

# LA PROTECCION DEL MENOR Y SUS DERECHOS \*

**Manuel Calvo García**

*Universidad de Zaragoza.*

**SUMARIO:** *Introducción.—1. Claves sociales y jurídicas del desarrollo de los derechos del menor.—2. Estructura y concurrencia de derechos en las actuaciones de protección del menor.—3. El difícil equilibrio de los derechos del menor y los derechos de los padres: fundamentos para la toma de decisiones.*

---

\* Este trabajo fue presentado en el Curso “La atención al menor en la Comunidad Autónoma Aragonesa: Los ámbitos de la protección y la reforma”, organizado por la D.G.A. en la Universidad de Verano de Teruel de 1993, y se integra en el marco de las investigaciones realizadas dentro del proyecto “Las contradicciones del Derecho en el Estado del bienestar”, financiado por la DGICYT.

## Introducción



QUISIERA empezar con una especie de disculpa hacia el lector deseoso de seguridad y certeza. Nunca he tenido las cosas del todo claras en relación con la problemática de los derechos en las actuaciones públicas de protección del menor y siempre me ha sobrecogido oír declaraciones tajantes al respecto. En consecuencia, puede que, más que aclarar, acabe sembrando dudas. Con todo, intentaré que esas dudas no surjan de la simplificación maniquea<sup>1</sup>, sino de la toma en consideración del amplio conjunto de factores y perspectivas que concita la realización de las actuaciones inherentes a las políticas de protección del menor. Esto aparte, también tengo claro que las dudas no deben impedir actuaciones necesarias, a veces, urgentes. La inseguridad que propugno debe traducirse en una exigencia fundamental de responsabilidad, de actuaciones que midan responsablemente sus consecuencias. No tiene, por lo tanto, nada que ver con ninguna forma de parálisis o escamoteo de decisiones necesarias para la protección de los derechos del menor.

El panorama de los derechos y las responsabilidades inherentes a la protección del menor ha alcanzado una gran complejidad como consecuencia de las transformaciones sociales y jurídicas que han tenido lugar en los últimos decenios. Lo cual, unido a las cautelas anteriormente expuestas, hace que parezca oportuno comenzar este trabajo estudiando, en un primer apartado, los propios fundamentos sociales y jurídicos del problema. Este acercamiento a la problemática de los derechos del menor tendrá un carácter instrumental, ya que estará orientado a esclarecer, en el siguiente apartado, cuáles son los derechos concurrentes en las actuaciones públicas de protección del menor, cuál es su función y su alcance y cuáles son los presupuestos de eficacia de los mismos. En el tercer apartado, por último, se intentará avanzar en el diseño de un modelo de razonamiento adecuado para ponderar el alcance de los derechos en conflicto.

---

<sup>1</sup> Ante un tema tan complejo como el que abordamos, me parecería tan improcedente afirmar que “la primacía del interés del menor, como principio universal y legalmente reconocido, deja sin contenido los derechos de los padres biológicos en caso de conflicto”; como, desde la perspectiva contraria, afirmar que “la intervención del Estado debe limitarse a complementar y suplir las responsabilidades de los padres, sin que la misma, so pretexto de una actuación encaminada a proteger los derechos del menor frente a los de los padres, pueda llegar a poner en peligro la existencia de la familia y sus funciones como grupo fundamental de la sociedad”.

## 1. Claves sociales y jurídicas del desarrollo de los derechos del menor

La ideología liberal concebía el papel del estado como el de un mero guardián del orden público. Su intervención en la economía y en la organización de la vida social estaría limitada a garantizar las reglas de juego “espontáneas” que determinan las leyes de la razón económica. Si traducimos este postulado a términos más apropiados para describir cómo funciona el derecho y cuál es su papel en la organización de la vida social, el estado sólo tendría funciones negativas, de mero árbitro del juego social. Debería dejar hacer sin tomar iniciativas sociales ni económicas. O mejor dicho, tomar las iniciativas necesarias para garantizar la plena realización de las leyes “naturales” del orden social. Las funciones del derecho, en consecuencia, se concebían desde una perspectiva no intervencionista. El estado, por medio del derecho, se limitaría a ofrecer un marco de interacción puramente formal o racional-formal, dentro del cual la sociedad podría vivir su propia dinámica espontánea<sup>2</sup>.

A lo largo de este siglo, sin embargo, el sistema social ha tenido que desarrollar instituciones y mecanismos de intervención de carácter público con el fin de corregir el mal funcionamiento o los desequilibrios de todo tipo generados por el funcionamiento espontáneo de los sistemas sociales primarios. El estado, por medio del derecho, fija los valores e intereses que deben orientar las relaciones sociales y procede a regular lo que hasta ese momento era un marco privado de relaciones con el fin de asegurar o desarrollar tales valores e intereses sociales. Esto es algo especialmente frecuente, sobre todo, en el caso de los derechos sociales. Ahora bien, el uso del derecho con estas funciones desborda ampliamente los fines de la “procura asistencial” o la política económica para atribuirse la competencia y la posibilidad de reconstruir jurídicamente las formas de vida de las sociedades contemporáneas. La utilización del derecho como medio genera una profunda “legalización” o

---

<sup>2</sup> La construcción teórica de la *racionalidad* del derecho y la distinción entre *racionalidad formal* y *material* del derecho se deben al genio sociológico de Max Weber. Según esta autor, el derecho surge y evoluciona como un sistema *racional*, esto es, como un sistema diferenciado e independiente de las necesidades económicas que determinan su existencia, y al mismo tiempo *formal*, en tanto que creado y aplicado al margen de imperativos éticos, reglas utilitarias o de conveniencia y postulados políticos. *Vid.* Max WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, ed. J. Winnckelmann, trd. J. Medina y otros, México, FCE, pp. 509 y 511.

“colonización” de la sociedad civil<sup>3</sup>. En las sociedades modernas se habla de legalización para hacer referencia al aumento del derecho escrito. En esta tendencia puede distinguirse entre la extensión del derecho para regular nuevos asuntos sociales y el adensamiento del mismo como consecuencia del desmenuzamiento en cascada de una materia jurídica en varias materias particulares. Sin embargo, la legalización que preocupa, la legalización que hace época, es la que se produce en la última fase del desarrollo del estado social y democrático de derecho, en la que la legislación del estado del bienestar ha ido invadiendo, progresivamente, campos de relaciones que antes se dejaban a la dinámica espontánea de la vida social<sup>4</sup>.

Esta evolución también se ha dejado sentir desde el punto de vista de los derechos. En la actualidad, el estado no se limita a garantizar la libertad natural de los ciudadanos mediante el reconocimiento y protección de sus derechos políticos y civiles, como dejaban traslucir las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII y principios del XIX. Ahora, tras la incorporación de los denominados derechos económicos, sociales y culturales a las constituciones y textos internacionales y el reconocimiento de una función “promocional” del estado en la realización de los derechos, los poderes públicos tienen la obligación de intervenir activamente para hacer efectivos tanto los derechos civiles como los derechos sociales<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Vid. Jürgen HABERMAS: *Teoría de la acción comunicativa*, vol. II: *Crítica de la razón funcionalista*, trd. M. Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987, pp. 504 y 510 y ss.

