

Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos

Por NEIL McCORMICK

Edimburgo

Este artículo fue escrito por primera vez como comunicación al Congreso de la Sociedad de Filosofía Jurídica y Social del Reino Unido (la sección británica de IVR) celebrado en Cambridge en 1975. Posteriormente fue publicado de nuevo en ARSP, 62 (1976), y nuevamente en 1982 como un capítulo de mi libro Legal Right and Social Democracy.

Aunque mi primera formación en filosofía tuvo lugar en Glasgow (con C. A. Campbell, W. G. MacLagan, R. J. Hist, W. D. Lamont y R. S. Downie; también H. Horsburgh y J. J. Russell), mi trabajo inicial como filósofo del Derecho (en Dundee, 1965-67, y en Oxford, 1967-72) estuvo fuertemente influenciado por la jurisprudencia analítica de H. L. A. Hart y por el estilo filosófico del «análisis lingüístico». Sin embargo, aunque trabajaba en esta línea, me encontré insatisfecho con algunos aspectos del análisis del derecho y de los conceptos jurídicos de Hart.

En particular, su análisis del concepto de «derecho legal», propuesto en su obra Definition and Theory in Jurisprudence, me parecía inconsistente por dos razones: en primer lugar, sugería como esencial para la titularidad del derecho la facultad de interponer reclamaciones o de desistir de ellas; en segundo lugar, sostenía que las afirmaciones acerca de derechos debían ser consideradas «conclusiones jurídicas». Lo primero excluía la posibilidad de reconocimiento de derechos a los niños. Lo segundo implicaba que los derechos no podían constituir premisas del razonamiento jurídico o moral.

Mi escrito se basa en la discusión acerca de los derechos a los niños para desarrollar una teoría alternativa de los derechos como algo basado en lo que es bueno para los individuos en lugar de en el poder o en la elección de su voluntad; y para recordar que los derechos sí pueden ser premisas del razonamiento moral. En ambas cuestiones, este escrito fue continuado y desarrollado posteriormente por «Rights in Legislation», publicado en Law, Morality and Society

(a c. de P. M. S. Hacker y J. Raz, Oxford, 1977). La idea general de que una teoría de los derechos debe estar basada en una teoría del bien es importante por varios de los ensayos principales de *Legal Right and Social Democracy*.

Mi crítica general a Hart es que en su obra existen algunas intuiciones importantes que él mismo no desarrolló con la suficiente profundidad. Especialmente importante es su idea de que las normas y las reglas deben ser explicadas e interpretadas «desde el punto de vista interno», una idea que puede ser conectada con ciertos aspectos de la hermenéutica jurídica. Mi primera crítica en esta línea fue en relación con el concepto de «obligación», en el trabajo «Legal Obligation and the Imperative Fallacy», publicado en Oxford Essays in Jurisprudence, 2nd series (a c. de A. W. B. Simpson, Oxford, 1973). El desarrollo más completo de esta parte de mi contribución a la teoría jurídica se encuentra en el libro H. L. A. Hart (Londres, 1981).

En este momento estoy tratando de reunir todas mis ideas analíticas en una obra titulada provisionalmente The Concepts of Law, que espero estará dispuesta para su publicación en 1991.

No estoy seguro de poder ofrecer, y menos aún justificar, una lista exhaustiva de los derechos que tienen los niños, pero no siento ninguna dificultad en afirmar que tienen derechos. No tengo ninguna teoría de los derechos de los niños, pero sí tengo al menos una teoría de los derechos según la cual puede tener sentido afirmar que los niños los tienen. Precisamente, porque el concepto de «derechos de los niños» difícilmente cuadra con algunas teorías que tratan de explicar lo que significa que una persona tenga un derecho, los derechos de los niños constituyen un supuesto idóneo para verificar las teorías de los derechos en general.

Pero vayamos por partes. Aclaremos que tiene sentido atribuir derechos a los niños en general antes de delinear teorías sustantivas acerca de los derechos que puedan serles reconocidos. Esta es la idea principal que desarrollaremos en este trabajo.

