

DEL DERECHO *DE* LA CULTURA AL DERECHO *A* LA CULTURA EN LA INFANCIA¹

Mar Cabezas

Centro para la Ética y la Investigación de la Pobreza, Universidad de Salzburgo

RESUMEN:

Este artículo trata de examinar los problemas de justicia que se dan respecto de la realización de los derechos del menor. Para ello, se partirá del marco de los derechos humanos como mínimo común, es decir, como la base de las obligaciones mínimas morales hacia los seres humanos, y como reflejo de una teoría de justicia compartida y compatible. Así, en primer lugar, se analizarán los problemas específicos que afectan a la infancia como sujetos de derechos distintos de los adultos. En segundo lugar, se profundizará en los conflictos más recurrentes, a saber, el choque entre el derecho a la autonomía parental y el derecho del menor, por un lado, y la apelación a derechos colectivos y derechos de las culturas frente a los derechos del individuo a tener y/o renunciar a una cultura. Finalmente, se argumentará a favor del papel del Estado como responsable y garante de un nivel mínimo de bienestar de sus menores con el fin de que lleguen a la edad adulta como sujetos que puedan hacer uso pleno de sus derechos de primera generación.

ABSTRACT:

This article examines the problems of justice in relation to the realization of children's rights. To do this, I will assume the human rights' discourse as a common minimum framework, i.e. as the basis of moral obligations and as a reflection of a shared and sharable theory of justice. Firstly, I will analyze the specific problems affecting children as subjects of rights who differ from adult moral agents. Secondly, I will address the questions related to the most recurrent conflicts, namely, on the one hand, the clash between the right to parental autonomy and the child's rights, and, on the other hand, the appeal to collective rights and cultures' rights instead of the person's rights to have or give up a culture. Finally, I will argue in favor of the role of the State as responsible and warrant of a minimum level of children's well-being so that they reach adulthood as subjects who can make full use of their first generation rights.

PALABRAS CLAVE: *infancia, derechos humanos, justicia, autonomía parental, paternalismo.*

KEYWORDS: *childhood, human rights, justice, parental autonomy, paternalism.*

0.- INTRODUCCIÓN

¿Qué debería significar vivir en una sociedad justa cuando se aplica a la infancia y no sólo a sujetos de derechos adultos? Quizás significaría una sociedad en la que se garantizara la autorrealización y el

florecimiento del menor, en la que se asegurara su bienestar proveyéndole de la herramientas necesarias, tanto materiales, educativas como emocionales, para poder desarrollar sus talentos y poder vivir una vida acorde con sus valores y objetivos vitales. Quizás una sociedad justa con la

infancia se caracterice por la realización de la *areté* aristotélica, entendiendo el bienestar de la infancia no sólo a corto plazo, sino en términos de autorrealización. En este sentido apuntan teorías de la justicia como el enfoque de la capacidades (*capability approach*) desarrollado por Sen y Nussbaum o sus interpretaciones más recientes aplicadas a la infancia². Sin embargo, defender que la infancia debería tener no sólo derechos a unos bienes y capacidades, sino la capacidad de realizarlos, de llevarlos a cabo, puede tornarse problemático en las sociedades occidentales actuales marcadas por el pluralismo y el recelo por volver a conectar de algún modo el derecho y la moral.³ Así, este artículo trata de examinar los problemas de justicia que se pueden dar en la familia respecto de la autonomía parental y los derechos del menor.

Desde luego existen declaraciones de derechos específicas para la infancia, al amparo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como son la Declaración de Derechos del Niño de 1959 o convenciones como la del Cairo de 1994, sin olvidar pasos tan importantes como la creación, gracias al trabajo de Kempe a mediados del siglo veinte, del Centro

Nacional del Abuso y la Negligencia Infantil, lo que hizo que cambiara la situación legal de la infancia obligando a los pediatras a denunciar este tipo de casos. Incluso antes del 48 se pueden encontrar antecedentes como la declaración de Ginebra de 1924.

No obstante, la aplicación práctica y concreta de los derechos en la infancia es compleja no sólo por las relaciones entre ética y derecho, sino por la propia naturaleza de estos sujetos de derechos, lo que les sitúa a menudo en una posición invisible.

1.- PROBLEMAS ESPECÍFICOS DE LA INFANCIA COMO SUJETO DE DERECHOS

Ciertamente, los derechos cumplen un doble papel que conecta la esfera pública y la privada, como contenidos de una teoría de la justicia y como base de las obligaciones públicas. Sin embargo, cuando se aplica a los menores, las teorías de la justicia tradicionales parecen enfrentar ciertos problemas de base, al igual que, respecto de los derechos humanos, más allá de las legislaciones específicas de cada país, surgen varias peculiaridades y retos a nivel teórico que seguramente se transforman en obstáculos a las hora de implementar políticas a favor del bienestar y desarrollo de la infancia.

En cuanto a las teorías de la justicia clásicas, baste señalar algunos ejemplos clave para plasmar lo que aquí se quiere destacar. El concepto moderno de justicia, escindida del bien, puede encontrar a sus tres pilares principales en Kant, Rawls y Dworkin. Si bien sus logros y aportaciones son indiscutibles, cuando se trata de aplicar estas teorías a la infancia, y no a

¹ Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación *Child poverty and Social Justice* de la Universidad de Salzburgo financiado por la Austrian Science Fund (FWF): P 26480-G15. Asimismo, debe mucho a los apasionantes debates surgidos en la Universidad de Salamanca con los profesores del programa de doctorado Pasado y Presente de los Derechos Humanos.

² GRAF, Gunter y SCHWEIGER, Gottfried, "Poverty and Freedom", *Human affairs*, 24 (2), 2014, pp. 258-68

³ Muchas teorías feministas han señalado la necesidad de mostrar la interrelación de lo público y lo privado, pero la aplicación de un enfoque feminista a la infancia no es suficiente, pues vuelve a ser ciego a las peculiaridades de este grupo.

un sujeto de derechos adulto y autónomo, simplemente parecen no funcionar, seguramente porque no fueron diseñadas pensando en este grupo heterogéneo de seres. Pensemos en el sujeto abstracto kantiano y la universalización de la máxima que rige una acción, o la necesidad de que la justicia sea ciega. Quizás habría que preguntarse ciega respecto de qué: ¿del propio sujeto de la acción, de los afectados, de las circunstancias? Esta ceguera cuando el conflicto es entre sujetos de derechos adultos y menores puede en muchos casos tornarse injusta. Piénsese también en Rawls y varios aspectos de su teoría: no olvidemos que su teoría, “la justicia como imparcialidad”⁴, la posición original, el velo de ignorancia, están diseñados para sujetos autónomos, autointeresados y racionales, esto es, para adultos. Así, sus conclusiones corresponden a una teoría justa para ellos. Dicho de otro modo, los niños ni siquiera cumplirían con los requisitos para entrar en ese juego o pacto. Cabe destacar, por último, el rasgo de la igualdad como fundamento del argumento de Dworkin⁵. La justicia, también en el ámbito de lo público o lo social, se entendería en este caso como la igual distribución de los recursos. No obstante, en el caso de la infancia no basta con la distribución de recursos materiales, sino que es necesaria la garantía de que tendrán acceso a ellos y podrá utilizarlos efectivamente. No se trata sólo de acceso a juguetes, sino de que jueguen, no se trata de tener acceso a alimentos, sino de que coman. Así, lo que aplicado a adultos podría entenderse como un Estado injusto por paternalista, aplicado a la

infancia sería necesario, siendo lo contrario un Estado negligente respecto de sus menores.

