen personal y directo de la persona, emitiendo bajo su responsabilidad el pertinente juicio de capacidad, la cual juzgará suficiente o no en relación, no sólo con las facultades intelectivas o capacidad natural de entender y querer que tenga el interesado, sino también con referencia a la naturaleza del acto o contrato que pretenda realizar” (A. GARCÍA PONS, “Algunas consideraciones a propósito del vigésimo aniversario de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y su relación con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Consecuencias en la actuación notarial”, *Revista Jurídica del Notariado*, num. 72, 2009, p. 195).

⁴¹ Algunos derechos, como, el derecho al sufragio, activo y pasivo, se les sigue negando.

su participación en la toma de decisiones sobre todos los asuntos que les afecten, aunque siempre bajo la supervisión de los padres o un tercero habilitado para ello (como ocurre conforme al proteccionismo “renovado” y al modelo social de la discapacidad); sino que han de ser reconocidos como titulares de todos los derechos y tener reconocida y protegida la capacidad jurídica de ejercerlos en igualdad de condiciones con el resto de las personas de la sociedad (lo que sería conforme con el modelo de los derechos humanos).

2.2. La trascendencia de la CDPD y la correspondiente interpretación de la CDN en la construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad

Tomarse en serio todas las consideraciones y conclusiones que he expuesto en el punto anterior supone entender que es necesario articular un nuevo sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, con o sin discapacidad, que sea conforme al modelo de los derechos humanos. Y, como en este punto expongo, ello es posible realizarlo conforme al vigente Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque éste no surgiese pensando en ello.

En el anterior apartado se observó cómo la CDPD suponía un gran avance respecto de los derechos de los niños con discapacidad, al establecer explícitamente que los niños con discapacidad han de gozar plenamente de todos los derechos humanos en igualdad de condiciones con el resto de niños, debiendo entenderse que queda prohibida la utilización de la discapacidad como causa de exclusión para la titularidad o el ejercicio de los derechos. La remisión que se hace a la CDN, tanto en el artículo 7 –dedicado a los niños y las niñas con discapacidad– como en el apartado r) del Preámbulo, obliga a considerar que los niños con discapacidad quedan amparados por el mismo sistema de reconocimiento y protección que el resto de los niños. No obstante, si sólo nos quedásemos en esa remisión de la CDPD a la CDN, y concretamente a los decisivos artículos 3.1 y 12.1 de la misma, conforme han venido siendo éstos interpretados y aplicados, estaríamos dando por válidos los planteamientos del proteccionismo “renovado” respecto a todos los niños, con o sin discapacidad, y con ello también les estaríamos excluyendo del enorme potencial que para la construcción de un modelo de derechos humanos para los niños, con o sin discapacidad, supone la CDPD.

De hecho, la construcción de un sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, con o sin discapacidad, que sea conforme al mo-

delo de los derechos humanos, se puede producir a través de una adecuada interpretación de la CDN, que cobra fuerza con la evolución seguida en la interpretación que de la misma viene realizando el Comité de los Derechos del Niño y, sobre todo, con la aprobación de la CDPD. En este sentido, una adecuada interpretación de ambas Convenciones permite entender que existe la obligación por los Estados Partes de garantizar que los niños, con o sin discapacidad, puedan ejercitar de forma efectiva todos sus derechos, directamente –sin o con asistencia– o a través de sus representantes (terceros habilitados a esos efectos), siempre, en este último caso, garantizando tanto la debida asistencia al niño como su participación y tomando la decisión que mejor se corresponda con lo que se considere que es su “auténtica” voluntad.

En esa línea de interpretación, resultan muy importantes los propios principios generales que la CDPD establece en su artículo tercero (que han de servir para interpretar el resto de la Convención), especialmente el primero y el último: “a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; () h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”. Y es que, conforme a lo antes señalado, el objetivo básico del nuevo sistema de reconocimiento y protección de derechos de los niños, con o sin discapacidad, conforme al modelo de los derechos humanos, sería, precisamente, ese respeto a la dignidad inherente del niño, con o sin discapacidad, a su autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, y su independencia; para lo que se considera necesario respetar la evolución de sus facultades y su derecho a preservar su identidad, finalmente, a conseguir, en la mayor medida posible, el libre desarrollo de su propia personalidad.