En términos generales existen dos teorías contrapuestas acerca de la naturaleza de los derechos (1): la teoría que afirma que tener un derecho equivale al reconocimiento legal o moral de que la opción de un individuo es preeminente sobre la voluntad de otros en una materia y en una relación dada, y la que afirma que tener un derecho significa tener los propios intereses protegidos de cierta manera por la imposición de limitaciones normativas (legales o morales) a los actos y actividades de otras personas con relación al objeto de los intereses propios. Entre las variadas manifestaciones de la teoría de la

(1) *Vid., p. ej., PATON, G. W.: A text-book of Jurisprudence, 4.^a ed., Oxford, 1972, a.c. de W. Paton y D. P. Derham, pp. 285-90, que ofrece una visión general de esta oposición de teorías.*

voluntad y de la teoría del interés, ha habido una larga serie de disputas, pero nunca concluyentes. Aquí nos encontramos con una verdadera prueba demostrativa a la luz de la cual mostraré, para mi entera satisfacción, la insostenibilidad de la teoría de la voluntad en cualquiera de sus formas, en lugar de la cual sugeriré como alternativa una teoría situada más bien en la línea de las tradicionales teorías del interés.

Permítanme partir de lo que me parece una afirmación simple y difícilmente contestable: al menos desde su nacimiento, todo niño tiene derecho a ser alimentado, cuidado, y si es posible, querido, hasta que llegue a ser capaz de cuidarse por sí mismo. Al decir esto, estoy pensando ante todo en un derecho moral. Y consideraría como ceguera moral absoluta que alguien dejara de reconocer que todo niño tiene ese derecho. Ciertamente no se trata de un derecho legal universalmente reconocido —piénsese en la Roma republicana—, pero a mi modo de ver eso significa tan sólo que algunos o quizá muchos ordenamientos jurídicos han sido moralmente deficientes, lo que al fin y al cabo tampoco es una observación deslumbrante. (Da la casualidad de que nuestros ordenamientos sí que otorgan el derecho en cuestión, esto es, para nosotros se trata de un derecho tanto legal como moral).

Existen, sin embargo, personas de clara división y agudeza moral que negarían, no la creencia moral que se encuentra en el fondo del reconocimiento de ese derecho a todos los niños, sino el que sea apropiado expresar tal creencia moral utilizando como recurso léxico el término «derecho»: decid, si queréis, que la moral exige, o que el derecho exige, que todos los niños sean educados, cuidados y, si es posible, amados, pero nunca digáis que tienen derecho a recibir tal tratamiento, pues utilizar en este sentido el término «derecho» es confundir.

Tal objeción se funda en la teoría voluntarista de los derechos. Podría explicarse, según ha expuesto H. L. A. Hart (2) de la siguiente manera: Los derechos (entiéndase «derechos-pretensión», «derechos de recepción») (3) presuponen deberes correlativos. Los deberes existen cuando hay normas sociales o jurídicas en virtud de las cuales se requiere que los individuos, en ciertas circunstancias, actúen o se

(2) Vid., HART, H. L. A.: *Definition and theory in Jurisprudence*, en «LQR 70» (1954), pp. 37 y ss., especialmente p. 49; *Are there any Natural Rights?*, en «Political Philosophy», a cargo de A. M. Quinton, Oxford, 1968, especialmente en p. 58., donde dice que reconocer derechos a los niños pequeños o a los animales es «hacer un mal uso del término "derecho"»; *Bentham on legal Rights*, en «Oxford Essays in Jurisprudence. Second series», a cargo de A. W. Simpson, Oxford, 1973. Otro ejemplo reciente de un argumento esencialmente similar es ofrecido por KAMBA, W. J.: *Legal Theory and Hohfeld's Analysis of a Legal Right*, *Jur. Rev.*, 1974, pp. 249-62.

(3) Sobre la terminología vid., HOHFELD, W. N.: *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, 1919, 3.^a ed., 1964; sobre la expresión «derechos de recepción», vid., RAPHAEL, D. D.: *Problems of Political Philosophy*, Londres, 1970, pp. 68-71.

