



## ESCRITOS JURÍDICOS TFW

PRODUCIDO POR EL ÁREA DE DERECHO DE THE FAMILY WATCH

# La Convención sobre los derechos del niño: una aproximación desde la perspectiva de familia

Carlos Martínez de Aguirre – Catedrático de Derecho Civil. Presidente de The Family Watch.

3/2014

---

*El 20 de septiembre de 1990 entró en vigor la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989: nos acercamos, pues, a los 25 años de su aprobación y entrada en vigor. Puede ser oportuno empezar a hacer balance de su eficacia, y plantearse los retos de futuro. En este escrito voy a abordar brevemente algunos aspectos de dicha Convención, pero desde la perspectiva de familia.*

### Una Convención importante

Antes de entrar en el análisis anunciado, me parece oportuno aportar brevemente algunos datos que ayuden a realizar ese balance. El primero es muy conocido: 193 países la han ratificado, lo que hace que esta Convención sea la que cuenta con mayor número de países adheridos; ratificaciones, además, que se produjeron con enorme rapidez, lo que propició la pronta entrada en vigor de la propia Convención, antes de que transcurriera un año desde su aprobación; en el lado negativo, hay que mencionar el altísimo número de reservas formuladas por los Estados signatarios, que en muchas ocasiones merman la eficacia real de la Convención. También hay que destacar que pese a todo la Convención es un Tratado vinculante para los Estados que lo han ratificado, y no una mera declaración de buenas intenciones, como lo fue (pese a su innegable importancia) la Declaración de Derechos del Niño de 1959.

Para seguir adelante con el balance, usaré el que hizo en 2009 la Oficina Internacional Católica de la Infancia, en su Llamamiento mundial para una nueva movilización a favor de la infancia. Dicho documento, tras afirmar que la Convención marcó un momento histórico, al permitir una nueva mirada sobre el niño, y que gracias a ella se han producido progresos reales y constatables, afirma que los compromisos contraídos mediante su firma están todavía muy lejos de ser respetados; y, en concreto, denuncia:

“Niños soldados, niños trabajadores en condiciones ingratas y peligrosas, niños abusados, violados, objeto de toda forma de violencia, niños obligados a huir sin cesar con o sin familia debido a las guerras, el hambre, los cataclismos naturales, niños abandonados y rechazados por todos, obligados a vivir en la calle, niños “brujos”, sin educación, sin patria, sin documentos.... Niños que debido a la fragilidad de las familias, la urbanización masiva, la degradación del medioambiente, la globalización que incrementa las desigualdades se han hecho más vulnerables. Actualmente, la crisis económica que se extiende a escala planetaria acrecienta las amenazas que pesan sobre millones de ellos.

Todos estos niños (sigue el documento) tienen algo en común: han sido “desarraigados”. Desarraigo físico, a veces brutal, de sus países o del lugar en el que deberían haber crecido; también desarraigo psicosocial, más íntimo, causa de un choque aún más profundo, cuando no reciben amor, ni son escuchados, cuando viven al margen de una familia o de la sociedad, cuando no se inscriben dentro de una descendencia, heredera de una colectividad humana vinculada a su cultura y a su historia. Estos niños se encuentran “desarraigados” de un espacio de vida humano indispensable, de la posibilidad de crecer equilibradamente en un ambiente de respeto afectuoso y verdadero”.

### La familia en la Convención de Derechos del Niño

Precisamente este concepto de desarraigo, que me parece clave en el planteamiento del documento que vengo citando, evoca el primer ámbito de arraigo del niño, que es la familia. De hecho (y con esto volvemos ya a la Convención) un breve repaso a su texto demuestra que en el planteamiento de la Convención, la familia juega un papel de primer orden en el desarrollo del niño, y por lo tanto, en el respeto de sus derechos.

Así se manifiesta en el Preámbulo, que expresamente afirma que “la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”, y a continuación que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Pero estas afirmaciones no se quedan en el Preámbulo, sino que pasan al texto articulado. No quiero cansarles con una exposición detallada, pero puede no estar de más citar aquí algunos de esos artículos: así, por ejemplo, el art. 5, que obliga a los Estados a respetar la responsabilidades, derechos y deberes de los padres, que son quienes deben orientar a sus hijos en el ejercicio de los derechos contenidos en la Convención; o el art. 7, que afirma el derecho del niño a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos; o el art. 8, que impone a los Estados la obligación de respetar las relaciones familiares del niño; o, por fin, el art. 9, que dispone que los Estados han de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos. Y cabría mencionar, todavía, a distintos efectos, los arts. 14, 18, 20, 22, 27 o 29. Como puede verse, de diferentes maneras y a diversos efectos la Convención reconoce el papel primordial que corresponde a la familia en el desarrollo del niño.