Respecto de la concreción de la justicia por medio de los derechos humanos, también aflorarían varios problemas relacionados con los menores. En primer lugar, los menores, y en comparación con los adultos, serían sujetos de derechos que no reclaman su propios derechos, dependiendo por tanto de que otros reclamen aquello que se considera que se les debe. Esto les sitúa en una posición especialmente vulnerable y dependiente, también en materia de justicia social. Además, rompe con la lógica tácita de los derechos aplicados a adultos, donde son estos quienes exigen a otros sujetos el reconocimiento de sus derechos. Un ejemplo claro en este sentido es el caso ya famoso de Mary Ellen Wilson⁶, la huérfana neoyorkina que en 1874 consiguió ser liberada de los tratos abusivos de sus padres adoptivos gracias a la intervención de una vecina, Etta Wheeler, que, conectora de la situación, juzgó que era intolerable que un niño fuera tratado de aquella manera. Así, el reconocimiento de un derecho a ser bien tratado, o concretamente, los límites a la *patria potestas*, cristalizaron porque un sujeto de derechos adulto reivindicó un derecho para los menores. Cuando se trata de adultos, parece claro que para reivindicar un derecho primero debes pensar que lo tienes, que te mereces ese reconocimiento, pero en el caso de los menores esto es muy difícil dada la posición asimétrica en la

⁴ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Madrid, F.C.E., pág. 19.

⁵ DWORKIN, Ronald, *La comunidad liberal*, Colombia, Siglo del Hombre Editores, 1996.

⁶ Véase WATKINS, Sallie A., “The Mary Ellen myth: Correcting child welfare history”, *Social Work*, 35(6), 1990, pp. 500-503 y SANMARTÍN, José (coord.), *Violencia contra niños*, Barcelona, Ariel, 2008.

que se encuentran y la especial influencia del ambiente. Cuando un menor es obligado a trabajar, está expuesto constantemente a la violencia o es tratado de manera cruel, por ejemplo, puede llegar a pensar que es así como debe vivir. Como resultado de esa indefensión aprendida, puede acabar pensando que, aunque no le guste, no es cambiable o no se merece esa mejora. Recuérdesse que un adulto tiene la libertad de abandonar un barrio, un trabajo, una ciudad o una situación cualquiera cuando percibe que esta es dañina. Un menor, sin embargo, no elige el grupo de adultos con el que interactúa ni el barrio donde vive, ni la escuela, por lo que la posibilidad de cambiar de escenario voluntariamente simplemente no existe, lo que le hace más vulnerable a situaciones de riesgo y, por ende, a las injusticias. Al mismo tiempo, los menores, en tanto que sujetos de derechos, no tienen la capacidad de reunirse y formar grupos de presión como de hecho sí hace la sociedad civil adulta, lo que les resta especial visibilidad en la esfera pública.

Asimismo, en el caso de la infancia, se da un desdoblamiento entre deberes, derechos y responsabilidades en varios sentidos. Por un lado, aquellos que en último término serán responsables de asegurar una situación justa para el menor, respetando sus derechos, no son normalmente aquellos que comenten los daños. Así, aquellos que comenten el daño (padres, tutores, vecinos, entorno) no son siempre los responsables de asegurar el cumplimiento de los derechos del menor (instituciones públicas). En segundo lugar, serían un grupo de sujetos de derechos humanos cuyos derechos no conllevan asociados deberes para ellos mismo. Por ello, la tensión y los conflictos habituales

entre la esfera pública y la privada, entre el sujeto de derechos y el Estado, se desdobra en el caso de los menores en dos fuerzas, muchas veces enfrentadas respecto del bienestar del menor, a saber, los padres o tutores, por un lado, y las instituciones públicas, por otro.

Una teoría de la justicia para la infancia desde el respeto y el desarrollo de la autonomía del menor, se enfrenta, asimismo, a dos acusaciones con las que la cultura de Derechos Humanos se enfrenta a menudo, a saber, una, la de eurocentrismo o, dicho de otro modo, la de ser un producto hecho a la medida del mundo occidental, individualista y liberal, y, otra, la acusación de pretender imponer una cultura concreta, la de derechos humanos, como universal a otras culturas y, por ende, pretender imponer una idea concreta del bien y de la vida buena. Sumado a esto, existe el problema inherente a los derechos humanos –agudizado respecto de los niños– sobre la responsabilidad, pues, a menos que formen parte de la legislación de cada país, la persona tiene derecho a reivindicar y exigir que se le reconozcan sus derechos a todos los que estén en posición de ayudar pero, paradójicamente, obviando un principio de responsabilidad, nadie específicamente, o todo el mundo⁷, tiene la obligación de

⁷ Nótese como en la DUDH se afirma “toda persona” (*everyone*), lo que en la práctica se traduce muy a menudo en nadie en concreto y en un vacío de obligaciones: “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad” (art. 29.1) y “toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto e los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” (art. 29. 2). Véase <http://un.org/es/documents/udhr/>

asegurarse de que se le reconozcan a otro sus derechos, lo cual es aún más obstaculizante en el caso de los menores que ni siquiera pueden reclamar en primera persona sus derechos. Así, el problema de las responsabilidades colectivas y el efecto paralizante del espectador se acrecientan más en el caso de los derechos de los menores.

Uno de los problemas recurrentes a la hora de concretar los derechos de la infancia en prácticas y políticas, además de la consabida acusación de paternalismo, es el choque entre las dos autoridades de las que depende el menor, la familia y Estado en sentido amplio, concretado en instituciones públicas como las escuelas, hospitales, etc. Ya sin contar con la situación específica en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo y centrando la atención solamente en los países occidentales democráticos cuya ética pública concuerda en mayor o menor medida con la cultura de derechos humanos, la educación y la sanidad, por su conexión con el concepto de lo que sea una vida buena, son quizás los temas más problemáticos. ¿Cómo justificar una aplicación de unos principios respecto de la salud y el buen desarrollo del menor respetando el derecho de los padres a decidir? ¿Cómo justificar una educación a favor de la autonomía del menor, a favor de su florecimiento como persona en sociedades pluralistas?, o, dicho de otro modo, y respecto de los tutores e instituciones, “¿cómo vincular a individuos cuyos intereses se particularizan al ritmo que se diferencian las esferas sociales, en un entorno donde el individualismo moral da un valor progre-

sivo a las opciones de vida?”⁸. Esto es, la cuestión es cómo justificar, si es que se puede, un cierto paternalismo o perfeccionismo institucional, cercano a una ética de las virtudes, con el respeto al pluralismo moral y cultural actual para que los derechos de la infancia no queden en papel mojado. Dicho brevemente, cómo encontrar y desde qué criterios, un equilibrio, sin caer ni en un relativismo moral negligente hacia la infancia por parte de las instituciones, ni en un exceso de intromisión estatal en la esfera privada.