abstengan de actuar de un determinado modo. Para un individuo que se encuentre en el supuesto previsto por una norma de este tipo, existe el deber de actuar o de abstenerse de actuar según lo que ésta fije. Algunas normas que imponen deberes prevén que la ejecución por el titular del deber del acto (o de la abstención) requerido esté condicionada a la elección de alguna otra persona, en alguno de los dos sentidos siguientes: porque sólo tenga que ser ejecutado si ésta lo requiere, o bien porque esta otra persona pueda renunciar al requerimiento, y, en tal caso, el acto (o la abstención) no necesita ser ejecutado. Si la exigencia de que A cumpla su deber se deja —en alguno de los dos sentidos expuestos— al arbitrio de B, se puede decir con propiedad que B tiene un derecho frente a A, un derecho a que A actúe o se abstenga de actuar del modo contemplado en la norma. Desde ese punto de vista un derecho legal o moral equivale a un poder legal o moral de renuncia o de exigencia de deberes, y, en cualquier caso, los derechos sólo existen cuando unas personas tienen tal poder normativo sobre los deberes de las otras (aunque este análisis sólo se aplica a los «derechos-pretensión» en el esquema de Honfels, la teoría sugiere que el rasgo común de todos los tipos de derechos es el carácter central que se atribuye a la elección o a la voluntad del titular del derecho en una relación dada).

Si se acepta como satisfactorio el uso del término «derecho» que se desprende del punto de vista expuesto, entonces resulta sin duda una ineptitud reconocer a los niños el derecho a la alimentación, el cuidado y el amor. Un niño pequeño no puede, ni fáctica, ni moral, ni legalmente, relevar a sus padres (4) de su deber hacia él en tales materias.

Pero los partidarios de la teoría voluntarista (1) tienen una táctica prevista para evitar el odioso ejemplo de los niños. Dicen que es suficiente que, en lugar de B, otra persona C actuando en nombre de B tenga los relevantes poderes sobre el deber de A con relación a B.

Para el caso que estamos considerando, dicha táctica no puede emplearse. Normalmente, en el caso de los niños, la persona que actúa en asuntos jurídicos (o incluso en asuntos sociales) en nombre del niño es su padre o tutor. Pero, además, es al menos imaginable un ordenamiento jurídico en el que el deber del padre de cuidar y educar a su hijo no esté sujeto ni a que el padre se dirija a sí mismo un requerimiento en nombre del hijo ni siquiera a posibilidad alguna de renuncia por el padre como representante del hijo. Esto es así aunque la ley otorgue al padre poderes de renuncia o exigencia de deberes que tienen frente al hijo terceras personas. Más todavía, en

(4) Aquí, y en general, asumo en pro de la sencillez que el deber hacia los hijos recae en primer término sobre los padres naturales. Pero, como se señala más abajo, la opinión de que los niños tengan el derecho en cuestión no implica necesariamente que sean los *padres* quienes tengan el deber correlativo. Por supuesto, en pro de la sencillez, no contemplo las cuestiones de adopción, legitimidad...

términos morales no parece que haya motivo alguno para suponer que el niño o quien actúe en su nombre esté autorizado para renunciar al deber del padre o para permitir de algún modo su incumplimiento.

Puede argumentarse que los ordenamientos jurídicos vigentes en Gran Bretaña otorgan precisamente ese poder a ciertos funcionarios públicos, existiendo procedimientos por los cuales, en determinadas circunstancias, los padres pueden ser privados de la potestad de cuidado de sus hijos, que se transfiere a otras personas, en cumplimiento de una orden judicial. Sin llegar a tal extremo, además, ciertos funcionarios, actuando en interés de los hijos, tienen poder para obligar de diversas maneras a los padres cuyo cumplimiento de los deberes paternos es de algún modo deficiente.

Quien rehace la teoría voluntarista, como yo hago, puede afirmar, como afirmo yo, que tales disposiciones legales son deseables porque protegen y formentan los derechos de los niños. Considerar tales poderes como constitutivos de derechos (como hace la teoría voluntarista) significa cerrar la posibilidad de fundamentarlos sobre la base de que protegen derechos que de otro modo podrían estar inermes y, por tanto, en mi opinión, confundir el derecho sustantivo con disposiciones adjetivas para remediar situaciones de emergencia. Hacer del brocardo *ubi remedium, ibi ius* una verdad analítica es muestra de un anglocentrismo excesivo.