<sup>4</sup> La utilización del derecho como medio determina, en otro orden de cosas, un nuevo tipo de derecho: el derecho útil o “derecho regulativo”. Un derecho que se utiliza como medio para la realización de valores e intereses sociales, con lo cual el derecho se materializa al mismo tiempo que se legalizan las relaciones sociales. Cfr., al respecto, Gunther TEUBNER, “Aspetti, limiti, alternative della legificazione”, *Sociologia del diritto*, núm. XII (1985/1), p. 13: “Legalización no significa proliferación del derecho, sino que viene a dar cuenta de un proceso en el cual el estado social produce un nuevo tipo de derecho: el derecho regulativo. El cual puede ser definido a tenor de sus funciones como un derecho preordenado a la exigencia de conducir el Estado social, y a tenor de su estructura como un derecho tendencialmente particularizado, teleológicamente orientado y dependiente en gran medida del auxilio de las ciencias sociales”. Sobre las nuevas hipótesis de la teoría evolucionista que apoyan esta forma de comprender las funciones del derecho y, para algunos, su fracaso, vid. Gunther TEUBNER, “Substantive and Reflexive elements in Modern Law”, *Law and Society Review* 17/2 (1983), pp. 239-285: *Id.* (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988; Gunther TEUBNER y Alberto FEBRAJO, *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems. Regulation and Autonomy in a new Perspective*, Milan, Giuffrè, 1992. Sobre la estructura del derecho útil y la crítica de esta perspectiva neoevolucionista del derecho, me he ocupado en un trabajo anterior, relacionado con la reforma del Código Civil en materia de protección de menores en 1987. Vid. Manuel CALVO GARCIA, “Transformaciones del derecho civil”, en *Estudios de derecho civil en homenaje al Prof. Lacruz Berdejo*, vol II, Barcelona, Bosch (en prensa).

<sup>5</sup> Esta evolución puede constatarse en el propio lenguaje de las declaraciones de derechos y las constituciones de ayer y de hoy, así, por ejemplo, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1793 hablaba de “garantizar”, “proteger” o de “no prohibir”; la CE por el contrario habla de “promover”, “fomentar”, etc. El uso del lenguaje no es ajeno a las transformaciones del estado y las funciones del derecho. La CE contiene muchos principios y

El desarrollo internacional de los derechos del niño, en consonancia con las transformaciones que se acaban de apuntar, deja translucir una clara tendencia hacia la responsabilidad de los estados en la protección del menor. Desde las primeras declaraciones de intenciones, que no iban mucho más allá de la sanción del principio "las mujeres y los niños primero", hasta la *Convención de los Derechos del Niño* de 1989; las concepciones sobre el fundamento de los derechos del menor y el papel del estado han cambiado sustancialmente<sup>6</sup>. La *Convención* de 1989 sienta tajantemente el principio de la responsabilidad pública en la realización efectiva de los derechos del menor, sancionando la ineludibilidad de la acción estatal positiva para garantizar en última instancia la eficacia de los derechos del menor y su protección (arts. 3.2. y 4).

El principio de la responsabilidad pública en la realización efectiva de los derechos del menor cobra virtualidad a través de dos vías, principalmente. En primer lugar, la *Convención* reglamenta las relaciones familiares e impone a los padres y tutores la obligación de respetar los derechos del menor. En este sentido, aunque desde un primer momento la responsabilidad pública trata de cohonestarse con el respeto a las funciones tradicionales de la familia en la organización social y dirección del proceso de desarrollo de la personalidad y expectativas sociales del menor, ello no parece ser obstáculo para que se reglamenten las relaciones familiares, obligando a los padres a respetar los derechos del niño en sus actuaciones (arts. 6 y 18). En segundo lugar, el

---

derechos fundamentales que exigen la intervención activa de los poderes públicos para su realización efectiva. Se trata de supuestos, en los que el estado por medio del derecho asume la función de promover los valores y los intereses sociales dominantes. Sobre las funciones promocionales del derecho pueden verse: Norberto BOBBIO, "La función promocional del derecho", en *Contribución a la teoría del derecho*, trd. A. Ruiz Miguel, Valencia, F. TORRES, 1980, pp. 367 ss. y V. AUBERT, "The Rule of Law and the Promotional Function of Law in the Welfare State", en *Dilemmas of Law in the Welfare State*, G. TEUBNER (ed.), Berlín, Walter de Gruyter, 1986, pp. 28 y ss.

<sup>6</sup> La primera mención de los "derechos del niño" en un texto internacionalmente reconocido se remonta hasta 1924, cuando la *Asamblea de la Liga de las Naciones* adopta la "Declaración de los derechos del niño" o "Declaración de Ginebra", promulgada el año anterior por una organización no gubernamental. Con posterioridad, en 1948 y 1959, respectivamente, la *Asamblea General de las Naciones Unidas* promulga la "Declaración de los derechos del niño" y la "Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño". Por último, los trabajos iniciados a raíz de la propuesta de Polonia en la *Comisión sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas* en 1978 han desembocado en la "Convención de los Derechos del Niño", adoptada consensualmente por la *Asamblea General de las Naciones Unidas* en su sesión de 20 de noviembre de 1989 y recientemente ratificada por el Estado español (*BOE*, 31/XII/1990). Sobre la "Convención de los Derechos del Niño", pueden verse: Elisa PEREZ VERA, "El Convenio sobre los Derechos del Niño", en *Garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid, Minist. de Asuntos Sociales, 1990, pp. 167-185, y, con posterioridad, Cástor DIAZ BARRADO, "La Convención sobre los Derechos del Niño", en *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Córdoba, 1991, pp. 183-221.

principio de la responsabilidad pública determina que se establezca como obligación subsidiaria del estado la protección especial del menor y de sus derechos frente a situaciones de grave perjuicio o abuso del menor (art. 19), casos para los que está previsto, incluso, la posibilidad de separación temporal o permanente del niño de su medio familiar en atención a su superior interés (arts. 9.1, 20). En estos supuestos el estado estará obligado a prestar protección y asistencia especiales al menor.

La Constitución Española, aun siendo anterior al proceso de desarrollo de la Convención de 1989, cuyos trabajos comenzaron precisamente en 1978, se impregna profundamente de esta nueva lógica social del derecho. El artículo 9.2 sanciona de forma global la función "promocional" del estado en la realización de los derechos y diversos artículos del título I de la misma la desarrollan de forma específica. El estado, los poderes públicos en general, están obligados a intervenir activamente no sólo para proteger, sino también para *promover* determinados valores y objetivos sociales. En este sentido, el artículo 39 de la CE establece, en su apartado segundo, que los poderes públicos tienen la obligación de proteger integralmente a los hijos, siendo éstos iguales ante la ley con independencia de su filiación, y, en su apartado cuarto, sanciona y garantiza para los niños la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. El apartado tercero, por otro lado, establece la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos, reglamentándose así las obligaciones familiares. Esto aparte, el artículo 39 de la CE no sólo protege a los menores, también establece la responsabilidad de los poderes públicos en la protección de la familia. Así, en su apartado primero, se aseguran, al menos de forma programática, los derechos sociales, económicos y jurídicos de la misma. La CE, en este sentido, pues, sigue siendo familiarista, aunque se rompa el círculo privado que históricamente protegía la institución familiar de las injerencias públicas como consecuencia de la asunción de responsabilidades en la protección de los derechos y el bienestar del menor por parte de los poderes públicos.

Las previsiones del artículo 39 de la CE cobran plena efectividad tras la entrada en vigor de la ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se reforma la normativa española en materia de adopción y se regulan el acogimiento familiar y la guarda. Con esta ley y las legislaciones autonómicas que dan forma definitiva al sistema español de protección de menores, se ha roto con el "modelo privatista" de las regulaciones anteriores, perfilando normativamente la adopción y el acogimiento familiar de acuerdo con los parámetros de una lógica más acorde con los nuevos planteamientos intervencio-

nistas del estado social<sup>7</sup>. De acuerdo con esta nueva normativa, cuando los padres y tutores no cumplen espontáneamente o no puedan cumplir por cualesquiera circunstancias sus obligaciones familiares, los poderes públicos intervienen para hacer eficaces las normas jurídicas que aseguran la protección del menor y sus derechos<sup>8</sup>. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 39 de la CE, por una parte, se “legalizan” las relaciones familiares y, por otra, se obliga a los poderes públicos a desplegar una actividad de control sobre el cumplimiento de las obligaciones de protección de los derechos del menor por los padres y tutores.