### **La familia como el medio ambiente propio del niño: autonomía v.s. protección**

En esto la Convención no hace sino reconocer una realidad que podemos expresar diciendo, en términos caros a nuestro tiempo, que la familia es el medio ambiente adecuado para el desarrollo del niño: un entorno natural altísimamente especializado, diseñado para proporcionar al niño, desde su nacimiento, la protección que precisa, así como para satisfacer sus necesidades físicas, pero también (y esto es lo propio de la especie humana) sus necesidades intelectuales, volitivas y afectivas: si se me permite decirlo, también porque desarrollaré la imagen más adelante, en la familia el niño se encuentra como el pez en el agua. Me parece claro que una lectura no sesgada, sin prejuicios, de la Convención conduce a esta conclusión.

Cabría también, sin embargo, hacer otra lectura diferente de la Convención en clave dialéctica, que contrapondría los derechos del niño y los de la familia: como si la afirmación de la personalidad del niño debiera tener como consecuencia inevitable el debilitamiento de la familia: no han faltado voces en este sentido, algunas para aplaudirlo, otras para advertir sobre ese riesgo o rechazarlo. Vale la pena detenerse brevemente en esta cuestión, que nos servirá también para resaltar algunas de las contradicciones o paradojas presentes en nuestro Derecho, y en nuestra sociedad.

Ciertamente, en presencia de patologías familiares (por poner un ejemplo claro: violencia intrafamiliar contra los niños), lo que procede es intervenir para remediar esa situación, normalmente extrayendo al niño de ese núcleo familiar y, en su caso, insertándolo en otro que cumpla adecuadamente su función, mediante una adopción o un acogimiento familiar. Pero no me voy a referir a estos supuestos patológicos, sino a la normalidad de la vida familiar.

En la Convención cabe encontrar, efectivamente, una cierta tensión entre el fomento de la autonomía del niño, y la necesidad que el niño tiene de una especial protección, protección que le es brindada por la familia, y que en ocasiones puede suponer una limitación de su autonomía. Esta tensión responde, en primer lugar, a las diferentes posturas que concurrieron en la elaboración del texto de la Convención: una que hacía hincapié en la necesidad de protección, y otra que enfatizaba el fomento de la autonomía.

Más allá de esto (que es cierto), creo que esa tensión responde también a algo que es común a muchos tratamientos legales de la situación de los niños, y en general del régimen jurídico de la minoría de edad: me refiero a la pretensión (en muchos aspectos justificable) de dar un tratamiento legal homogéneo a situaciones que por naturaleza son heterogéneas, y cambiantes. En efecto, de acuerdo con el art. 1 de la Convención, “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”; y a ese niño se le aplica el texto de la Convención y el conjunto de derechos contenidos en ella. Sin embargo, conviene reparar en que no es lo mismo, a efectos de muchos de tales derechos, que el niño tenga una u otra edad, porque su capacidad natural de conocer y querer (de la que depende directamente la posibilidad de ejercitar tales derechos) es muy diferente. Así, no hay duda de que todo niño tiene derecho a la vida (art. 6), con independencia de su edad y su desarrollo. Sin embargo, la libertad de expresión (art. 13) o la de pensamiento (14) presuponen un determinado desarrollo intelectual, que no existe, por ejemplo, en un recién nacido, cuya única capacidad de expresión se reduce a llorar; así, esos derechos carecen de contenido propio en relación con muchos niños (los de edades más bajas), mientras que tienen pleno sentido en los niños (y la expresión choca) de más edad: por ejemplo, a los 16 o 17 años. Que esto es así viene a ser reconocido implícitamente en la Convención por el art. 14.2, cuando dispone que “los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres... de guiar al niño en el ejercicio de su derecho (de libertad de pensamiento, conciencia y religión) de modo conforme a la evolución de sus facultades”. Perder de vista que el niño en un ser humano en proceso de progresiva adquisición de la plenitud de sus capacidades, lastra la interpretación y aplicación de estas reglas, como en general de todas las relativas a la edad. Por todo ello, es preciso contextualizar conceptualmente los diferentes derechos que recoge la Convención, para determinar en cada caso en qué niño está pensando: en todos (como ocurre con el derecho a la vida), en los recién nacidos (como ocurre con el derecho a ser inscrito inmediatamente después del nacimiento: art. 7), o en niños cercanos a la mayoría de edad (como ocurre con la libertad de expresión, o la de pensamiento).