Y también es en esa línea de interpretación donde hay que situar las consideraciones y conclusiones que antes he apuntado. Así, tanto respecto a las que hacía sobre cómo conseguir proteger el interés superior del niño y garantizar su efectiva participación en la toma de decisiones en todos aquellos asuntos que le afecten, cuanto respecto a las que hacía para entender que los criterios de la edad y la discapacidad no pueden ser razones ni para la exclusión en el reconocimiento de los derechos humanos ni para la limitación en el ejercicio de esos derechos.

En este punto resultará decisivo el artículo 12.2 de la CDPD, que establece: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos

los aspectos de la vida". Es decir, que todas las personas con discapacidad, también, pues, los niños con discapacidad, tienen reconocida la capacidad de ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás. Y la extensión a los niños con discapacidad de esta consideración obliga a extenderla al resto de los niños, por la misma razón antes apuntada de que la CDPD hace explícito que los niños con discapacidad ejercerán los derechos en igualdad de condiciones con el resto de niños⁴². Todos los niños, con o sin discapacidad e independientemente de su edad, tienen reconocida, así, la capacidad de ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás.

En todo caso, como queda dicho, sí que es posible exigir un requisito de "madurez" para el libre ejercicio de cada derecho. En este sentido, la discapacidad y la edad pueden ser tenidas en cuenta para establecer un límite en el ejercicio de un derecho por el niño siempre que se pueda conectar directamente con la falta de "madurez" exigida para el ejercicio del derecho concreto que se trate; pero entonces se ha de garantizar la debida asistencia al niño, así como su participación, de manera que se tome la decisión que mejor se corresponda con su "auténtica" voluntad. De nuevo resulta esclarecedor el artículo 12 de la CDPD, que, en sus párrafos tercero y cuarto, establece: "3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente

⁴² En esta línea resulta muy esclarecedora la apreciación que hizo la presidencia, durante la fase de elaboración de la CDPD, en el debate sobre la conveniencia de dedicar un artículo específico a los niños en la CDPD, aclarando que si respecto a los niños la CDPD es, como debe ser, más exigente que la CDN, los Estados que sean Partes de ambas Convenciones, estarán obligados por los estándares de mayor exigencia establecidos en la CDPD (vid. *UN Convention on the Human Rights of People with Disabilities Ad Hoc Committee - Daily Summaries*, Daily summary of discussion at the sixth session, Volume 7, #2, 02 August 2005).

e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

Es decir, que, conforme al art. 12 CDPD, se ha de establecer un modelo de apoyo en la toma de decisiones, en el ejercicio de los derechos, conforme al cual se han de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona –también, lógicamente, del niño⁴³– cuyo derecho se va a ejercer, y, por consiguiente, se ha de proscribir el modelo de sustitución de la voluntad⁴⁴. Y es en esta línea que habría que interpretar el final del artículo 7.3 de la CDPD, que, muy significativamente, establece que los Estados Partes deben garantizar el derecho de los niños con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten “y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”. La asistencia apropiada es particularmente importante para el ejercicio del derecho de participación por toda la trascendencia que ya hemos visto que este derecho (y principio) tiene en el sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños; pero es evidente que la asistencia apropiada no se ha de limitar a ese derecho de participación, sino que, en realidad, se ha de proporcionar al niño, siempre que éste la necesite, en el ejercicio de cualquier derecho⁴⁵.