La lógica social del nuevo sistema de protección de los derechos e intereses del menor conlleva el crecimiento de la intervención de los poderes públicos en el ámbito de las relaciones entre los padres y los menores. Lo cual, evidentemente, va a tener consecuencias importantes tanto desde el punto de vista de la estructura de los derechos como desde un prisma que podríamos calificar como ideológico<sup>9</sup>. En el terreno de los derechos, como

---

<sup>7</sup> Entre los trabajos de la doctrina civilista sobre el particular, merece destacarse el de Miguel Angel PEREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, Civitas, 1989, que me ha sido particularmente útil. También resultan útiles los comentarios de la reforma del CC que realizan Sergio LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, Barcelona, Bosch, 1990; y Manuel Ignacio FELIU REY, *Comentarios a la ley de adopción*, Madrid, Tecnos, 1989. Sobre el tema al que se hace alusión, puede ser interesante contrastar las opiniones de M. A. PEREZ ALVAREZ, *La nueva adopción, cit.*, pp. 62 y ss., y, desde la perspectiva del derecho administrativo, centrámonos en la legislación autonómica aragonesa, Antonio EMBID IRUJO, “Protección de menores”, en *Derecho público aragonés. Estudios sobre el Derecho de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Zaragoza, 1990, pp. 671-684.

<sup>8</sup> La ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, establece como nueva regulación del artículo 172.1 del Código Civil que “la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores” asumirá *ex lege* la tutela de los “menores que se encuentren en situación de desamparo”. Considerándose tal “la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los derechos de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. Las administraciones competentes habrán de hacerse cargo de la guarda temporal del menor, “cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras situaciones graves, o cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda” (art. 172.2 CC). En la misma línea, la ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, articula un sistema de intervención positiva y control de los poderes públicos encaminado a organizar la protección del menor bajo responsabilidad pública.

<sup>9</sup> La materialización del sistema legal que conlleva la utilización del derecho para la realización de intereses y valores sociales ha sido ampliamente criticada por las teorías liberales del derecho y la sociedad. La utilización del derecho con fines de política social y económica y la consiguiente explosión legislativa ha sido vista con especial recelo por quienes rechazan la intervención del estado en la vida social y económica. El renovado anhelo de *la mano invisible* como fundamento del orden social, hoy por hoy, tiene su principal barrera de contención en los fundamentos del estado social y democrático de derecho. De ahí, que las baterías de la crítica liberal comiencen a dirigirse no sólo contra la desmesura del estado, sino de manera directa contra el derecho del estado social. En este último sentido, se habla de “fracaso del derecho”. La materialización del derecho, su utilización como instrumento de planificación social, podría

consecuencia de este nuevo estado de cosas, debemos acostumbrarnos a pensar en los derechos en otros términos. En este sentido, se ha dicho que la clave de los derechos del menor no debe buscarse “en la mera relación entre los individuos y el estado, sino en el papel del estado en la regulación de las relaciones entre los individuos mismos”<sup>10</sup>. En otros términos, el nuevo sistema de protección de los derechos y el bienestar social del menor supone la “legalización” o “colonización” de las relaciones familiares por el estado, mediante su regulación jurídica con el fin de asegurar coercitivamente la protección del menor y sus derechos. La atención de los poderes públicos al menor deja de ser concebida, en consecuencia, como una atención benéfica concurrente con la de otras instituciones de carácter privado y se regula como una responsabilidad directa e ineludible, como una obligación de las autoridades públicas competentes correlativa a los derechos del menor.

La intervención del estado en un campo de relaciones tradicionalmente considerado como de dominio “privado”, en el más amplio sentido del término, siempre asusta. Al respecto, convendría superar los tópicos para evaluar la magnitud de las transformaciones sociales que están teniendo lugar. El niño, ciertamente, ha de ser protegido y ello obliga a superar el círculo familiar que durante siglos ha aislado al niño de la sociedad; favoreciendo o, mejor dicho, haciendo posible en algunos casos la explotación de los menores por sus padres y todo tipo de abusos, discriminaciones o desatenciones. Pero ello no es óbice para que el paso de un modelo privado basado en lazos de solidaridad, a un modelo de intervención estatal basado en la reglamentación jurídica de las relaciones sociales asuste, y no sólo a quienes sustentan o defienden una ideología familiarista o no intervencionista sin más<sup>11</sup>. Ante

---

estar poniendo en peligro, incluso, al propio derecho. *Vid.*, en este sentido, Niklas LUHMANN, “The Self-Reproduction of Law and its Limits”, en *Dilemmas of Law in the Welfare State*, G. Teubner (edtr.), Berlín, Walter de Gruyter, 1986, pp. 111-127; *Id.*, “Closure and Openness: On Reality in the World of Law”, en *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988, pp. 335-348. Desde un punto de vista general, Luhmann deja claro que el orden de los sistemas autopoieticos debe estar orientado antiteológicamente o en caso contrario se dirigen hacia su destrucción, *cfr.* N. LUMANN, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1984, p. 395.

<sup>10</sup> Bernadette WALSH, “The United Nations Convention on the Rights of the Child: a British View”, *International Journal of Law and the Family* 5 (1991), pp. 170-194; *vid.* en particular p. 171.

<sup>11</sup> Para una crítica del derecho del estado del bienestar como destructor de los lazos primarios de solidaridad y/o productos de anomia, *vid.*, entre otros, Pietro BARCELLONA y Antonio CANTARO: “El estado social entre crisis y reestructuración”, en *Derecho y economía en el estado social*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 49-70; José A. ESTEVEZ ARAUJO, “Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado social”, en *Problemas de legitimación en el Estado social*, E. Olivas (ed.), Madrid, Trotta, 1991, pp. 152-154; HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, vol. II, *cit.*, pp. 511 ss.; Claus OFFE, *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, J. Keane (ed.), trd. A. Escotado, Madrid, Alianza, 1990, p. 284; Ulrich K. PREUSS,



tales recelos, puede argumentarse que la intervención del estado sólo se pone en marcha cuando fallan los lazos de solidaridad (familiares o comunitarios). Pero en ese caso parece que su finalidad no debiera ir más allá de la reconstrucción de los lazos primarios de solidaridad en torno a la familia sin que pudiera llegarse a arrancar al menor de su medio familiar, ya que ello supondría la consiguiente destrucción de los lazos efectivos del menor con su familia biológica. De la misma manera, frente a esta posición, también cabe preguntarse qué puede justificar los abusos, el sufrimiento, la explotación, la apuesta egoísta con las posibilidades de una vida digna y feliz del menor cuando llegue a su edad adulta, etc. La pretensión de crear un "santuario familiar" autónomo o privado para evitar la intervención del estado en ese ámbito de las relaciones sociales puede defenderse en abstracto, pero decae fácilmente ante situaciones de violencia, física o sexual, abuso y desatención material absoluta de los menores, por poner algunos ejemplos.