En cualquier caso, el ejemplo de tales disposiciones legales no sirve para salvar la teoría de que los poderes de renuncia o exigencia, aun atribuidos precisamente en defensa de los derechos, son los constitutivos esenciales de éstos. Si un niño es separado de la tutela de sus padres y confiado al cuidado de otra persona, tal medida no es una renuncia al deber de los padres, los cuales pueden incluso ser castigados por las acciones u omisiones que justifican la orden. Lo que ocurre es que, en interés del niño, el cumplimiento de las funciones de cuidado y educación es —especialmente en la primera infancia— de una importancia tan radical, que se nombra a otra persona para que asuma el deber de cumplirlas sobre la base de que el padre es incapaz de hacerlo o se niega a ello temporal o definitivamente. Se trata de un cumplimiento por sustitución de un deber que es tan importante para los intereses del niño, que los remedios resarcitorios o penales de su incumplimiento son inadecuados. Cumplimiento por sustitución no es renuncia. No se trata de liberar al padre, sino de proteger al niño. En consecuencia, la transferencia de la potestad de cuidado no implica exonerar al padre de su deber en el sentido de que quede libre de posibles sanciones por su incumplimiento.

Por lo que se refiere a las disposiciones legales que no llegan a transferir el cuidado del niño, éstas carecen del carácter discrecional esencial a la teoría voluntarista. Aquí no se trata de que el niño o quien actúe en su nombre tenga la opción de exigir el cumplimiento

del deber de cuidado y educación, como una opción que pueda ser ejercitada o no de acuerdo con una elección arbitraria. Si el niño necesita un mayor cuidado que el que se le está dando, no existe ningún margen de arbitrio, ese mayor cuidado debe serle dado. Por supuesto, existe arbitrio al juzgar cualquier cuestión relativa a *necesidades*, pero se trata de un tipo de arbitrio distinto al que contempla la teoría voluntarista.

Como dicen los abogados, tenemos que decidirnos. O bien dejamos de reconocer a los niños el derecho al cuidado y a la educación, o bien abandonamos la teoría voluntarista. Por mi parte, no tengo ninguna duda en seguir la última opción. No me causa ningún escándalo intelectual o trauma mental afirmar que los niños tienen ese derecho. Incluso más: me atrevo a declarar que es *porque* los niños tienen ese derecho por lo que es bueno que existan previsiones legales que animen y ayuden a los padres a cumplir su deber de cuidado y alimentación, y secundariamente prevean su cumplimiento por padres adoptivos si los padres naturales no están cualificados para ello por muerte, incapacidad o negligencia voluntaria y persistente. *Ubi ius, ibi remedium*. No es el remedio constitutivo del derecho, sino que, más bien al contrario, el reconocimiento del derecho justifica la previsión del remedio.

¿Es esto meramente un asunto trivial de preferencias lingüísticas? Sólo en una pequeña parte. Pienso que es importante moralmente que reconozcamos la importancia moral y la significación de los derechos morales, y que es útil legalmente que tengamos una concepción clara de los derechos legales que reconozca la relación directamente analógica entre derechos legales y derechos morales (que sean analógicos en la forma no quiere decir, por supuesto, que sean idénticos en el fondo). Al afirmar esto, estoy decretando, por supuesto, la condena póstuma de Bentham. Desde su punto de vista, la locución «derecho moral» era o bien un circunloquio para hablar de lo que debe hacerse, o bien sencillamente una forma confusa de afirmar que la ley debe otorgar ciertos derechos, o bien sencillamente una expresión sin sentido (5).

Yo replico que existe una diferencia significativa entre afirmar que todo niño debe ser nutrido, educado y, si es posible, amado, y afirmar que todo niño tiene derecho al cuidado, la nutrición y el amor. Una forma de mostrar la diferencia es probar que existen argumentos que podrían servir como justificación de la primera afirmación, pero no pueden ser apuntados sensatamente como justificación de la segunda. En la línea de Swift (*Modest Proposal*) se podría sugerir como razón por la que los niños deben ser cuidados, alimentados y amados, que esa sería la mejor forma de hacer de ellos criaturas sanas

(5) Vid., p. ej., *Bentham's Works*, a cargo de Bowring (1843), vol. II, pp. 501 y ss., y vol. III, p. 221 y ss.

y felices que aumenten la dieta nacional. O bien, se podría argumentar que una sociedad sana requiere niños sanos y bien alimentados que más tarde sean adultos satisfechos y responsables capaces de contribuir al PNB y que no representen una carga para la Seguridad Social ni para las Instituciones Penitenciarias.