Estas cuestiones son ciertamente asuntos clásicos con una larga trayectoria en la filosofía moral y política. Sin embargo, cuando el foco se centra exclusivamente en la infancia y no como una mera nota al pie, surge una cascada de preguntas respecto de este conjunto de seres entre dos aguas, cambiantes y conaturalmente heterogéneos, cuya vulnerabilidad afecta no sólo a su bienestar, sino a la posibilidad de llegar a ser aquello que proyecten. Muchos son los ejemplos conflictivos que podemos encontrar en las sociedades actuales y que una teoría de la justicia debería poder abordar.

A continuación me gustaría presentar algunos casos paradigmáticos en los que el choque entre el derecho del menor y el del adulto, el cuidador, padre o tutor, parecen producirse debido a un choque mayor entre aquellos que deben garantizar el bienestar del menor, a saber, las instituciones públicas y los cuidadores, debido a discrepancias respecto de las fórmulas concretas para garantizar ese bienestar y correcto devenir del menor.

⁸ BÉJAR, Helena, *En el corazón de la república. Avatares de la virtud política*, Barcelona, Paidós, 2000, pág. 145

El primer caso que me gustaría señalar es el relativo a la alimentación y la infancia. Es bien sabido que en los últimos años aquellos niños que sufren sobrepeso y especialmente obesidad pertenecen a las clases sociales más bajas debido a la asequibilidad de la comida industrial, la cual es normalmente más alta en grasas saturadas y azúcares. Dicho de otro modo, el hecho de que un paquete de bollos industriales o una hamburguesa de cualquier cadena de comida rápida sean mucho más baratos que un kilo de manzanas o un kilo de verduras, pescado o carne ha favorecido el aumento de la obesidad infantil en las familias con menos recursos, con los consiguientes riesgos para la salud del menor a largo plazo. Así, el derecho a elegir cómo educar y criar a los hijos choca aquí con el derecho a la salud de los mismos, lo que ha generado tensiones cuando instituciones públicas como las escuelas han tratado de imponer en los comedores escolares dietas equilibradas ricas en verduras. El caso quizás más llamativo sería el de Inglaterra en el que algunos padres llegaron a sentirse cuestionados y envidiados en su tarea como cuidadores cuando algunos artículos de prensa les señalaban como “malas madres que dan comida basura a sus hijos.”⁹ Al final, la polémica, lejos de centrarse en lo que realmente beneficia a los menores y en los problemas de las familias para conseguir los medios para garantizar los derechos a la salud de sus hijos, acabó con las madres pasando comida basura de “contrabando” por la valla de la escuela como gesto claro de las luchas y tensiones que muchas veces aparecen entre las obligaciones de las instituciones y los

⁹ Véase el artículo de PERRIE, Robin “Sinner ladies sell kids junk food”, publicado en *The Sun* el 16.09.2006.

derechos de los padres¹⁰. Partiendo de que ninguno tiene la intención de dañar al menor, quizás una teoría de la justicia no puede dejar pasar por alto que también entra en juego la autoestima de los padres como tales, quienes muchas veces perciben las medidas institucionales como una bofetada, casi como un insulto a su capacidad como cuidadores, lo que no sólo repercute negativamente en los niños que dejan de ser el centro de atención, sino que no facilita la comunicación. Aquí el Estado corre el riesgo de querer ejercer de padre de los padres, criminalizando en lugar de facilitando los medios para mejorar la formación de todos, padres e hijos. Quizás la solución pase por entender que las escuelas y los padres están el mismo bando y que no se trata de una lucha de egos, sino de colaborar e integrar esfuerzos para conseguir lo mejor para los menores, cuestión en la que justicia y vida buena confluyen. No se debe olvidar que, más allá de la anecdótica situación británica, según la OMS, el sobrepeso y la obesidad en menores tiende a seguir en la vida adulta del menor y aumenta el riesgo de padecer enfermedades cardiovasculares y diabetes¹¹. Además de los riesgos para la salud física del menor en un futuro y de las limitaciones que implica estar obeso en la correcta realización de las tareas diarias, no se puede pasar por alto el impacto que esta victimización puede suponer al menor, en su autoestima y en sus relaciones sociales. Pensar que un

¹⁰ SCHORB, F. 2008: “Keine „Happy meal“ für die Unterschicht! Zur symbolische Bekämpfung der Armut“, en Henning Schmidt-Semisch y F. Schrob (eds.), *Kreuzzug gegen Fette: Sozialwissenschaftliche Aspekte des gesellschaftlichen Umgangs mit Übergewicht und Adipositas*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, pp. 107-124.

¹¹ Véase <http://www.who.int/dietphysicalactivity/childhood/es>

niño queda menos afectado física y emocionalmente que un adulto por padecer sobrepeso u obesidad es simplemente erróneo. La obesidad puede ser una fuente de sufrimiento para el menor. Su imagen puede quedar profundamente dañada, pasando episodios de vergüenza ante los iguales, lo que puede implicar, según la vulnerabilidad del menor, un daño considerable en su autoestima, inseguridad, depresión o problemas de adaptación escolar y aislamiento. Asimismo, esto se une con una fuerte presión social en los menores para tener una determinada imagen y un determinado cuerpo, lo que favorece aún más la estigmatización, no ya por la clase social a la que los menores pertenezcan, sino por no cumplir con unos cánones estéticos específicos. Como ya defendió Alice Miller, “sólo si llegamos a ser sensibles a las maneras finas y sutiles en las que un niño puede sufrir una humillación podemos esperar desarrollar el respeto hacia él que un niño necesita desde el primer día de su vida en adelante”¹².

En consecuencia, habría que ser consciente de que estos hábitos tienen como resultado un daño en la salud y el bienestar del menor, independientemente del derecho de los padres a educar libremente desde el conjunto de creencias y valores que elijan, pues ayudaría a identificar los problemas, responsabilizarnos de ellos como sociedad y, quizás, paliarlos.

Si bien el caso de la alimentación sea quizás uno de los ejemplos más completos en tanto que en él se une educación y salud, no es el único caso de conflicto entre el derecho del menor a la salud o la educación, por ejemplo, y el derecho de

los padres a elegir libremente cómo quieren criar a su hijos, unido a la obligación de las instituciones de garantizar los derechos de ambos sujetos y el papel, a veces amortiguador, a veces detonador, de la sociedad.