## **2. Estructura y concurrencia de derechos en las actuaciones de protección del menor**

Las transformaciones sociales y jurídicas que han tenido lugar a lo largo de este siglo y el desarrollo de los derechos del menor determinan la necesidad de dotar de una mayor complejidad a las perspectivas tradicionales de análisis de los derechos. En torno a las actuaciones públicas de protección del menor se aglutina una auténtica encrucijada de derechos y responsabilidades cuya armonización se presenta difícil en algunos casos límite. Pero no sólo su armonía presenta problemas, también la comprensión de los mismos y, sobre todo, el juego de apoyos y contradicciones de las responsabilidades públicas y privadas que aseguran su eficacia puede llegar a causar desconcierto. Se hace necesario, pues, intentar aclarar la estructura de los derechos en la protección del menor o, dicho de otra manera, esclarecer cuáles son los derechos de las partes implicadas en la realización efectiva de los derechos del menor, cuál es la función de estos derechos y su alcance y cuáles son los presupuestos de eficacia de los mismos.

Desde el punto de vista de la protección al menor, el reconocimiento de sus derechos implica que éste va a tener, en primer lugar, derechos que

---

*El concepto de los derechos y el Estado del bienestar, en Problemas de legitimación en el estado social, E. Olivás (ed.), cit., pp. 65-90.*

le protegen de las actuaciones de los poderes y las instituciones públicas; en segundo lugar, derechos que le protegen de las actuaciones de los miembros y entidades de la sociedad en la que vive y, en tercer lugar, derechos que le protegen de las actuaciones de sus padres y tutores. En otro orden de cosas, por lo que se refiere a la realización práctica de estos derechos, la responsabilidad va a recaer en tanto en los padres y tutores del menor como en los poderes públicos. Esta doble responsabilidad en la protección y realización de los derechos del menor es importante desde el momento en que los mismos desbordan el marco estricto de las garantías inherentes a los derechos civiles del menor y buscan la protección integral del menor, su "bienestar" personal y social. En muchos casos, la realización efectiva de los derechos del menor exige una actuación positiva de sus padres y tutores y, si no se produce, entonces deviene obligatoria la intervención positiva de los poderes públicos. Los estados en cuanto responsables y garantes últimos de los derechos del menor, deben intervenir positivamente con el fin de hacer efectiva la realización de las garantías y expectativas de bienestar social que estos prevén para el menor. Pero aún hay más, si queremos tener en cuenta todos los derechos concurrentes en la protección de los derechos del menor, no podemos perder de vista los derechos de los padres o tutores del niño. Dado que la intervención de los poderes públicos puede ir en contra de los deseos y expectativas de los padres y tutores del menor o de sus apreciaciones ("dirección u orientación") sobre la realización de los derechos del mismo, no debe olvidarse que la misma debe respetar los derechos de los padres o tutores. Estos, en primer lugar, como cualquier ciudadano, gozarán de los derechos civiles constitucionales y de los reconocidos internacionalmente, cuyo ejercicio, por lo menos, deberá estar garantizado por los poderes públicos; pero, además, existen otros derechos inherentes a su "estatus" de padres o tutores: los derechos "sobre" los hijos y los derechos "frente" al estado, derivados de su obligación de mantener y proteger los derechos del menor.

Hoy por hoy, a pesar de algunas reticencias teóricas<sup>12</sup>, es evidente que el menor tiene derechos que le protegen de ciertos abusos o situaciones que

---

<sup>12</sup> Como ejemplo, de los problemas teóricos que plantean los derechos puede verse: Neil MACCORMICK, "Childrens Rights: A Test-Case for Theories of Rights", *ARSP* LXII (1976), pp. 305-16 (hay trad. castellana en, *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, trd. M. L. González Soler, Madrid, Tecnos, 1990, cap. VIII). Tras el desarrollo de los instrumentos internacionales y las legislaciones internas dirigidos a garantizar los derechos civiles específicos del niño y su protección, parece vano seguir tratando de elucidar si hablamos con propiedad o no cuando afirmamos que el niño tiene derechos o no. El problema de la ausencia de voluntad para hacer valer autónomamente la pretensión que ampara el derecho u otros problemas teóricos deben ceder ante la dimensión práctica, efectiva, de la protección de los derechos del niño. *Vid.*, en este sentido, Tom D. CAMPBELL, "The Rights of the Minor: as

podieran enfrentarse a sus intereses de gozar de un desarrollo personal, social y moral pleno que garantice al máximo sus necesidades afectivas y de bienestar social. Como también parece quedar fuera de discusión que padres y tutores, por un lado, y los poderes públicos, por otro, tienen la responsabilidad de garantizar esos derechos y hacerlos efectivos<sup>13</sup>. Los problemas surgen cuando empezamos a pensar en otros términos, cuando nos planteamos quién puede decidir sobre los intereses del menor y cómo puede decidir. Obviamente, la dirección y realización de los derechos del menor compete, en primer lugar, a sus padres o tutores. Pero, ¿qué ocurre cuando la voluntad del menor se enfrenta a la voluntad de éstos? ¿Qué ocurre, por ejemplo, cuando un menor con capacidad de juicio y experiencia suficiente se enfrenta con sus padres en relación con un tratamiento médico como pudiera ser el consumo de anticonceptivos o sobre el sentido de sus formas de vida? ¿Qué voluntad debe prevalecer: la del menor o la de los padres? ¿Cómo deben actuar los poderes públicos, deben respaldar o amparar la voluntad del menor o la de los padres o tutores?

En realidad, estas y otras cuestiones, que tienen su dimensión práctica específica, nos sitúan ante una cuestión práctica más general en la que me centraré. Aun presumiendo la legitimidad de padres o tutores y de los poderes públicos para decidir por el menor, las decisiones que éstos tomen no tienen que ver con sus propios derechos, sino con los derechos del niño. En consecuencia, estas decisiones sólo serán válidas si el propio menor, caso de tener conocimiento de todos los factores relevantes del caso y madurez de juicio suficiente, desearía que fuesen tomadas en ese sentido<sup>14</sup>. Este juicio hipotético tendría como fin asegurar que el menor, una vez alcanzada su edad

---

Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult", en *Children, Rights and the Law*, Ph. Alston y otros (eds.), Oxford, Clarendon, 1992, pp. 1 y ss.; también puede verse una síntesis de las posiciones clásicas de CAMPBELL, DWORKIN, FEINBERG y las suyas propias en John EEKELAAR, "The Importance of Thinking that Children have Rights", en *ibidem*, pp. 221-227. Con todo, las retenciones teóricas de las que hablábamos no se han agotado, cfr. al respecto la opinión de Onora O'NEILL, "Children's Rights and Children's Lives", en *Children, Rights and the Law*, *cit.*, pp. 24-42, donde responde a Campbell.

<sup>13</sup> No entró aquí a exponer el contenido de los derechos del menor, para centrarme en los problemas relacionados con la estructura de los mismos. Sobre los derechos del niño puede consultarse directamente la Convención o algún trabajo que exponga su contenido. *Vid.*, por ejemplo, Pasquale ANDRIA, "I diritti sociali del minore", *Bambino incompiuto* 1990/2, pp. 33-42; Alfredo CARLO MORO, "La Convenzione dell'ONU a tutela della infanzia", *Bambino incompiuto* 1990/2, pp. 5-22; Elisa PEREZ VERA, "El Convenio sobre los Derechos del Niño", en *Garantía internacional de los derechos sociales*, *cit.*, pp. 167-185. Una exposición más exhaustiva puede encontrarse en Dominic MCGOLDRICK, "The United Nations Convention on the Rights of the Child", *International Journal of Law and the Family* 5 (1991), pp. 132-169.