Por supuesto, sólo uno de estos argumentos es un argumento moral, o siquiera un argumento serio. Pero ninguno de ellos puede ser usado para justificar la afirmación de que los niños tienen derecho al cuidado, la educación y el amor. ¿Por qué no? Porque ambos aportan razones para proporcionar a los niños cuidado, alimentación y afecto sólo sobre la base de que su bienestar es un buen medio para un fin ulterior. No estoy diciendo que no pueda haber argumentos morales de que ciertos seres deban ser tratados de un determinado modo para alcanzar un fin distinto de su bienestar. Lo que estoy diciendo es que tales argumentos son absolutamente estériles para justificar el reconocimiento de un derecho a ese trato. Consideremos lo absurdo que es afirmar que los pavos tienen derecho a ser bien alimentados para estar buenos en la cena de Navidad, o afirmar que los niños tienen derecho al cuidado y la educación mientras que no se conviertan en una carga para el contribuyente. No se habrá pasado por alto que igual de absurdo es afirmar que los niños tienen derecho al cuidado porque esa es una forma de maximizar la utilidad general. Por ello, no es en absoluto sorprendente que Bentham despreciara tanto la noción de derechos morales, lo que es sorprendente es que alguien le crea.

Argumentar, por otro lado, que todo niño es un ser cuyas necesidades y capacidades exigen nuestro respeto, de modo que negarle los medios para satisfacerlas (al menos cuando es posible proporcionárselos), sería incorrecto en sí mismo independientemente de ulteriores ventajas o desventajas para terceros, sería argumentar en pro de la opinión según la cual los niños tienen derechos. En términos generales, el reconocimiento de un derecho a una clase de seres parece requerir de los siguientes presupuestos: para la clase en cuestión (en nuestro caso, los niños) hay algún acto u omisión (en nuestro caso, los actos y omisiones implicados en el cuidado, la educación y el amor) cuya realización, en el caso de todos y cada uno de los miembros de esa clase, está destinada a satisfacer o proteger alguna necesidad, interés o deseo de cada uno, y, en segundo lugar, la satisfacción de esa necesidad, interés o deseo es de tal importancia, que sería incorrecto denegarla a cualquiera de ellos, independientemente de las ulteriores ventajas que se puedan derivar. Por supuesto la segunda de estas condiciones es intrínsecamente polémica, y se podría discutir interminablemente sobre si la negación de un trato a todo miembro de un clase dada sería erróneo. Pero afirmar esto es afirmar algo obvio: que los derechos pertenecen a la clase de conceptos esencialmente polémicos.

Incluso esa formulación general es quizá demasiado específica, pues innecesariamente suscita cuestiones morales sustantivas al unir la noción de «tener derechos» exclusivamente a categorías de «querer», tales como necesidades, intereses y deseos. Este es el error característico de la «teoría del interés». Es indiscutible que la satisfacción de necesidades, intereses y deseos es una parte del bien del individuo, pero es discutible que tal satisfacción constituya todo el bien. Una relación formal de derechos puede y debe ser neutral con respecto a esta cuestión moral sustantiva. Por ello, generalizando un poco más, diré: reconocer a todos los miembros de una clase C un derecho a un trato T, significa presuponer que T es, en circunstancias normales, un bien para todos los miembros de C, y un bien de tal importancia que sería injusto denegarlo o retirárselo a cualquier miembro de C. Esto por lo que se refiere a los derechos morales. En relación con los derechos legales diré: si un derecho a T es conferido por la ley a todos los miembros de C, la ley está protegiendo de antemano los intereses de todos y cada uno de los miembros de C sobre la base de que T es un bien para todos los miembros de C, y la ley tiene el efecto de declarar ilegal al retirar T de cualquier miembro de C.

Lo que se ha dicho puede dar lugar a pensar que no es posible creer en la categoría de los «derechos morales» al menos que se acepte de alguna manera el principio de que los seres racionales deben ser respetados como fines en sí mismos. Estoy de acuerdo. La creencia en el respeto a las personas es, en efecto, una condición esencial previa a la creencia en los derechos morales. Y el respeto a los demás es un principio moral fundamental y básico (6).