Otro ejemplo relacionado con el anterior es la proliferación de los concursos de belleza infantiles en donde, no sólo se juega con una imagen hipersexualizada de las menores, sino que se las somete a unas presiones que extralimitan el aspecto lúdico que en principio podrían tener tales eventos –más aún si existe un deseo de las familias por prosperar económicamente a través de estas u otras actividades que pudiera realizar la menor–. Si bien estos certámenes han sido prohibidos recientemente en Francia tras la polémica campaña publicitaria de la revista *Vogue*, siguen estando presentes en muchos países de América. Asimismo, casos como el de la madre que inyectó *botox* a su hija de 8 años para que se viera “más guapa”¹³, el de madres que someten a niñas de corta edad a depilaciones y demás procesos de estética¹⁴ quizás deberían llevarnos a plantear si se le está infligiendo un daño a la menor, no sólo a corto plazo, sino especialmente a largo plazo respecto de cómo construirá su autoestima y su valor como persona. En definitiva, deberíamos cuestionarnos para qué quiere una madre que su hija aparezca a los ojos de la sociedad como una mujer adulta en miniatura, más allá de los concursos mencionados, y pose, actúe y se vista de tal manera. ¿Qué

¹³ Véase <http://www.lavanguardia.com/gente/20110323/54131443456/una-madre-britanica-inyecta-botox-a-su-hija-de-ocho-anos.html>

¹⁴ Véase <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2009/03/04/pielsana/1236179681.html>

¹² MILLER, Alice, *The drama of the gifted child*, United States, Basic Books, 1990, pág. 76.

hacer entonces, desde un punto de vista institucional y de la justicia, en los casos en los que, quizás sin violar ninguno de los derechos del menor, sus tutores los sitúan en una zona de vulnerabilidad potencialmente peligrosa? Desde luego, en casos como estos la frontera entre lo público y lo privado se desvanece, pero quizás deberíamos cuestionarnos si, a pesar del derecho de los padres a educar según los valores que elijan, esta escala de valores es la más adecuada para el buen desarrollo de un menor. Es decir, la cuestión sería si el Estado tendría derecho a juzgar, según unos parámetros, las escalas de valores con las que sus ciudadanos se rigen en su vida privada cuando tienen responsabilidades respecto de menores.

Otros ejemplos de los conflictos entre el derecho de los tutores a elegir libremente sobre la educación y el cuidado de sus hijos y el derecho del menor a los derechos de segunda generación como medio para desarrollar y sus capacidades y poder ponerlas en práctica (derechos de primera generación una vez sea adulto) se encuentra en asuntos relacionadas con los choques culturales entre la moral privada de un grupo y la moral mínimamente compartida a nivel público e institucional. Algunos de estos casos serían el abandono escolar de las chicas de etnia gitana, las bodas de menores¹⁵ o el rechazo de los tratamientos con sangre en los testigos de Jehová, tanto por parte de los padres como del propio menor que obviamente

ha sido enculturalizado en esos valores y creencias¹⁶. Aquí, como los casos anteriores, se une el problema de la interiorización del menor de los valores de cada uno de estos grupos, pues la enculturación es inevitable. Esto no sólo pone en cuestión la legitimidad del Estado al intervenir, sino que pone sobre la mesa varias cuestiones éticas sobre la frontera entre lo público y lo privado.

También, en relación al posible derecho de las religiones a existir y la autonomía parental, por un lado, y los derechos del menor, por otro, es destacable el reciente debate suscitado por la comunidad judía en Alemania en relación a la circuncisión y el derecho de la religión a seguir realizando esta práctica¹⁷. Mientras las autoridades reconocen derechos a las personas, y en concreto a los menores, no a los grupos o a las culturas, considerando que esta práctica conlleva un daño a la integridad física del menor, la comunidad judía, por su parte, entiende que prohibir las circuncisiones por razones religiosas es tanto como condenar a sus tradiciones a la desaparición, además de consistir en una violación de los derechos parentales y la libertad religiosa de los mismos.

Un último y reciente ejemplo respecto de los problemas de la autonomía parental que afectaría de lleno al ámbito privado sería el de la propuesta británica de ley contra la crueldad infantil, conocida como la “ley cenicienta”¹⁸. Más allá de las

¹⁵ Véase

http://elpais.com/diario/2011/02/03/sociedad/1296687601_850215.html,

<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/09/04/espana/1378312379.html>, respecto del debate sobre la edad para contraer matrimonio y el consentimiento sexual en adolescentes menores de edad.

¹⁶ Véase

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/10/05/actualidad/1349469630_361762.html sobre este debate.

¹⁷ Véase

<http://es.euronews.com/2012/07/13/un-marco-legal-para-la-circuncision-se-debate-en-alemania/>

¹⁸ Sobre esta polémica, puede consultarse <http://www.bbc.com/news/uk-26814427>

polémicas entre la sociedad civil, esta propuesta contra un tipo de maltrato, a saber, la negligencia y el maltrato emocional o psíquico, apunta a medidas positivas, activas, sobre cómo debería ser el comportamiento de los padres, yendo así mas allá de señalar cómo no se debería tratar a un menor. No se trata, pues, de penalizar las acciones directas y más graves, como puede ser el maltrato físico, sino de dar un paso más en un sentido normativo. En este sentido, lo polémico de la misma radica en que no sólo castigaría las faltas, sino en que se promueve una manera concreta de tratar a los hijos como la correcta y la obligatoria. Así, de nuevo, la frontera entre lo bueno y lo justo, lo legal y lo correcto queda diluida.

2.- CUESTIONES MORALES SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DEL MENOR

A continuación se explorarán, a la luz de estos casos, las cuatro cuestiones principales que atañen al conflicto entre los derechos del menor y el respeto a la autonomía de los padres o tutores y el papel que debería tener el Estado en estos conflictos. Así, se abordará la cuestión de la destrucción de la frontera entre lo público (justicia) y lo privado (moral), el eurocentrismo de los derechos humanos, el paternalismo y el debate sobre el derecho a la cultura frente al posible derecho *de* las culturas.

Como los casos anteriores vienen a señalar, la aplicación de los derechos del menor en nuestras sociedades actuales entrañan muchas veces un doble conflicto, a saber, el derecho de un sujeto (el menor) frente a otro (el padre), pero sobre todo se trata de un doble conflicto entre la autoridad desdoblada en dos: las

instituciones públicas y los tutores o padres y su autonomía parental.

Ante esta disyuntiva, y con los casos señalados en mente como telón de fondo, algunos defienden que la asunción por parte del Estado de unos valores concretos devendría en una imposición de una cultura concreta, la de derechos humanos, sobre otras culturas, asumiendo el Estado una idea de lo bueno y no respetando, en consecuencia, el pluralismo deseado en las sociedades democráticas ni la libertad en la esfera privada.

Quienes defendieran esta postura, entenderían que no es justificable o admisible que el Estado asuma esta idea de bien supuestamente plasmada en estos derechos humanos, surgiendo en este punto las acusaciones de paternalismo y etnocentrismo. Desde este punto de vista, que en cierto modo estaría reconociendo el carácter moral de los derechos humanos, y no tanto político, no es justificable la asunción de una idea de lo bueno por parte de un Estado moderno. Los argumentos para resolver estos conflictos en los que hay niños implicados se basarían principalmente en una defensa de la separación clara entre el Estado y el individuo, entre lo político y lo personal. Así, al situar una frontera nítida entre estas dos dimensiones, la intromisión de una esfera en la otra se haría intolerable, reconociendo únicamente como legítimo aquellos derechos y leyes reconocidos en el código civil y en la constitución, y no tanto las cartas de derechos internacionales que no sean directamente vinculantes en sentido político. El problema de esta visión tan escindida entre la justicia y la moral es que olvida las conexiones que de hecho existen y de las que ambos se nu-

tren, como se señalará con más detenimiento más adelante.

