

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DE LA NIÑA. EL DEBATE IDEOLÓGICO A TRAVÉS DE LAS DENOMINACIONES: ¿NIÑO/NIÑA? O ¿MENOR?

Carlos Sánchez-Valverde Visus¹

Educador Social y Profesor de Educación Social en la Universidad de Barcelona
ceseuve@gmail.com

Resumen

Los diferentes paradigmas de la atención y protección a la infancia, unos de tipo garantista y otros de tipo paternalista (herederos del correccionalismo y del modelo tutelar), han encontrado en el principio del Interés superior del niño y la niña y de su bienestar, el espacio para sostener un importante debate, mucho más intenso y fecundo en Latinoamérica, de gran trascendencia ideológica, basándose en sus diferentes discursos y prácticas. Ello ha llevado a que algunos definan ese principio como “un caballo de Troya” dentro de la Convención Universal de Derechos del Niño de 1989. Una de las formas de seguir este debate es analizar los usos que se hace de las diferentes denominaciones que se utilizan para designar lo mismo, haciendo servir nombres (substantivos: niño/niña -infancia) o adjetivos (menor/es), según las diferentes propuestas. Tomar conciencia de que el uso de una u otra denominación no es banal, es importante para los profesionales que actúan con infancia desde todos los acercamientos o miradas: jurídico, psicológico, social, educativo, etc.

Palabras clave:

Infancia, menores, correccionalismo, niño y niña, protección integral.

INTRODUCCIÓN²

La aprobación en julio de 2015 de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* (complementada por la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*³) parecía que estaba destinada a solventar definitivamente las dificultades de encaje entre nuestra legislación y la *Convención sobre los Derechos del Niño*⁴-*CDN*- (*Naciones Unidas, 1989*). Esta novedad legislativa venía a ocupar el espacio, desde

el desarrollo normativo que prevén ambas, de la *Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*⁵. La ley 1/96 ya fue, en su momento, un primer intento de realizar una adaptación de los principios recogidos, tanto en la Constitución del 78 como en la Convención del 89, a partir también de la declaración de la Inconstitucionalidad de la legislación de Tribunales Tutelares de Menores de 1948⁶ (Sentencia Tribunal Constitucional 36/1991, 14 febre-

ro 1991⁷), declaración que indirectamente cuestionaba todo el sistema de Protección de Menores del franquismo y de la *Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección del menor*.⁸

La primera cosa que llama la atención en esta profunda reforma legislativa del 2015 es la cuestión de las denominaciones: el título nos anuncia una ley de protección a la infancia y a la adolescencia, pero cuando entramos en el articulado, sólo encontramos referencias al “menor” y a los “menores”. Y la ley nos hablará, recurrentemente, del “interés superior del Menor”, cuando en la Convención y en la *Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño*⁹, siempre se habla de niños y niñas y de “interés superior del niño/niña”.

Puede parecer una cosa banal, una mera cuestión de uso de supuestos sinónimos, o de denominaciones habituales, pero si lo analizamos con un poco de detenimiento encontraremos que no lo es tanto. De ese análisis y de la reflexión sobre las consecuencias del uso de determinados denominaciones y conceptos que invisten nuestra imagen y representación de la infancia, del niño y la niña, y nuestra práctica derivada, es de lo que quiere ocuparse este artículo.

LAS REPRESENTACIONES SOCIALES DE LA INFANCIA

El espacio social, conceptual y simbólico que la infancia ha ocupado y ocupa en el imaginario colectivo no ha sido siempre el mismo. Ferran Casas (1998:33-34), ya nos ofrecía en esa temprana fecha, y como fruto de sus investigaciones sobre el tema, un acercamiento en el que defendía que a los largo de la historia, en nuestro entorno cultural,

«... el núcleo figurativo de las representaciones sociales actuales sobre la infancia en nuestra cultura parece definido por el núcleo figu-

rativo los “todavía-no”, que en el fondo resulta una idea excluyente en relación con el grupo o la categoría social al que corresponden los “ya-sí”: Aún-no adultos; Aún-no responsables; Aún-no capaces; Aún-no competentes; Aún-no con los mismos derechos; Aún-no con suficientes conocimientos; Aún-no fiables».

Los estudios sobre las concepciones e imágenes de la infancia de María Victoria Alzate (2003), nos acercaron a un elenco de miradas, organizado, en el que conviven diferentes visiones (histórica, pedagógica, psicológica y social, como sujeto de derechos y políticas sociales, etc.), a veces antagónicas, sobre la representación de este espacio social. Y nos recordaba (Alzate, 2003:25) como *“la categoría de infancia es, en definitiva, una representación colectiva producto de las formas de cooperación entre grupos sociales también en pugna, de relaciones de fuerza, de estrategias de dominio”.*

Graciela Frigerio y Gabriela Diker (2008:17-26), en el capítulo 2 de su interesante manual de formación y bajo el sugerente título de *“Niños y menores: historia de una fragmentación”*, nos mostraron cómo históricamente se ha producido una fragmentación del mundo de la infancia y cómo a través de determinadas operaciones teóricas, disciplinares y políticas se ha confinado a algunos niños y niñas a territorios en los que los derechos no tienen lugar. El reconocimiento del carácter social y cultural de la infancia será allí propuesto como una herramienta para desnaturalizar aquella fragmentación y para restituir el derecho como horizonte de igualdad de todos los niños, niñas, adolescentes y jóvenes.