Ese modelo de apoyo conlleva el reconocimiento de la vinculatoriedad jurídica de la “auténtica” voluntad del niño, con o sin discapacidad, esto es, su voluntad manifiesta cuando se considere que tiene la suficien-

⁴³ En la misma línea Palacios afirma: “Si bien los sistemas de apoyo se encuentran previstos en el art. 12 de la CDPD que regula la garantía de igualdad en materia de capacidad jurídica, entiendo que son plenamente aplicables al contexto de la infancia, sobre todo en lo que atañe al proceso de participación y toma de decisiones de niños, niñas y adolescentes con discapacidad” (A. PALACIOS, “Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes con discapacidad”, cit., pp. 2954-2955).

⁴⁴ Respecto a este cambio fundamental que representa el artículo 12 CDPD, puede verse, por ejemplo, R. DE ASÍS ROIG, M. C. BARRANCO AVILÉS, P. CUENCA GÓMEZ y A. PALACIOS RIZZO, “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español”, en P. CUENCA GÓMEZ (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, cit., p. 28.

⁴⁵ En este sentido, pueden verse, por ejemplo, los artículos 16, 24 y 30 de la misma CDPD, que versan, respectivamente, sobre la protección contra la explotación, la violencia y el abuso; la educación; y la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte.

te “madurez” para el ejercicio del derecho que se trate o la que se considere que sería su voluntad de tener en ese momento esa “madurez” requerida; y, así, el rechazo de que se pueda imponer la voluntad del que, en su caso, haya de ejercer el derecho por él (aunque se pretenda justificar arguyendo que se actúa para proteger su interés superior⁴⁶). Lo contrario supondría entender que el artículo 12 de la CDPD establece el modelo de apoyo en vez del modelo de sustitución de la voluntad para todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y condición, pero que excluye (sin justificación) a los niños de ese concepto de persona, permitiendo que sólo para ellos siga rigiendo el modelo de sustitución de la voluntad. Ese modelo antes iba en contra de un adecuado sistema de reconocimiento y protección de los derechos de los niños⁴⁷, pero ahora va en contra del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al contradecir abiertamente el espíritu que anima una norma de tanta trascendencia como es la CDPD⁴⁸.

⁴⁶ En este punto resultan interesantes los planteamientos que Eekelaar desarrolla y la exposición de su interesante concepto de *dynamic self-determinism* en J. EEKELAAR, “The Importance of Thinking that Children have Rights”, en P. ALSTON, S. PARKER y J. SEYMOUR (eds.), *Children, rights and the law*, cit., p. 230; y J. EEKELAAR, “The interests of the child and the child’s wishes: the role of dynamic self-determinism”, en P. ALSTON (ed.), *The best interests of the child. Reconciling Culture and Human Rights*, cit., especialmente pp. 46-48, 53-54 y 57-58.

⁴⁷ Como he expuesto en diferentes trabajos; así, por primera vez, en el ya citado Epílogo de I. CAMPOY CERVERA, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, cit.

⁴⁸ En esta línea se puede entender que apuntan también las reflexiones de García Pons, que en un primer momento señala (aunque referido al Ordenamiento jurídico español, sus reflexiones se pueden generalizar) que “Cabe esperar que serán objeto de revisión también los sistemas de sustitución y complemento de la capacidad de obrar de la persona, constituidos actualmente por las instituciones de la representación legal (patria potestad, tutela), y la curatela, que implican en su mayoría la incapacitación judicial. La tendencia legislativa es a la implementación de un sistema de ayuda o apoyos a la capacidad de obrar que no implique dicha incapacitación de la persona y evite en lo posible el sistema de sustitución”; después señalará que a partir de la CDPD “el tema de las personas menores de edad con discapacidad debe contemplarse, también, desde la óptica de la no discriminación, igualdad de oportunidades y accesibilidad universal, como principios básicos que establece la expresada Convención de 2006”; y finalmente vinculará esas salvaguardias del art. 12 CDPD precisamente con el principio del interés superior del niño, señalando que éste es “perfectamente subsumible dentro de lo que el artículo 12 de la Convención de 13 de diciembre de 2006 denomina “salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos”” (A. GARCÍA PONS, “Algunas consideraciones a propósito del vigésimo aniversario de la Convención