<sup>14</sup> John EEKELAAR, "The Importance of Thinking that Children have Rights", en *Children, Rights and the Law*, Ph. Alston y otros (ed.), Oxford, Clarendon, 1992, p. 219.

adulta, aprobaría todas aquellas decisiones que se hubiesen tomado en su propio interés y para la defensa de sus derechos. Lo cual supone reconocer que a medida que el menor esté en condiciones de opinar sobre estas decisiones debe ser consultado y su opinión tenida en cuenta. Más aún, que cuando esté en condiciones de decidir autónomamente, su opinión sea decisiva<sup>15</sup>. Al respecto, la *Convención de los Derechos del Niño* hace algo más que garantizar la libertad de expresión del menor, en su artículo 12 establece que “los estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los puntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Sería, pues, un error olvidarnos del menor cuando hablamos de sus derechos y de su protección, pero es obvio que el menor no puede realizar por sí mismo sus derechos. De ahí que se prevea la responsabilidad compartida por los padres o tutores y los poderes públicos para hacer eficaces los derechos del menor. La intervención de los poderes públicos en la protección de los derechos del niño, al menos en el caso del Estado español como Estado parte de la Convención y según lo dispuesto en la Constitución Española, ha dejado de ser potestativa, para convertirse en obligatoria. Los derechos del menor y la responsabilidad pública en la protección y bienestar social tienen una dimensión “promocional” que implica la intervención activa de los poderes públicos para garantizar su efectiva realización. El estado, por tanto, tiene la obligación jurídica de hacer efectivos los derechos del menor y su protección y bienestar social. Como se ha dicho más arriba, no se trata ya de una obligación benéfica, sino de una obligación jurídica en el más estricto sentido del término. Si quienes tienen la responsabilidad directa para la realización de tales derechos y expectativas, los padres o tutores del menor, incumplen sus obligaciones, el estado tiene la obligación de intervenir acti-

---

<sup>15</sup> Nunca se insistirá lo suficiente en la necesidad de deshacerse de los prejuicios sobre la falta de madurez y capacidad para decidir del niño. Sobre el asunto estudiado hay un magnífico trabajo de Annamaria Dell'Antonio, realizado desde la perspectiva de la psicología evolutiva, que toma pie precisamente en las novedades que introduce al respecto la Convención. *Vid.* Annamaria DELL'ANTONIO, “Le ‘opinioni’ dei bambini”, *Bambino incompiuto* 1990/2, pp. 43-52. Desde una perspectiva centrada en torno al debate clásico sobre el problema de la voluntad en torno a los derechos, también es interesante la aportación de Michael D. A. FREEMANN, “Taking Children's Rights More Seriously”, en *Children, Rights and the Law*, *cit.*, pp. 52-71.

vamente para garantizar su realización efectiva. Puede considerarse una responsabilidad subsidiaria; pero, en cualquier caso, habrá de ser considerada como de primer orden para la realización de los derechos y la protección del menor.

Centrándonos ya en la realidad jurídica del Estado español, la ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, pone en marcha un complejo sistema de intervención positiva y control de los poderes públicos encaminado a organizar la protección del menor bajo responsabilidad pública. La intervención pública encaminada a la protección del menor va a articularse a partir de dos principios: la "administrativización" o, desde el otro punto de vista, la "desjudicialización" de la intervención protectora inmediata y la descentralización de la misma, mediante su atribución de competencias en materia de protección de menores a las administraciones autonómicas<sup>16</sup>. A tenor de su dimensión "promocional" y la importante movilización de recursos materiales y humanos necesarios para hacer efectivos los derechos y la protección del menor, parece prudente hacer descansar sobre la administración las tareas de seguimiento e intervención que exige la responsabilidad pública en esas tareas. También parece prudente, con independencia de cualquier consideración política, que sean las administraciones más cercanas al ciudadano las que se encarguen hacer efectivos los derechos del menor y su protección. Sea como sea, la

---

<sup>16</sup> La atribución de competencias en materia de asistencia social se realiza con carácter genérico y de modo potestativo a las Comunidades Autónomas por el artículo 148. 1. 20. CE y la disposición adicional primera de la ley 21/1987, de 11 de noviembre, lo confirma. La Comunidad Autónoma de Aragón asume las competencias en materia de asistencia social en el artículo 35.1.19. de su Estatuto de Autonomía y las articula sistemáticamente por medio de la ley aragonesa 4/1987, de 25 de marzo, de ordenación de la acción social. Esta ley diseña un modelo de intervención social basado en los principios de igualdad, prevención, planificación, coordinación y descentralización, participación de los ciudadanos y responsabilidad pública que luego se plasma en la LA 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores como un sistema de intervención positiva y control de los poderes públicos encaminado a organizar la protección del menor bajo responsabilidad pública dentro del marco de la regulación del Código Civil sobre protección de menores. En la ley aragonesa, por otra parte, se puede observar con nitidez el proceso de *administrativización* de los mecanismos de protección del menor. En primer lugar, no se trata tan sólo de que la Comunidad Autónoma asuma *ex lege* la "tutela" de los menores en situación de desamparo a partir del correspondiente procedimiento administrativo (art. 7. 1 y 2); sino que, en general, los *instrumentos* sobre los que descansa la acción social pública de protección del menor se administrativizan en buena lógica. Así, las medidas de prevención y apoyo a la familia, la guarda y el acogimiento, la promoción del nombramiento de tutor, la propuesta de adopción y el internamiento se conciben como actuaciones administrativas sometidas a los procedimientos y a la lógica organizativa del derecho administrativo (arts. 8.2 y 10 ss.). Para más detalles sobre estas cuestiones, puede verse Manuel CALVO GARCIA, "Transformaciones del derecho civil", en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona, Bosch (en prensa).

lógica intervencionista de la nueva legislación de menores implica *activamente* a las autoridades públicas en los objetivos sociales de la misma.

Como contrapartida a la implicación de la administración en las tareas de protección del menor, se produce una clara “desjudicialización” de este ámbito regulativo. Lo cual no supone, por otro lado, que tanto jueces como fiscales dejen de estar llamados a cumplir funciones importantísimas en las tareas de protección del menor y para la realización efectiva de sus derechos. En este sentido, se les encomienda la supervisión de las actuaciones administrativas o las declaraciones de estatus en las que van implícitas funciones de supervisión del respeto a los derechos del niño y sus intereses y, en caso de conflicto, de los derechos e intereses de los padres o tutores. Al respecto, los jueces tienen encomendada la decisión definitiva en las actuaciones constitutivas y la resolución de los conflictos que puedan surgir entre los particulares y la administración. Por su parte, al Ministerio Fiscal, además de la obligación genérica de proteger los derechos del menor, según se desprende del artículo 124.1 de la CE; le incumben las funciones de “superior vigilancia” y la promoción ante el juez de “las medidas de protección que estime necesarias” previstas en el nuevo artículo 174 del CC.

Si queremos tener en cuenta todos los derechos concurrentes en las actuaciones de protección del menor, falta considerar, por último, los derechos de los padres o tutores del menor. Al respecto, no hay que olvidar que la intervención de los poderes públicos o, en su caso, la opinión del menor pueden ir en contra de las expectativas y criterios de los padres y tutores. Ello con independencia de que el conflicto se produzca en relación con los derechos e intereses propios de los padres o tutores o con sus criterios sobre el mejor modo de realizar los derechos e intereses del menor. Desde un punto de vista general, los padres o tutores del menor, como cualquier ciudadano, gozarán de los derechos constitucionales y de los reconocidos internacionalmente y, además, de los derechos inherentes a su “estatus” de padres o tutores. En el segundo supuesto, el fundamento de sus derechos descansaría en su obligación de mantener y proteger los derechos del menor.