En todo caso, espero que las reflexiones anteriores hayan indicado por qué la proposición según la cual todos los niños deben ser cuidados, educados y queridos no es ni mucho menos idéntica a la proposición según la cual todo niño tiene derecho a ser tratado así. Es, desde luego, posible, y ahora es posible ver por qué es así, considerar la última proposición como una justificación específica de la primera, pero no viceversa. También es obviamente cierto que el reconocimiento a los niños de ese derecho moral puede ser señalado como razón por la cual se les debe otorgar el derecho legal correspondiente. Sin embargo, que una de ambas proposiciones pueda ser aducida con propiedad como razón de la otra, indica, precisamente, que Bentham estaba equivocado al considerarlas idénticas (o, mejor dicho, al considerar que la primera era reducible a la última, en caso de que alguna de las dos tuviera sentido).

Lo que he dicho hasta ahora parece indicar, al menos, la posibilidad de que los derechos sean o puedan ser lógicamente anteriores

(6) Naturalmente, esto da lugar a muchas preguntas; pero me apoyaré en el persuasivo Discurso Presidencial de David Raphael a la Sociedad Aristotélica (RAPHAEL, D. D.: *The Standard of Morals*, XCVI, «Proc. Arist. Soc.», 1974-75).

a los deberes. Esto puede resultar asombroso, pero es cierto. Probablemente Austin y Hohfeld se escandalicen, pero puedo apelar a la ley para mitigar el escándalo, mostrando que a veces la ley concede derechos que son lógicamente anteriores a los deberes. Un ejemplo interesante de un derecho otorgado por la ley a los niños puede encontrarse en la sección 2.1 a) de la Ley de Sucesiones de Escocia de 1964: «De acuerdo con los siguientes preceptos de esta parte de la presente ley: a) cuando una persona muere sin testamento, los hijos que sobrevivan tendrán derecho a la totalidad de la herencia intestada».

En virtud del precepto, cuando una persona domiciliada en Escocia muere sin haber dejado testamento válido, sus hijos (de existir) adquieren automáticamente un derecho a la totalidad de esa parte de su herencia denominada por la ley «herencia intestada». En el momento de su adquisición, ese derecho no es un «derecho real» que conlleve la propiedad de la herencia o de alguna parte de ella. Es un derecho a recibir, a su debido tiempo, una parte proporcional de los bienes que permanezcan en manos del albacea tras la satisfacción de los derechos preferentes. Pero nótese que en el momento en que el derecho es adquirido no existe todavía albacea alguno sobre el que recaiga el deber correlativo. El albacea debe ser confirmado o nombrado judicialmente en su momento y, además, si la herencia es solvente, aquellos que tienen derechos sobre la misma son normalmente preferidos para el nombramiento de un albacea dativo. Así pues, cualquier hijo de suficiente edad puede —en virtud del derecho conferido por la ley— tener un derecho resultante a ser nombrado albacea. Por el nombramiento adquirirá los deberes de albacea, incluido el deber de distribuir la herencia intestada a aquellos —entre ellos él mismo— que tengan derecho a ella en virtud de la sección 2.

La interpretación del citado precepto legal indica que la titularidad de derechos puede ser anterior tanto temporal como lógicamente a la titularidad de deberes correlativos. Siendo así, ya no puede ser una objeción válida a la argumentación anterior la que contemple la posibilidad de que los derechos sean lógicamente anteriores a los deberes. Por otro lado, puede apreciarse que el precepto no sería inteligible si la teoría voluntarista tuviera razón.

Ciertamente, no me parece que pueda suscitarse objeción alguna a la afirmación de que, *porque* los niños tienen derecho al cuidado y la educación, los padres tienen el deber de cuidarles. Puede haber otras razones distintas (por ejemplo, ahorrar dinero a los contribuyentes) para imponer tal deber a los padres o a quien quiera que le sea impuesto, pero el reconocimiento de derechos a los niños es una razón clara para hacerlo. A mí me parece un punto de vista mucho más curioso el suponer que la titularidad del deber por los padres es un prerrequisito lógico de la titularidad del derecho por los

hijos; *a fortiori* si se añade que alguien tiene que vigilar su cumplimiento.

Con toda seguridad, tiene mucho más sentido la opinión según la cual el deber de educación y cuidado incumbe a los padres en primera instancia porque los niños tienen el derecho, y porque los padres tienen una particular relación con sus hijos. Pero sólo en primera instancia; en defecto de los padres (muerte, incapacidad, negligencia), el derecho del niño sigue en pie y deben buscarse otros medios para atenderlo. El que en las sociedades modernas la responsabilidad se transfiera al Estado indica sólo una posible solución del problema.