Quienes están de acuerdo con esta visión argumentan que el Estado debe permanecer neutral en cuanto a concepciones de lo bueno –por muy universales o válidas que éstas nos parezcan– y desde un carácter formal debe defender una igualdad y un cumplimiento de la legalidad sin entrar en un mayor contenido. Asimismo, entenderían que el Estado que asume esta idea de lo bueno resultante de los derechos humanos como propia está cometiendo un agravio contra otras culturas no occidentales y no defensoras de estos derechos, los cuales son en este caso identificados con una cultura más, la occidental, frente a otras, rompiendo así con la idea de pluralismo al asumir una concepción de entre las muchas posibles. Por último, defenderían que, si se admite esto por parte del Estado, se corre el peligro de la extralimitación de este y, por ende, de la invasión de la esfera privada por la esfera pública. Así, argumentarían que se limitaría la autonomía de los sujetos, en este caso los padres y los hijos de padres de otras culturas, con valores distintos a los asumidos tácitamente por el Estado en esta supuesta extralimitación de sus funciones.

Sin embargo, esta postura haría imposible la realización efectiva de los derechos de segunda generación, tales como el derecho a la salud y la educación, no sólo de los hijos, sino de los propios padres, pues, o bien los eliminaría como responsabilidad concreta de un Estado neutral en estos temas, o bien tendría que ofrecer una amplitud tal que se volvería autodestructiva. Esto es, si para defender un derecho a la educación tuviera que

garantizarse una pluralidad o neutralidad tal que incluso hiciera posible y protegiera a aquellos que deciden renunciar a ella o que quieren una educación contraria a los derechos humanos, el Estado quedaría paralizado, siendo por tanto poco realista respecto de la cuestión sobre qué es exigible a las instituciones. Las situaría en una posición de todo o nada que inutilizaría su capacidad de acción en la realización de las libertades positivas. Igualmente, el respeto a la autonomía que exigen los sujetos de estas culturas sería a su vez un derecho reconocido no precisamente en sus propias culturas, sino en aquella a la que acusan de ser invasiva y etnocéntrica.

Así, se podría afirmar que la razón de fondo para defender que la aplicación de derechos humanos por medio de medidas institucionales que interviene en la salud y la educación de los menores son una intromisión en la libertad del individuo –tanto del menor como del padre– es que no se asumen como universales, sino como un producto más de una cultura concreta, volviendo en definitiva a la acusación de eurocentrismo e imperialismo occidental soterrado. Así, quienes aceptarían este tipo de argumento defenderían que:

“Los derechos humanos se basan en presupuestos antropológicos de indiscutible cuño occidental: la convicción de la existencia de una naturaleza humana que se puede captar por la razón, la afirmación de una dignidad absoluta e irreducible del individuo, que debe ser defendida contra el Estado y la sociedad, estando ésta necesariamente organizada de forma no jerárquica y respetuosa con la auto-

nomía individual”¹⁹.

En la misma línea se podrían entender los argumentos de quienes defiende que la cultura de derechos humanos no es más que otra cultura frente a la africana, china o musulmana, culturas en las que la anteposición del individuo frente al peso de los círculos sociales, la separación de derechos y deberes y el racionalismo de fondo de los derechos humanos se convertirían en elementos provocadores de cierta intromisión en su cosmovisión y en su modo de comprenderse a sí mismos y a su vida, como señala Javier De Lucas²⁰.

No obstante, pensar que la asunción de una cultura de derechos humanos por parte de las instituciones públicas es una asunción de una idea de lo bueno y una imposición de una cultura concreta sobre otras, no respetando así el existente pluralismo cultural y moral, es en cierto modo falaz, pues se estaría confundiendo el origen de algo con su valor. En efecto, el problema se inicia desde que algunos no entienden los derechos humanos como un auténtico “patrimonio ético de la humanidad”²¹, patrimonio ético y no sólo político o cultural. Dicho de otro modo, en las acusaciones de eurocentrismo subyace una comprensión incompleta de los derechos humanos –en tanto que humanos y universales– y una confusión del pluralismo con una supuesta legitimidad de toda costumbre, tradición o moral particular, más aún si estas pueden afectar

o truncar el bienestar y la autorrealización del menor.

En efecto, la asunción por parte del Estado de una política basada en la aplicación de derechos humanos podría generar conflictos si estos se entienden como la plasmación de una cultura concreta, sobre todo si se aplica al mundo de la infancia, pues no se estaría hablando sólo de un choque entre el sujeto y el Estado, sino entre el sujeto, el Estado y los padres o responsables del menor. En el tema de la educación es especialmente relevante, por su apariencia paradójica, el hecho de que una educación para la autonomía del menor estaría defendiendo un conjunto de derechos de primera generación del menor por medio de un derecho de segunda generación.

No obstante, esta acusación sería cuestionable si se centra la atención sólo en los derechos de segunda generación expuestos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, dado que es la única que cumple la condición de universalidad e individualidad y, por tanto, es la única que puede ser tenida como referente, frente a otros casos como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 o la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981²², por ejemplo, las cuales, o bien hablan de derechos de los pueblos y no del individuo humano, o bien hacen excesivo hincapié en el origen, americano o africano, y no universal, así como en los deberes, entendidos como correlativos a los dere-

¹⁹ PUREZA, José Manuel, *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un derecho internacional de la solidaridad?*, Madrid, Trotta, 2002, pág. 116.

²⁰ DE LUCAS, Javier, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994, pág. 59.

²¹ ORAÁ, Jaime y GÓMEZ, Felipe, *La declaración universal de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002, pág. 122.

²² Para profundizar en estas declaraciones se puede consultar TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 133-139; 227-231 y 271-283, respectivamente.

chos, idea que no se desprende de la Declaración Universal del 48 y que es discutible en tanto que no es exigible a todo humano los mismos deberes, como ocurre con la infancia.

Por ello, como se apuntaba anteriormente, quizás aquellos padres o tutores que se sienten atacados en su derecho de educar a sus hijos desde los principios que mejor consideren, junto con los teóricos que tratan con cierto desprecio o cinismo el valor moral y universal de los derechos humanos como plataforma común y universal, no deberían caer en la falacia genetista confundiendo el origen de X con la justificación de X. Esto es, no se puede identificar el o los orígenes del discurso de derechos humanos, con el discurso mismo, primero, porque es una imprecisión analítica, segundo, porque puede llevar a distorsiones del mismo, tales como pensar que son derechos sólo para occidente y de occidente, en tanto que tienen aquí su matriz. Asimismo, su historicidad, el hecho de que se vayan fraguando en la historia, no es razón para su menosprecio, sino motivación para pensar en un horizonte común deseado y en la posibilidad de contribuir a un progreso moral.