Por lo que respecta a los derechos específicos de los padres o tutores, éstos pueden ser derechos basados meramente en su estatus de “padres” o tener un fundamento directo en la obligación de defender los derechos del menor, pudiéndose apreciar una clara tendencia a la restricción de los primeros en favor de los segundos. Tras la *Convención de los Derechos del Niño* y los últimos desarrollos legislativos sobre protección de menores, sobre todo, los hijos han dejado de ser considerados como una “propiedad” más de los

padres, para convertirse en objeto de una protección específica y privilegiada cuya responsabilidad desborda el núcleo familiar o grupal en el que se desenvuelve la vida inmediata del niño<sup>17</sup>. Hoy por hoy, puede afirmarse que los derechos de los padres existen para el beneficio de los menores o, dicho de otra manera, que tienen su fundamento en la necesidad de mantener y proteger al menor<sup>18</sup>. Los derechos específicos de los padres o tutores, según esto, no tienen sentido por sí mismos y nunca, porsupuesto, en contra del interés del menor. La consideración de que quienes mejor pueden orientar y proteger al menor en el ejercicio de sus derechos, asegurando su “interés superior”, son sus padres o tutores, es en este contexto algo más que una apuesta científica o ideológica. Puede ser considerada también como una condición que, en caso de incumplimiento, restringe la autonomía y los derechos de los padres.

Las restricciones de la autonomía de los padres y tutores en sus decisiones sobre los hijos tienen como causa, principalmente, la intervención de los poderes públicos. Esta intervención se producirá bien en el ejercicio de sus responsabilidades o bien para proteger el punto de vista del menor, cuando éste lo demande y esté justificado. Según la *Convención de los Derechos del Niño*, las restricciones a la autonomía y los derechos de los padres, aunque no se descartan las restricciones derivadas de las propias decisiones del menor, cuando éste tuviera información suficiente y estuviera en condiciones de formarse un juicio propio, podrían venir principalmente de actuaciones de los poderes públicos encaminadas a la protección especial del menor frente a todo tipo de discriminaciones y atentados contra sus derechos civiles y políticos; a la protección especial de los derechos económicos sociales y culturales del menor o, por último, a la protección especial específica del niño frente a toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual (art. 19.1). Las restricciones de la autonomía y los derechos de los padres podrían llegar en los casos

---

<sup>17</sup> La consideración del bienestar del menor puede llevarnos a ignorar tanto el peso de la ideología familiarista que impregna la mayoría de las legislaciones como la importancia del respeto a la intimidad que protegen muchas constituciones y especialmente subrayada por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Las sendas de la evolución del derecho, sin embargo, como veíamos más arriba, apuntan hacia una intervención cada vez mayor del estado en la familia a través de la regulación jurídica de las relaciones en este ámbito de la vida privada.

<sup>18</sup> Cfr. en este sentido, Bernadette WALSH, “The United Nations Convention on the Rights of the Child: a British View”, *cit.*, p. 177, tomando como base un conocido y comentado caso, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, en el que la *House of Lords* sostuvo que “los poderes de los padres para controlar o tomar decisiones sobre sus hijos no son sino una necesidad concomitante a sus deberes como padres”.

más extremos, siempre que el superior interés del menor lo requiriese, hasta la separación temporal o permanente del niño de su medio familiar (art. 20). El estado en este caso estará obligado a prestar protección y asistencia especiales al menor, pudiendo entre los cuidados a garantizar recurrir a su colocación en hogares de guarda, a la *kafala* del Derecho islámico, a la adopción o en caso de ser necesario a su colocación en instituciones adecuadas para la protección del menor.

Frente a estas iniciativas tendentes a la restricción de su autonomía, es obvio que, en el Estado español, al igual que en cualquier estado de derecho, los padres o tutores del menor estarán amparados por el sistema general de protección de los derechos fundamentales frente a las actuaciones administrativas. A este respecto, el hecho de que las actuaciones protectoras de la administración invadan el espacio íntimo de los sujetos e interfieran decisivamente en sus vidas privadas y expectativas o intereses hace que los procedimientos en vía judicial instados por los particulares con el fin de paralizar las actuaciones de las entidades públicas hayan crecido como la espuma en los últimos años<sup>19</sup>.

### **3. El difícil equilibrio de los derechos del menor y los derechos de los padres: fundamentos para la toma de decisiones**

Según se ha podido comprobar en el apartado anterior, el panorama de los derechos se nos presenta con una complejidad mucho mayor de lo que ha sido su tradicional consideración. Así, por una parte, tanto los menores como los padres o tutores tienen derechos y, por otra, tanto los poderes públicos como los padres o tutores tienen responsabilidades en la protección del menor y la realización efectiva de sus derechos y expectativas de bienestar social. A partir de aquí, no parece ilusorio pensar, y la realidad cotidiana de las políticas de protección del menor nos lo demuestra, en posibles conflictos basados en pretensiones amparadas en derechos y responsabilidades concurrentes.

---

<sup>19</sup> La *Memoria del Fiscal General del Estado* correspondiente al año 1989 da cuenta ya, nada más ponerse en marcha los dispositivos de la nueva legislación, del aumento de los procedimientos judiciales instados por los particulares para paralizar o dejar sin efecto las medidas adoptadas por las entidades públicas competentes. Los informes del Justicia de Aragón de los años 1989, 1990, 1991 y 1992 también llaman la atención sobre problemas relacionados con el tema expuesto.



Una primera causa de enfrentamiento en la que cabría pensar estaría llamada a producirse cuando la voluntad del menor, en los supuestos en que pueda ser expresada por disponer éste de capacidad de juicio e información suficientes, y las decisiones o pretensiones de los padres o tutores diverjan. Este tipo de conflictos, que en algunos países han dado lugar incluso al “divorcio” de algún hijo de sus padres biológicos, son significativos y tienen una gran transcendencia en la opinión pública. Ahora bien, los conflictos cotidianos, aquí y ahora, los conflictos a los que hay que dar respuesta, son los que resultan de las actuaciones de protección y promoción de los derechos del menor por parte de los poderes públicos cuando son contrarias a las pretensiones de los padres o tutores. El supuesto tópico de conflicto, por empezar a pensar a partir de hipótesis concretas de trabajo, es aquel que se produce cuando las actuaciones de los poderes públicos competentes en “interés del menor” obligan a limitar las pretensiones y derechos de los padres o tutores, pudiendo llegarse a romper o dejar en suspenso los lazos afectivos de los padres biológicos con el menor. Concretando un poco más, la situación conflictiva podría tener como causa, en primer lugar, la decisión en torno a la separación o mantenimiento de los lazos afectivos aun a costa del bienestar del menor; en segundo lugar, la decisión en torno a la separación temporal (tendente a la reinserción del niño en su familia biológica) frente a la opción de una separación definitiva y, por último, podría darse el caso de tener que optar entre una separación orientada hacia la ruptura o una separación en la que estuviesen permitidas las visitas de los padres biológicos al menor con el fin de facilitar su reinserción familiar.