Puede haber otros casos en que estemos mucho más seguros de que los niños tienen derecho a algo que del contenido del derecho o de la mejor forma de atenderlo. Me parece claro que todo niño tiene derecho a ser educado hasta el límite de su capacidad. Pero me parece mucho menos claro a quién corresponde el derecho y el poder legítimo de proveer la educación y de regular qué constituye una educación satisfactoria. ¿A los padres? ¿A las autoridades locales? ¿Al Gobierno central? ¿A una iglesia? ¿Al niño? Entre estas pretensiones contrarias puede suscitarse una enconada disputa, e incluso entre aquellos que no tienen ninguna duda acerca del derecho de todo niño a recibir una educación apropiada, es más, especialmente entre éstos.

En las páginas precedentes he venido indicando que los derechos de los niños aportan una prueba demostrativa de las diferentes teorías de los derechos, y que la teoría voluntarista no la supera. Lo que he ofrecido como alternativa, es, en efecto, una variante del interés, sugerida en diversas formas por autores tales como Ihering, Austin y Bentham (7), cuyo rechazo del concepto de derecho moral no nos debería dejar ciegos ante el valor y la posibilidad de generalización de su teoría de los derechos legales. Como he señalado, reconocer a todos los miembros de un clase C un derecho a un trato T, significa presuponer que en circunstancias normales T es un bien para todos los miembros de C, y que sería injusto privar de T a algún miembro de C. Ciertamente el reconocimiento de un derecho implica la imposición de deberes a otras personas distintas del titular del derecho, pero qué deberes, y sobre quién recaen, es un asunto que en cualquier caso precisa de una cuidadosa definición para garantizar el derecho lo mejor posible. Cuando el legislador confiere un derecho *eo nomine*, como en la Ley de Sucesión Escocesa vista más arriba, se deja, en efecto, al arbitrio judicial el proveer una estructura de deberes y de remedios suficiente para garantizar el derecho en cuestión.

(7) VON IHERING, R.: *Geist des römischen Rechts*, III, p. 332. AUSTIN, J.: *Lectures on Jurisprudence*, cap XVII. HART, H. L. A.: *Bentham on Legal Rights*, y la bibliografía allí recogida. Una defensa contemporánea de una versión de la teoría del interés se contiene en MARSHALL, G.: *Rights, Options and Entitlements*, en «Oxford Essays in Jurisprudence», a. c. de Simpson, pp. 228-41.

Aunque, por las razones señaladas, parece evidente que la teoría voluntarista no proporciona un análisis satisfactorio de los derechos morales y legales, es preciso reconocer el aspecto principal que dicha teoría tiende a poner de relieve. En efecto, es cierto que salvo en casos tales como los niños o los enfermos mentales el titular de un derecho legal tiene normalmente la facultad atribuida por la ley de decidir, en una situación dada, si hace o no uso del derecho exigiendo el cumplimiento por la otra parte del deber correspondiente. Y más todavía: en el caso de los derechos privados la ruptura de un deber correlativo hace surgir un «derecho al remedio» cuyo titular puede ejercitar o no según le parezca. «El derecho al remedio» se ejercita actuando la facultad de iniciar procedimientos legales frente al incumplidor. Por razones bastante obvias, de todo el conjunto de los derechos legales es precisamente este subconjunto de derechos privados protegidos por remedios privados y por facultades privadas de iniciar procedimientos, el que tiene una importancia central en la práctica jurídica.

Pero aun reconociendo la certeza y la importancia práctica de estas observaciones, sostendría con firmeza que las facultades de ejecución y de renuncia están esencialmente subordinadas a los derechos, esto es, no son constitutivas de ellos (y ya se trate de derechos primarios o de «derechos al remedio»). Sin embargo, tal afirmación, unida a la concesión hecha en el párrafo anterior, sólo puede aceptarse si se da alguna razón válida —en el contexto de la teoría aquí sugerida— que explique por qué normalmente los derechos llevan consigo la facultad de renuncia o ejecución, y una libertad de opción por lo que se refiere a su ejercicio.