En esta sede, la idea clave es la de que a menos edad, más protección; y la mayor protección, entraña limitación de la autonomía legal de unos niños que, en realidad, carecen de capacidad natural para ser autónomos; y, a la inversa, a mayor edad del

niño, menos necesarios son los mecanismos de protección, y mayor debe ser la autonomía legal, porque la finalidad de todo este proceso es que al llegar a los 18 años el niño sea ya por completo autónomo, legalmente pero también intelectual, volitiva y afectivamente. También aquí el papel de la familia es clave: es en la familia donde se le protege, es en la familia donde aprende a ser autónomo. Y el éxito de la familia reside precisamente en conseguir que, cuando pase a adulto, sea efectivamente autónomo: la contraposición en este ámbito entre familia y niño sería tan artificiosa como contraponer pez y agua, o como pretender que para que el pez pueda ser autónomo lo que hay que hacer es sacarle del agua. Y, como he dicho antes, si el agua está contaminada, lo que hay que hacer es regenerarla, o cambiar al pez de agua, pero no sacarle del agua.

Así pues, hay un proceso natural de desarrollo del niño, durante el que aprende a conocer y ejercitar sus derechos, en el marco de una familia en la que encuentra ámbitos crecientes de autonomía, y que mientras tanto le ofrece la protección adecuada a su desarrollo. Esto se complementa con la idea de que el apoyo y protección que brinda la familia son más necesarios, incluso en edades avanzadas del niño, cuando los problemas o decisiones a los que debe hacer frente son más importantes: para comprar un piso hace falta más madurez que para comprar golosinas, y por tanto podemos dejar que compren golosinas solos niños a quienes ni se nos ocurriría dejar que compraran un piso.

Cuando se prescinde de estas realidades, es cuando se producen paradojas y contradicciones, porque se acaba limitando la autonomía para decisiones poco relevantes, y ampliándola para las más importantes, de manera que, por ejemplo, haga falta permiso por escrito de los padres para ponerse un piercing o para ir de excursión con el colegio, pero no para abortar, cuando esto último puede marcar mucho más decisivamente la vida de la niña que aquello. En este caso, lo que se hace es privar a esos niños cuasi-adultos de la protección que siguen necesitando, y precisamente cuando más la necesitan. Lo que ocurre es que nuestro Derecho no sabe muy bien qué hacer con el menor, ni como tratarle, y de ahí las contradicciones y paradojas en que incurre. El problema es que la víctima de todo eso es, en primer lugar, el propio menor.

Voy concluyendo ya. Si el problema básico al que me refería antes es el del desarraigo del niño, la mejor forma de protegerse es cuidando su arraigo, en primer lugar en la tierra en la que ha nacido, que es la familia. Es allí donde podrá aprender a ser progresivamente autónomo, de acuerdo con las etapas de su desarrollo, rodeado de la protección adecuada a esas mismas etapas: no más, porque limitaría no solo su autonomía, sino sobre todo su capacidad de ser autónomo; pero tampoco menos, porque sigue siendo un niño, necesitado de una protección específicamente adaptada a su desarrollo.

Si la mejor forma de proteger a los peces es cuidar el agua, la mejor forma de proteger al niño es cuidar de la familia que cuida de él: permitirle desarrollar adecuadamente su función, apoyarla, eliminar obstáculos, no ponerle más dificultades. Con todo, antes de terminar, me gustaría, repetir la cita del Preámbulo de la Convención, que me parece especialmente significativa: “la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”, y a continuación que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

© The Family Watch 2014

Las opiniones expresadas en este documento no reflejan necesariamente los puntos de vista de la International Federation for Family Development, The Family Watch o cualquier otra institución. Se publica bajo una licencia Creative Commons de atribución no comercial 3.0 Unported.

---