La protección o realización de los derechos del niño frente a los intereses o la voluntad de los padres obliga a plantearse tanto el alcance de los *derechos* de los padres o tutores y de los menores en tales supuestos conflictivos como el de las *responsabilidades* en juego. Con el fin de clarificar esta encrucijada de derechos vamos a partir del texto de la *Convención de los Derechos del Niño*. Ratificada por el Estado español y amparada específicamente su efectividad por lo dispuesto en los artículos 10.2 y 39.4 de la CE, debe ser tenida en cuenta para determinar el alcance de los derechos del menor<sup>20</sup>. El artículo 10.2 de la CE obliga a tener en cuenta la *Convención* para dar contenido a los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de la CE. El artículo 39.4 de la CE, por su parte, aunque

---

<sup>20</sup> A pesar de las reticencias de algunos teóricos, la trascendencia práctica de la Convención de los Derechos del Niño es indiscutible. Ha arrojado mucha luz al respecto la STC 36/1971, de 14 de febrero. *Vid.*, en particular, FJ 5.º.

su virtualidad no sea inmediata por estar encuadrado dentro de lo que se ha denominado la constitución “política” o “programática”, obliga a los poderes públicos a garantizar al niño “la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Existiría, también, una ulterior razón de tipo práctico, que no jurídico: con la *Convención de los Derechos del Niño* en la mano es fácil llegar a constatar la tensión entre los principios y las responsabilidades concomitantes que concurren en la realización efectiva de los derechos del menor. Estos principios atinentes a las responsabilidades públicas en la protección de los derechos del menor, por una parte, y los derechos de los padres o tutores, por otra, ya estén estos orientados a la defensa de sus propios intereses o a la defensa de los derechos e intereses del menor, pueden resultar fácilmente contradictorios entre sí o como consecuencia del juego de responsabilidades que se establecen para hacerlos efectivos.

Entre los *principios orientados a establecer las obligaciones de los Estados en la protección de los derechos e intereses del menor que restringen o pueden llegar a restringir la autonomía de los padres* nos encontramos con algunas declaraciones genéricas de responsabilidad a los poderes públicos en la protección del menor (1.1, 1.2 y 1.3) y un principio de actuación que determina hasta dónde puede llegar esa intervención (1.4):

1.1. Protección especial del menor frente a todo tipo de discriminaciones y atentados contra sus derechos civiles y políticos mediante actuaciones legislativas y administrativas de carácter garantista y promocional por parte de los estados (*vid.* arts. 2, 3 etc.).

1.2. Protección especial de los derechos económicos sociales y culturales del menor mediante actuaciones legislativas y administrativas de carácter garantista y promocional por parte de los estados (*vid.* arts. 3.2., 4).

1.3. Protección especial específica del niño frente a toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual (*vid.* art. 19). También en este caso, la protección del menor obliga a adoptar actuaciones legislativas y administrativas de carácter garantista y promocional por parte de los estados.

1.4. Posibilidad de separación temporal o permanente del niño de su medio familiar en atención a su superior interés (*vid.* arts. 9.1, 20). El estado en este caso estará obligado a prestar protección y asistencia especiales al menor, pudiendo entre los cuidados a garantizar recurrir a su colocación en hogares de guarda, a la *kafala* del Derecho islámico, a la adopción o en caso de ser necesario a su colocación en instituciones adecuadas para la protección del menor.

Frente a estos principios, o mejor, como principios que pueden llegar a entrar en contradicción con los anteriores, nos encontramos con algunos

*derechos y responsabilidades atribuidos a los padres o tutores, ya sea para la defensa de sus propios intereses o para la defensa de los intereses del menor:*

2.1. Los poderes públicos deberán respetar las responsabilidades, deberes y derechos de los padres o tutores a impartir al niño la dirección y orientación apropiadas para su desarrollo y el ejercicio de sus derechos (*vid.* art. 5).

2.2. Derecho de los padres o tutores a recibir apoyo de los poderes públicos para el ejercicio de sus responsabilidades de protección (*vid.* art. 18.2).

2.3. No separación del niño de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que tal separación sea necesaria para el interés superior del niño y con las garantías pertinentes (*vid.* arts. 9.1, 20.1).

2.4. Derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres biológicos, salvo que ello vaya en contra del interés superior del niño (*vid.* art. 9.3).

2.5. Derecho a que la adopción del niño sólo se produzca tras un proceso con todas las garantías jurídicas y de información solvente, y en el que cuando así se requiera las personas interesadas hayan dado su consentimiento (*vid.* art. 21).

Como es fácilmente colegible, los principios y derechos enumerados más arriba pueden dar lugar a supuestos conflictivos en los que la decisión se torne difícil. La *Convención* ha facilitado un tanto las cosas al establecer, explícita o implícitamente, algunos *principios cuya finalidad es precisamente la de orientar la toma de decisiones*:

3.1. 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 menor (*vid.* art. 3.1).

3.2. En las decisiones sobre los menores habrán de tenerse en cuenta los condicionamientos de raza, cultura y tradición en las actuaciones del menor (más o menos explícito en varios artículos de la *Convención*, *vid.* en particular arts. 5, 20.3).

3.3. En las decisiones sobre los menores habrán de tenerse en cuenta la consideración de la familia como grupo fundamental y medio natural para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad y el bienestar del niño (*vid.* preámbulo).

3.4. En cualquier caso, siempre que el menor esté en condiciones de formarse un juicio propio podrá manifestar su opinión sobre las decisiones que le afecten, y ello sobre todo en los supuestos de que la decisión se adopte en virtud de procedimiento judicial o administrativo. La opinión del niño habrá de ser tenida debidamente en cuenta, en función de su edad o madurez (*vid.* arts. 12, 9.2).

El más importante de los principios decisorios o hermenéuticos que se han enumerado es el principio del interés superior del menor. Un principio que habrá de tenerse siempre en cuenta; pero que no es el único criterio a tomar en consideración, como se dejó bien claro en los trabajos preparatorios

de la de la Convención<sup>21</sup> y como, además, puede comprobarse en la redacción definitiva del artículo 3 de la misma: "Una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del menor"<sup>22</sup>. En estos trabajos preparatorios también se ve claramente como el interés del menor debe conjugarse con el respeto a los condicionamientos de raza, cultura y tradición. Además, en todo el proceso se deja constancia de la especial valoración de los lazos familiares, afectivos y de solidaridad, en orden a la determinación del interés del menor. Por último, la opinión del menor, en los casos en que este tenga capacidad de juicio e información suficiente para manifestarla, también habrá de ser tenida en cuenta como un importante elemento decisorio y, obviamente, fundamental en la determinación del interés del menor.

El problema sigue siendo cómo y quién da contenido y determina el alcance del interés del menor y lo pondera en relación con los otros principios decisorios. Al no ser un criterio unívoco, surge de inmediato la dificultad de determinar cuál es el interés del menor. Al respecto, nos encontramos, en primer lugar, con lo que pudiéramos denominar pluralidad de perspectivas. El interés del menor puede determinarse atendiendo a sus expectativas como persona, como niño, como joven y como futuro adulto<sup>23</sup>. En este sentido, aunque podamos convenir, lo cual ya es difícil, en que el interés del menor no ha de contemplarse únicamente en función de sus necesidades afectivas inmediatas, sino con una perspectiva global en la que aquéllas se integren y concilien con las demás necesidades inherentes al desarrollo de su personalidad hasta la edad adulta; siempre nos encontraremos con cabos sueltos y la dificultad de concretar este criterio general a tenor del caso concreto. En otro orden de cosas, también surgen dificultades a la hora de ponderar el peso de los diferentes factores de rango personal, social, económico y culturales y étnicos en la decisión sobre cual es el interés del menor.

En cualquier caso, la resolución de las disputas en torno a los derechos del niño, aunque puedan ser consideradas como disputas jurídicas, deben ser resueltas como cuestiones empíricas<sup>24</sup>. La respuesta sobre cuál es el interés

---

<sup>21</sup> Vid. Sharon DETRICK y otros (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the "Travaux préparatoires"*, Dordrecht, Martinus N.P., 1992, pp. 131 y ss.

<sup>22</sup> En el artículo 21 de la Convención, sin embargo, al establecerse las garantías de los sistemas de adopción se establece tajantemente que "Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial".

<sup>23</sup> Cfr. Tom D. CAMPBELL, "The Rights of the Minor: as Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult", cit., pp. 1-23.