Volviendo a mi anterior explicación del derecho legal para tratar de mejorarla, diré lo siguiente: una ley que concede a todos los miembros de la clase C un derecho al trato T, está en principio anticipándose a los intereses de todos y cada uno de los miembros de C y suponiendo que T es normalmente un bien para todos y cada uno de los miembros de C (salvo en el caso de las leyes que confieren expresamente derechos *eo nomine*, es discutible el que las leyes se conciban de este modo y deban construirse de este modo). Sobre esa base, habría una razón válida para abandonar al titular del derecho el elegir si otras partes deben o no, en una ocasión dada, respetar su derecho primario, y el elegir si ejercitar o no derechos de remedio en caso de ruptura del derecho primario, sólo si existe una razón válida que permita dejar a los individuos la elección entre tener o no lo que es —o desde el punto de vista del legislador se supone que es— bueno para ellos.

¿Existe pues, tal razón para dejar a los individuos la elección entre tener o no lo que ellos mismo, u otros, piensan que es bueno para ellos? Desde determinado punto de vista de la filosofía política, concretamente, el del liberalismo —tal y como es expresado paradig-

máticamente por John Mill en su *Ensayo sobre la libertad* —la respuesta es «SI». Ser liberal significa, en efecto, creer *inter alia* que nadie puede ser obligado a perseguir su propio bien, como quiera que se defina éste; se permiten con todo algunas excepciones, sobre todo los niños y los enfermos mentales. Una razón que puede darse en apoyo tanto del principio como de la excepción es que se presupone que las personas son los mejores jueces de lo que constituye su bien o su interés, presunción que, sin embargo, no se mantiene en ciertos casos, por ejemplo, niños pequeños y enfermos mentales. Dicho de otro modo: salvo en tales casos excepcionales, la libertad es un bien que debe ser reconocido a toda persona excepto si sus acciones pueden causar daño a otros. (Nótese que, desde el punto de vista de la teoría aquí defendida, esto llevaría a afirmar la existencia de un derecho a la libertad; derecho que sería difícilmente explicable si se acepta la definición de «derecho» propuesta por la teoría voluntarista).

Es pues evidente que, si se acepta la teoría acerca de la naturaleza de los derechos propuesta en este trabajo, y se asume, asimismo, el principio liberal que se acaba de sugerir —y que yo acepto—, se debe admitir también que normalmente los derechos llevan consigo facultades de renuncia o ejecución. El hecho de que el ordenamiento confiera normalmente tal facultad al titular de un derecho viene simplemente a indicar, pues, que el principio liberal está profundamente unido a nuestro Derecho, aunque lo esté menos ahora que en el siglo pasado. Del mismo modo, no debería sorprender el que las cuestiones relativas a los derechos privados sólo sean consideradas como de importancia práctica en los ordenamientos jurídicos impregnados hasta cierto punto del principio liberal. Concluyo, pues, afirmando que la teoría sugerida aquí recoge plenamente los aspectos válidos de la teoría voluntarista en el contexto de un ordenamiento jurídico liberal.

Por otra parte, la teoría voluntarista falla como explicación de los derechos, porque no puede justificar derechos tan importantes como los derechos de los niños tratados en este ensayo. La presunción de que las personas son los mejores jueces acerca de lo que sea bueno para ellos no debería ser extendida a los niños, sobre todo a los niños pequeños. Ni desde la perspectiva jurídica, ni desde lo que yo llamaría la moral sana puede considerarse que los derechos de los niños lleven consigo la opción de su renuncia o ejercicio, a realizar por los mismos niños o en su nombre. Los niños no siempre son —ni siquiera en la mayor parte de los casos— los mejores jueces de lo que es bueno para ellos, de modo que incluso los derechos que son más importantes para su adecuado desarrollo a largo plazo, tales como el derecho a la disciplina o a un ambiente seguro, son percibidos normalmente por los niños como precisamente lo contrario de derechos o ventajas. Ello no implica que los padres actúen

bien si permiten a sus hijos renunciar a esos derechos, o si los realizan sólo a instancias de sus hijos.

Estoy alegre y arrepentido a la vez al descubrir que me es posible reconocer que mis hijos tienen derechos, sin estar por ello sometido a la excesiva permisividad a que me inclina mi indolencia natural.

(Traducción: MERCEDES CARRERAS y
A. LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE. Valencia)