En ese sentido, hay que entender que la CDPD va más allá del modelo social de la discapacidad (y también del proteccionismo “renovado”), apuntando la construcción de un modelo de los derechos humanos⁴⁹, que debe ser válido también para los niños, con o sin discapacidad. Por eso, ya no se puede seguir pensando que el modelo de sustitución de la voluntad, que no es válido para las personas con discapacidad, sí que lo puede ser para los niños. Seguir con un sistema de reconocimiento y protección de los derechos del niño basado en la interpretación y aplicación que se viene realizando desde el proteccionismo “renovado” de los principios del interés superior y de la participación del niño supone, en realidad, volver a realizar una exclusión injustificada de los niños del modelo de los derechos humanos. Por el contrario, integrar a los niños, con o sin discapacidad, en el modelo de los derechos humanos supone reconocer que también ellos tienen garantizada la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida y que, así, también para ellos habrá que encontrar un sistema que atienda a su “auténtica” voluntad para el adecuado ejercicio de sus derechos.

De esta manera, conforme al modelo de los derechos humanos, habrá de atenerse a las siguientes dos consideraciones generales para garantizar ese adecuado sistema de reconocimiento y protección del ejercicio de los derechos por los niños, con o sin discapacidad:

La primera es que se parte de que el niño, con o sin discapacidad, puede ejercitar todos los derechos humanos libremente (es decir, conforme a su voluntad manifiesta). Cualquier limitación en el ejercicio de sus derechos habrá de estar previamente justificada.

La segunda es que cuando se entienda que un niño no tiene la suficiente “madurez” exigida para ejercitar libremente algún derecho –lo que puede ir

Internacional de los Derechos del Niño, y su relación con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Consecuencias en la actuación notarial”, cit., pp. 189-190, 191 y 195).

⁴⁹ Así se señala, por ejemplo, en el *Study of Disability in EC Development Cooperation*, en el que se diferencia la evolución que se ha producido a través de cuatro paradigmas, el de la caridad, el médico, el social y el de los derechos humanos, señalando que “La CDPD está basada en el enfoque de los derechos humanos, el cuál ha sido también adoptado por la UE” (*Study of Disability in EC Development Cooperation*, Framework contract commission 2007 Lot nr 4, Contract Nr 2009/223185, Final report Draft, September 29th 2010, Experts: Peter Coleridge, Claude Simonnot and Dominique Steverlyncq, p. 29 –la traducción es responsabilidad mía–).

vinculado a un límite de edad o a un tipo de discapacidad-, habrá de procurarse siempre que el ejercicio del derecho se corresponda con lo que sería la “auténtica” voluntad del niño⁵⁰.

Esta segunda consideración afecta a dos posibles situaciones.

Una se daría cuando se considere que el niño, con o sin discapacidad, no puede ejercer libremente el derecho que se trate, pero que sí lo podrá hacer una vez que haya recibido el apoyo necesario. En este caso deberá de contar con todas esas medidas de apoyo y después poder ejercer su derecho libremente.

La otra posible situación se daría cuando se considere que el niño, con o sin discapacidad, no puede ejercer libremente el derecho que se trate ni aún recibiendo el apoyo necesario. En este caso el derecho en cuestión se ejercerá por una tercera persona habilitada al efecto, tras la debida participación del niño y tras recibir éste el apoyo necesario, procurando siempre que ese ejercicio se corresponda con lo que cabe entender que en ese caso sería la “auténtica” voluntad del niño, con o sin discapacidad, titular del derecho.

IGNACIO CAMPOY CERVERA

Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

Universidad Carlos III de Madrid

c/Madrid, 126

Getafe 28903 Madrid

e-mail: ignacio.campoy@uc3m.es

⁵⁰ Esto supone que nunca se ha de sustituir la “auténtica” voluntad del niño, con o sin discapacidad, por la de quien tome la decisión última respecto al ejercicio del derecho (tampoco con la antigua justificación de estar actuando para proteger su “interés superior”).