Otros llaman la atención ante el peligro de sobrecargar las obligaciones del Estado y de, en cierto modo, considerar que el derecho es la panacea a todos los problemas que surgen en la arena pública cada vez que se da una interacción entre sujetos de derechos. Sin embargo, precisamente esta tendencia a sobrecargar las obligaciones de las teorías de derechos, y a redactar listas interminables de derechos difícilmente realizables en la práctica —desvirtuando el sentido de “privilegio” o

“prerrogativa” que tiene un derecho— no viene sino a mostrar un olvido de la moral, un olvido de que si pudiéramos hablar de cuestiones morales en la esfera pública y poner sobre la mesa qué valores queremos compartir y defender en nuestra vida política seguramente no sobrecargaríamos de obligaciones a las instituciones públicas respecto de asuntos borrosos ni se daría la cuestión del paternalismo estatal. Por ejemplo, si en el caso de la alimentación de los menores, fueran capaces de comunicarse —escuela y padres— de una manera respetuosa y cooperativa, podríamos llegar a resolver estos problemas sin convertirlo en un asunto jurídico o sin tener que extender la lista de derechos. Dicho en pocas palabras, quizás sería positivo poder hablar sobre qué entendemos por una vida buena para nuestros menores sin tener que dar lugar para ello a un derecho a la felicidad, por ejemplo, como único medio de introducir y legitimar estas cuestiones en el discurso público. Como señala Ramos Pascua, “si el derecho desempeñara realmente todas las funciones que los estudios le atribuyen no habría cosa más útil en el mundo. (...) Se le ha confiado la realización de la justicia, de la convivencia pacífica, del bien común, de la eficiencia, de la certeza o seguridad en las relaciones sociales, de la libertad, del bienestar y hasta de la felicidad”²³.

Asimismo, la acusación de un excesivo intervencionismo o paternalismo por parte del Estado en los casos anteriormente mencionados quizás sea cuestionable, pues, si bien el fin que persiguen

²³ RAMOS, José Antonio, “Función del derecho y moralidad” en BONETE, Enrique (coord.), *La política desde la ética*, Vol. II, 59-76, Barcelona, Proyecto A, 1998, pág. 59.

dichas intervenciones pueda conseguirse por otras políticas que no hagan sentirse desplazados a los padres, también es cierto que la neutralidad del Estado aplicada a la infancia no es un respeto al pluralismo, sino una negligencia respecto del menor. La acusación de paternalismo sólo tiene sentido si somos paternalistas con un igual, con un sujeto de derechos que además es autónomo y responsable de sus decisiones, pero no ser paternalista con un menor, no es sino ser negligente. En este sentido, el problema no es que haya paternalismo respecto del menor, sino respecto de los padres, y sobre todo, que haya dos autoridades en conflicto por establecer lo que cada una considera mejor para el niño.

Incluso yendo más allá, en relación a la acusación de paternalismo estatal, uno podría de hecho pensar que la asunción por parte de un Estado moderno de una idea de lo bueno sí es justificable, e incluso necesario e inevitable para dar lugar a legislaciones: “El problema de la relación entre ética y política es el problema de la responsabilidad ética de la lucha política”²⁴. Varios serían los argumentos. En primer lugar, porque 1) si no se asume un mínimo común sobre una idea de los bienes públicos, el Estado de derecho se queda en una situación de vacío, de abstracción, que impide el desarrollo de la vida de facto de los individuos, de la sociedad de ese Estado, y que, por ende, se vuelve contra la misma idea de Estado de derecho, pues se torna un Estado incapaz de realizar y garantizar eficazmente estos derechos. En segundo lugar, porque 2) si el Estado se queda en un plano de legali-

dad sin penetrar en lo concreto, se da lugar al imperio del más fuerte, esto es, del grupo dominante en esa sociedad civil que, como ya se ha dicho, es heterogénea, produciéndose así, a pasear de la igualdad de derechos, la desigualdad de hecho, lo que daría lugar, o bien a la imposición de la idea de bien de una comunidad concreta, la más fuerte dentro de ese Estado, o bien, a una situación de aniquilación de unos contra otros, de guetos morales, políticos y culturales, pues no habría modo de garantizar de hecho los derechos básicos del individuo. En este sentido, se puede entender el derecho como un “instrumento al servicio de la moralidad”²⁵, sin que esto implique necesariamente un paternalismo estatal, sobre todo en lo referente a menores que son sujetos de derechos especialmente vulnerables.

Esto es, si se defiende el derecho a la educación, por ejemplo, pero no existe o no se exige un compromiso con una escuela pública en la que el individuo adquiriera las herramientas para poder desarrollarse y autorrealizarse como un futuro adulto autónomo por miedo a que se entienda el hecho de optar por una educación a favor del autofloreCIMIENTO, como una cuestión de moral privada, entonces el primer derecho quedará en una especie de limbo sin una realización concreta. Estaríamos haciendo un esfuerzo en balde si defendiéramos el derecho del menor a la salud pero lo supeditáramos a las preferencias del grupo cultural al que perteneciera y obviáramos el debate sobre una idea mínima compartida sobre qué es bueno para la salud de un menor. Y si llegamos al punto, como quienes respal-

²⁴ RITTER, Gerard, *El problema ético del poder*, Madrid, Revista de Occidente, 1972, pág. 15.

²⁵ RAMOS, José Antonio, “Función del derecho y moralidad” en BONETE, Enrique (coord.), *La política desde la ética, op.cit.*, pág. 65.

darían la acusación de eurocentrismo y paternalismo, de cuestionar la validez de estos derechos a la salud o la educación por ser la plasmación de una moral particular e incluir una noción de vida buena concreta pero no admisible por todos, entonces estaríamos condenando al Estado a una inactividad o perplejidad permanente.

Por otro lado, muchos padres de los señalados en estos ejemplos lamentan una actitud paternalista del Estado, no ya hacia sus hijos, sino hacia ellos mismos y su derecho a educar. Si bien es cierto que la asunción del Estado de un papel de padre de los padres puede ser de hecho peligroso para la autonomía del menor, quizás no asumir medidas paternalistas hacia la educación de los menores pueda derivar en lo contrario, en una negligencia. Esto es, unas instituciones que no fuera paternalistas con aquellos sujetos de derechos cuya autonomía aún no se ha desarrollado completamente y que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad sería injusto y negligente, en cierto sentido sería, a diferencia del respeto por la autonomía del adulto, abandonarles a su suerte y dejarlos en manos del factor “lotería”, dependiendo su bienestar y desarrollo de lo preparados, empáticos o no que sean los padres o tutores con los que vivan.