<sup>24</sup> John EEKELAAR, "The Importance of Thinking that Children have Rights", cit., pp. 230.

del menor *debe responderse en cada caso y como una cuestión empírica*. Al respecto, a título de indicación, se han señalado algunas orientaciones de carácter general. Así, se ha dicho que sería conveniente atender, en primer lugar y en un lugar obviamente preeminente, a los intereses básicos del menor, entendiendo por tales los relacionados con su protección física, emocional e intelectual; en segundo lugar, a los intereses relacionados con el desarrollo del menor, esto es, a los intereses relacionados con la interdicción de toda discriminación o limitación que pueda impedir el desarrollo de sus potencialidades; y, en tercer lugar, por último, los intereses relacionados con la posibilidad de que el menor elija por sí mismo la orientación y el estilo de vida que desee<sup>25</sup>. En relación con este último punto, que muchas veces suele quedar en el olvido, incluso cuando el menor tiene capacidad de juicio para decidir por sí mismo, puede ser conveniente volver a recordar lo que ya se apuntó más arriba sobre la conveniencia de que quienes han de asumir la responsabilidad de decidir sobre el menor tengan en cuenta que las decisiones que adoptan no tienen que ver con sus propios derechos, sino con los derechos del niño. En consecuencia, deberán esforzarse por realizar un juicio hipotético para calibrar si el propio menor, caso de tener conocimiento de todos los factores relevantes del caso y madurez de juicio suficiente, desearía que la decisión fuese tomada en ese sentido.

Tras la apuesta por una resolución "empírica" de los casos difíciles en la que se tengan en cuenta las circunstancias particulares del mismo, restaría todavía una última pregunta sin responder: ¿quién debe decir cuál es el interés del menor? Las opciones al respecto también son plurales. Sólo a título de ejemplo podríamos enumerar las siguientes: los padres; los jueces; la administración y, dentro de ésta, los juristas o los operadores sociales; etc. En realidad, a lo largo de este trabajo se han avanzado ya datos y opciones que contestan suficientemente a esta última cuestión. Así, se ha dado por sentado que la realización efectiva de los derechos del menor exige una actuación positiva de sus padres y tutores y, si no se produce, entonces deviene obligatoria la intervención positiva de los poderes públicos. Los poderes públicos en cuanto responsables y garantes últimos de los derechos del menor, deben intervenir activamente, si fuese necesario, con el fin de hacer plenamente efectivas la realización de las garantías de protección y las expectativas de bienestar social del menor. Si acaso, una última advertencia, que por los demás dada la obviedad de la apostilla, pudiera considerarse superflua. Aun-

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 230-31.

que la decisión haya de ser una decisión jurídica, no parece que la evaluación empírica del interés del menor deba recaer en los juristas, que deberán ocuparse principalmente de supervisar el respeto de la legalidad y de las pertinentes garantías, mientras que la evaluación empírica del interés del menor deberá realizarse por los operadores sociales.

#### **BIBLIOGRAFIA CITADA**

- ANDRIA, P.: "I diritti sociali del minore", *Bambino incompiuto* 1990/2, pp. 33-42.
- AUBERT, V.: "The Rule of Law and the Promotional Function of Law in the Welfare State", en *Dilemmas of Law in the Welfare State*, G. Teubner (ed). Berlín, Walter de Gruyter, 1986, 28 y ss.
- BARCELONA, P., y A. CANTARO: "El estado social entre crisis y reestructuración", en *Derecho y economía en el estado social*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 49-70.
- BOBBIO, N.: "La función promocional del derecho", en *Contribución a la teoría del derecho*, trd. A. Ruiz Miguel, Valencia, F. Torres, 1980.
- CALVO GARCIA, G.: "Transformaciones del derecho civil", en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona, Bosch (en prensa).
- CAMPBELL, T. D.: "The Rights of the Minor: as Person, as Child, as Juvenile, as Future Adult", en *Children, Rights and the Law*, Ph. Alston y otros (ed.), Oxford, Clarendon, 1992, pp. 1 y ss.
- DELL'ANTONIO, A.: "Le 'opinioni' dei bambini", *Bambino incompiuto* 1990/2, pp. 43-52.
- DETRICK, S., y otros (ed.): *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the "Travaux preparatoires"*, Dordrecht, Martinus N. P., pp. 131 y ss.
- DIAZ BARRADO, C.: "La Convención sobre los Derechos del Niño", en *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Córdoba, 1991, pp. 183-221.
- EEKELAAR, J.: "The Importance of Thinking that Children have Rights", en *Children, Rights and the Law*, Ph. Alston y otros (ed.), Oxford, Clarendon, 1992, pp. 221 y ss.
- EMBID IRUJO, A.: "Protección de menores", en *Derecho público aragonés. Estudios sobre el Derecho de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Zaragoza, 1990, pp. 671-684.
- ESTEVEZ ARAUJO, J. A.: "Estructura y límites del Derecho como instrumento del Estado social", en *Problemas de legitimación en el Estado social*, E. Olivas (ed.), Madrid, Trotta, 1991, pp. 152-154.

- FELIU REY, M. I.: *Comentarios a la ley de adopción*, Madrid, Tecnos, 1989.
- FREEMAN, M. D. A.: "Taking Children's Rights More Seriously", en *Children, Rights and the Law*, cit., pp. 52-71.
- HABERMAS, J.: "Teoría de la acción comunicativa", vol. II: *Crítica de la razón funcionalista*, trd. M. Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987.
- LLEBARIA SAMPER, S.: *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, Barcelona, Bosch, 1990.
- LUHMANN, N.: *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1984.
- "The Self-Reproduction of Law and its Limits", en *Dilemmas of Law in the Welfare State*, G. Teubner (edtr.), Berlin, Walter de Gruyter, 1986, pp. 111-127.
- "Closure and Openness: On Reality in the World of Law", en *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988, pp. 335-348.
- MACCORMICK, N.: "Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights", *ARSP* LXII (1976), pp. 305-16 (hay trad. castellana en, *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, trd. M. L. González Soler, Madrid, Tecnos, 1990, cap. VIII).
- MCGOLDRICK, D.: "The United Nations Convention on the Rights of the Child", *International Journal of Law and the Family* 5 (1991), pp. 132-169.
- MORO, A. C.: "La Convenzione dell'ONU a tutela della infanzia", *Bambino incompiuto* 1990/2, pp. 5-22.
- OFFE, C.: *Contradicciones en el Estado del Bienestar*, J. Keane (edtr.), trd. A. Escotado, Madrid, Alianza, 1990.
- O'NEILL, O.: "Children's Rights and Children's Lives", en *Children, Rights and the Law*, cit., pp. 24-42.
- PEREZ VERA, E.: "El Convenio sobre los Derechos del Niño", en *Garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid, Minist. de Asuntos Sociales, 1990, pp. 167-185.
- PREUSS, U. K.: "El concepto de los derechos y el Estado del bienestar", en *Problemas de legitimación en el estado social*, E. Olivás (ed.), cit., pp. 65-90.
- TEUBNER, G.: "Substantive and Reflexive elements in Modern Law", *Law and Society Review* 17/2 (1983), pp. 239-285.
- "Aspetti, limiti, alternative della legificazione", *Sociologia del diritto*, núm. XII (1985/1).
- (ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, Walter de Gruyter, 1986.
- *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society*, Berlin, Walter de Gruyter, 1988.
- y Alberto FREBAJO: *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems. Regulation and Autonomy in a new Perspective*, Milan, Giuffrè, 1992.
- WALSH, B.: "The United Nations Convention on the Rights of the Child: a British View", *International Journal of Law and the Family* 5 (1991), pp. 170-194.
- WEBER, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, ed. J. Winckelmann, trd. J. Medina y otros, México, FCE, 1979.