Quizás la acusación de paternalismo estatal remita a un cierto olvido del hecho de que el Estado y la ley son por naturaleza coercitivos. Sin embargo, hay que aclarar que coercitivo no implica abusivo, por lo que el papel del Estado no neutral no implicaría necesariamente la dominación y la negación de la autonomía parental, siempre que esta no se ejerciera de

manera potencialmente dañina para el menor. Por esto el compromiso del Estado con ciertos valores no debe comprenderse como una amenaza. De hecho, la neutralidad del Estado defendida por el liberalismo implica ya una posición ética con consecuencias para la vida de sus ciudadanos contrarias paradójicamente a los principios defendidos inicialmente como podría ser la imparcialidad. Así, la cuestión sería por qué no puede el Estado comprometerse activamente con valores que potencien y posibiliten el desarrollo del potencial humano. En este sentido, parece justificable e incluso necesaria la no neutralidad moral del Estado si realmente se quieren evitar situaciones de injusticia. Quizás esto se puede entender como un exceso, como algo supererogatorio y no exigible en la esfera pública. Sin embargo, parece claro que para que sea justa una sociedad es necesario ir más allá de unas simples reglas de juego de las que ya se parte, pues de lo contrario, si no hay un fin común y una idea compartida sobre lo bueno, no se puede llevar a cabo un proyecto político respecto de cuestiones como la educación, la sanidad, y en definitiva cuestiones respecto de que consideramos lo mejor como sociedad y hacia que horizonte queremos avanzar.

En este punto quizás sea necesario recordar que los derechos de segunda generación²⁶ son aquellos derechos económicos, culturales y sociales que parten de la tesis de que “la identidad individual es también social”²⁷ y que evitan dejar al individuo –incluido el menor– en una

²⁶ Aquellos comprendidos entre el artículo 22 y 29 de la DUDH.

²⁷ DE LUCAS, Javier, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, op.cit., pág. 62.

situación desfavorable, por un lado, frente al Estado, del cual se reclama implícitamente un deber de protección hacia el individuo, y por otro, frente a otros agentes sociales, como pueden ser los tutores y el entorno social más cercano al menor. De este modo estos derechos permiten la realización y concreción de los derechos de primera generación, dando el salto así, por ejemplo, de un derecho a la libertad y la autonomía (art. 3) a un derecho a la educación (art. 26), lo que tiene varias implicaciones. Primero, que es imposible entrar en las cuestiones señaladas en los conflictos del punto anterior sin abordar una posición frente a la idea del bien o de lo bueno, pues implícitamente se entiende que un Estado que defiende la aplicación de estos derechos de segunda generación juzga que la salud, la educación, la cultura, una situación laboral y social digna son bienes los cuales es necesario defender públicamente y, por otro lado, implica que un Estado liberal en primer momento formalista, neutro en términos de bondad, toma una postura a favor de una situación de bienestar convirtiéndose en un Estado de derecho social y de bienestar, lo que implica de nuevo una concreción de ese formalismo y una opción pública respecto del concepto de vida buena pública. Esto es, desde que el Estado asume la defensa de unos bienes públicos en lugar de otros, entra a cuidar a sus ciudadanos asumiendo, a su vez, tácitamente, una idea de lo bueno. Por ello mismo, esta falta de neutralidad axiológica de los derechos humanos no es un defecto, sino una condición necesaria para que los mismos y la vida pública funcionen. En otras palabras, al reconocer libertades positivas a los menores en tanto que sujetos de derechos, se está reconociendo tácitamente la necesidad de

la intervención del Estado, siempre partiendo del límite anteriormente impuesto por los derechos de primera generación. Parece innegable que según como se realicen los derechos de segunda generación pueden quedar afectados los derechos de primera generación. Si no se fomenta, por ejemplo, una educación que vaya en favor de la autonomía del menor y que priorice al sujeto de derechos frente a las culturas, podemos estar defendiendo un derecho de segunda generación a costa de truncar o sacrificar los de primera. Si se presta atención al artículo 22,^{28 29} ya se explicita aquí un punto clave, a saber, que estas medidas se justifican por los derechos de primera generación (libertad y dignidad), esto es, parten de la aceptación previa de éstos, como único modo fáctico de llevarlos a la práctica y garantizando, por tanto, a pesar de implicar una mínima idea general del bienestar, la libertad suficiente al individuo para que a partir de esta base pueda realizarse libremente, lo que es de especial valor en el caso de los menores y los conflictos culturales. Por otro lado, desde el momento en el que el Estado asume el compromiso de cuidar a los ciudadanos debe tomar medidas concretas, como se acaba de mostrar, para la realización de estos derechos, tales como proporcionar una seguridad social y una educación gratuita, etc. Es aquí, pues, donde surgen las sospechas sobre si tales

²⁸ “Toda persona (...) tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de la personalidad”.

²⁹ La declaración de derechos humanos completa se puede consultar en Véase <http://un.org/es/documents/udhr/> Para un análisis de los mismos véase TRUYOL Y SERRA, Antonio, *op.cit.*, pág. 137.

medidas no son en realidad una intromisión en la libertad de elección de la vida buena de cada individuo. Al defender una educación basada en los mismos derechos humanos da lugar a una discriminación teórica de aquellos que no asumieran la base o la premisa de la validez de los derechos humanos, dando lugar a los conflictos señalados entre la obligación por parte del Estado de garantizar un libre acceso a una educación que se basará en el fortalecimiento de los derechos humanos (art.26.2) y, por otro lado, la libertad de los padres para escoger el tipo de educación que quieren dar a sus hijos (art.26.3).

Así, el argumento que da lugar a la aparente paradoja que de aquí se desprende se divide en tres ideas, a saber, primero, que es evidente que los derechos humanos de segunda generación implican una idea de bien, aunque esta idea de bien tenga una pretensión universal y se reduzca a su mínima expresión, segundo, que la defensa de una idea de bien por un Estado, esto es, por la esfera pública, puede ser inadmisibles si se parte de la separación moderna de la esfera pública y la privada, de la política y de la moral, en definitiva, de la justicia y el bien, y en tercer lugar, como razón de ésta, que esa idea de bien defendida desde la esfera pública puede significar una intromisión en las libertades del individuo.

Sin embargo, se pretende llevar a la práctica desde la esfera pública, esto es, se pretende dar el salto de lo ético a lo político, lo que causa el problema en su aplicación que aquí se trata. Este salto es problemático, primero, porque se parte de una pluralidad moral, segundo, porque se parte de la separación de lo político, lo

público y la justicia, por un lado, y la ética, lo privado y el bien, por otro, siendo entonces los derechos de segunda generación el nexo entre estas dos esferas pues desde la esfera pública entran y tienen consecuencias en lo personal, en la esfera privada., tercero, es problemático porque los derechos humanos tienen mucho de derechos morales, no sólo en un sentido formal o apriorístico, sino lleno de contenido, esto es, se podría decir que son parte de las éticas materiales en tanto que tiene una idea clara, no sólo de la dignidad humana, sino del bien, de la vida buena entendida como bienestar que parte de la libertad –individual– principalmente.

No obstante, y precisamente debido a ese pluralismo cultural, parece aún más necesario educar a los menores desde la autonomía y, si se quiere la *areté* aristotélica. No se puede olvidar que el objetivo de las instituciones respecto de los derechos y a la autonomía parental priorizando los derechos y el bienestar del menor sería un intento de dotar a la esfera pública (lo justo) de connotaciones morales (lo bueno) para evitar catástrofes anteriores, abusos en los que los derechos colectivos, de las culturas o de las religiones llegan a asfixiar al individuo. En este sentido, una educación a favor de la autonomía moral de los menores y su florecimiento como sujetos responsables de sus propias decisiones vitales parece ser la mejor manera de garantizar un bienestar de los individuos, pues en definitiva el carácter moral de los individuos no deja de ser una cuestión tanto de interés público como privado³⁰, pues son estos mismos individuos los que son agentes políticos y morales.

³⁰ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, *op.cit.*, pág. 172

Cabe suscribir, por todo lo dicho, la idea de Bellah de que “una república es una comunidad política activa de ciudadanos participantes que deben tener un propósito y un conjunto de valores”³¹. La esfera pública es, pues, algo cualitativamente distinto a la suma de individualidades de manera que debe garantizarse que el menor no sea ahogado por una u otra moral particular que pudiera truncar el desarrollo de sus facultades como sujeto de derechos.

Se podría pensar que la defensa del derecho del menor frente al supuesto derecho de un producto abstracto como es el concepto de “cultura” es una manera de no respetar a las culturas o de condenar las diferencias culturales y las tradiciones minoritarias al olvido y la desaparición. Sin embargo, las culturas, tradiciones, las religiones etc., no son sujetos de derechos *per se*. Por el contrario, son los individuos que las conforman los que tienen derecho a adoptar, seguir, abandonar o cambiar ese conjunto de tradiciones. Los derechos son de las personas, no de los productos culturales a los que la actividad de las personas da lugar. En este caso no chocan los derechos de dos personas, sino que los padres se vuelven intermediarios de una cultura. Sin embargo, lo que de verdad está en lucha es el derecho del menor a ser autónomo, a su bienestar y a la educación y a la cultura frente al supuesto derecho de una cultura concreta a imponerse por medio del padre que haría de comunicador de la misma. ¿Para qué querrían las culturas como entes abstractos ser reconocidas como “sujetos” de derechos, esto es, como personas, si los

integrantes de las mismas ya son reconocidos como sujetos de derechos autónomos?

Entender la educación o la salud de los menores como derechos colectivos tampoco evitaría el problema de la obstaculización del florecimiento del menor. De nuevo no son las comunidades las que tienen derechos, sino las personas que las conforman, pues las comunidades y las culturas son valiosas en tanto que están integradas por sujetos morales, no por el hecho de existir. Los derechos humanos por definición son de carácter subjetivo, es decir, el titular de un derecho es una persona a la que se le reconoce ese privilegio o prerrogativa. En este sentido, hablar de la comunidad de sordos, de la comunidad judía o de la cultura gitana como sujetos o titulares de derechos no tiene sentido desde el discurso de derechos humanos.

No se trata del derecho a imponer mi educación, sino del derecho a la educación, desde aquellos principios que faciliten que el menor llegue a ser un sujeto de derecho adulto y autónomo que entonces pueda elegir y ejercer esa libertad. Una educación moral unida seguramente a una educación emocional, como vienen señalándose en la última década, puede ser quizás la clave para dar lugar a generaciones responsables y autónomas. En cualquier caso, no se trata de anular una cultura o una religión. Simplemente se trata de no permitir realizar aquellas prácticas que puedan tener consecuencias irreversibles para la integridad física y el desarrollo personal del menor. No se trata de no introducir al menor en las costumbres y creencias de una u otra cultura, religión o tradición, sino de no someterles a prácti-

³¹ BELLAH, Robert N. y HAMMOND, Phillip E., *Varieties of Civil Religion*, San Francisco, Harper & Row, 1980, pág. 12

cas que pudieran truncar su desarrollo y que ellos mismos podrían rechazar de adultos, dada la falta de consentimiento por parte del menor, quien, incluso estando de acuerdo, se encuentra en una situación asimétrica y de desventaja para poder tomar una decisión verdaderamente autónoma. En este sentido, el Estado no sólo debería velar por el bienestar (*wellbeing*) del menor, sino por su buen devenir (*wellbecoming*). Así, si el Estado entra en el espacio de los valores es porque se entiende que este bien común es distinto de la suma de fines individuales, siendo por tanto la cuestión inicial sobre cómo llevar a la práctica estos valores y principios un asunto público, político, y no sólo algo privado o subjetivo.

3.- CONCLUSIÓN

Finalmente, asumiendo el discurso de derechos humanos como un discurso moral y universalizable, pero también como un conjunto de derechos con la intención de convertirse en derechos políticos, parece razonable defender una educación de los menores para la autonomía, para su autorrealización y florecimiento —si se quiere en sentido de la *areté* griega— por medio de políticas encaminadas a garantizar estos derechos de primera y segunda generación, sin que esto constituya una intromisión o choque con la libertad personal siempre y cuando se apliquen desde el individuo y, por ende, desde el marco mismo de los derechos humanos que pasan a ser límite o filtro de la aplicación de sí mismos. Esta sería, pues, la única manera de permitir realizar y garantizar todas las demás formas de vida ya que si se parte de cualquier otra tradición o de un formalismo o universalismo abstracto, no se llegaría a la posibi-

lidad de que el individuo pudiera elegir o realizarse plenamente, pues de hecho el individuo moriría antes de lograr esto, bien por la presión de un grupo dominante con el que no se identifica, bien por la indiferencia del Estado hacia las necesidades básicas que representan los derechos de segunda generación.

Así, un Estado debería garantizar no sólo la autonomía y el bienestar de sus menores, sino las herramientas que les permitirían adquirir esa autonomía y bienestar. Sin estos requisitos, el florecimiento, la autorrealización y la responsabilidad del menor en su vida adulta se verían seriamente mermadas debido al impacto de distintos factores, incluido la autonomía parental, sobre todo si no se centra la atención en el menor, sino sobre todo en el sujeto moral adulto y el respeto por las culturas. En efecto, “el estatus y la posición de los niños tiene que entenderse dentro del marco del presente, y dentro del marco del curso de la vida y el desarrollo, como predicciones”³². Obviamente el bienestar del menor dependerá de un conjunto de factores complejos que el Estado tendrá que gestionar, pero siempre a favor del bienestar y del buen devenir del menor. En este sentido, el bienestar del niño no es simplemente una cuestión privada. Como futuro adulto, el menor debería disponer de las mejores herramientas disponibles para su bienestar y autorrealización, lo que a su vez depende en gran medida de la educación moral, la autonomía y la responsabilidad que le proporcionemos. En este

³² BEN-ARIEH, Asher, CASAS, Ferran, FRØNES Ivar and KORBIN, Jill E., (eds), *Handbook of Child Well-Being: Theory, Indicators, Measures and Policies*, Dordrecht/New York Springer, 2014, pág. 15.

sentido, el Estado debería garantizar un cierto nivel de bienestar a sus menores, más allá de los derechos parentales, con el fin de que aquellos lleguen a la edad adulta como sujetos que puedan hacer uso de sus derechos de primera generación en sentido pleno.