En un trabajo nuestro anterior sobre el tema Infancia y/o Menores, ya adelantábamos (Sánchez-Valverde, 2010:24) que,

“... en las sociedades industriales avanzadas como la nuestra se ha ido produciendo un proceso de identificación, de reminiscencias rousseauianas, asociado al de la plenitud de derechos y de responsabilidades. Esta acepción tiene que ver con la creación de un espacio so-

cial explícito, cargado de contenidos, para los periodos de infancia y adolescencia dentro, a su vez, del espacio semántico incluido en «la minoría de edad».

Y hablábamos también allí de cómo esta identificación parece estar relacionada, además, con el desarrollo del proceso de construcción epistemológica, de profundas consecuencias sociales, que tiene lugar a comienzos del siglo XX, cuando a partir de las ciencias médicas, biológicas y psicológicas se unifican dentro de un mismo término y espacio conceptual los conceptos *infancia-protección-dependencia* y su relación con lo que se desarrolla dentro del espacio familiar (Donzelot, 1979). Esto, relacionado con la construcción del concepto de *minoridad*, sirve perfectamente para las necesidades de intervención judicial (o pseudojudicial en el caso de los tribunales de niños), que los adaptará con la trilogía de *enfermedad-delinuencia-reforma*.

LA TRASLACIÓN PATERNALISTA Y CORRECCIONALISTA DE ESTA MIRADA A LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA JUSTICIA JUVENIL EN NUESTRO PAÍS

Estas dos trilogías, operantes simbólicamente en el imaginario colectivo y en el de los legisladores y técnicos, han servido históricamente en nuestro país y en nuestro entorno, a la justificación de la supresión de las garantías procesales y constitucionales de los jóvenes (López Hernández, 1987). Siguiendo la estela y el auge de las doctrinas de corte positivista y correccionalista, se configuró en la España de principios del siglo XX (González Zorrilla, 1985), una «*concepción de un derecho penal no sancionador, sino protector de los criminales, vistos como seres “anormales”, necesidades y con derecho a recibir, por tanto, una pena que ya no sería pena, sino tratamiento*».

Como consecuencia de todo esto, la historia en nuestro país (y en los de nuestro entorno) de la respuesta dirigida a la infancia ne-

cesitada de protección o infractora (la justicia juvenil) ha estado marcada por la primacía de las actuaciones relacionadas con un contenido paternalista y tutelar, que se disfrazó de una apariencia judicial con la creación de los tribunales de niños poco antes de los años 20 del siglo XX. Este modelo, desde la consideración del niño y de la niña, menores de edad, como «*incapaces o incompletos*», justificaba la necesidad de garantizar la defensa social ante la peligrosidad (manifestada por la juventud, la inexperiencia...) representada por esos sujetos, aislándolos en centros o instituciones de tratamiento donde cumplieran medidas restrictivas de la libertad. Parecía así, que se dispensara a los niños o niñas, menores de edad, un tratamiento diferencial, protector, tutelar, preventivo, que se sustentaba paternalistamente en su presunta falta de conciencia, pero el trasfondo era sustancialmente represivo. Lo que se conseguía, sin embargo, era fomentar socialmente la inmadurez del niño y potenciar las posibilidades de actuación de la acción correccional.

Porque, como nos recuerda Rosa Ventas (2004), al considerar al niño o niña (infractor o necesitado de protección) como un sujeto peligroso, se reconocía a los tribunales tutelares una indiscutible capacidad de «*ejercer el bien*», bajo la apariencia de cumplir una función terapéutica, de cuidado y protección, lo que los exoneraba en su actuación los límites que deben presidir la actuación de cualquier juez ordinario. De hecho, la pervivencia de la ideología protectora-tutelar ha servido en nuestro país de coartada para dejar, hasta muy cercanas fechas, la jurisdicción de menores al margen del sistema complejo de garantías que rige en las otras jurisdicciones.

Los intentos de un sistema más garantista de los derechos de los niños y niñas tuvieron importancia durante la II República (1931-1939). Inicialmente se paralizó la extensión de los Tribunales Tutelares por toda España, en espera de comprobar los resultados del ensayo llevado a cabo con el Tribunal Tutelar de Menores de Madrid, a base de *Juez*

único retribuido. Dicho ensayo fue considerado positivo por el Consejo Superior, pero no prosperó su aplicación a toda la península y quedó reducida a la capital de la República, que en fecha 3 de julio de 1936 consolidaba el funcionamiento. Y por Decreto de 13 de mayo de 1937¹⁰ hacía extensiva la experiencia del Tribunal tutelar de Madrid a todos los existentes en España, constituyéndose a base de Juez único letrado.

Pero la derogación de toda la legislación republicana dictada por Franco y la reposición de la anterior a 1931 hicieron retroceder esos tímidos avances. La persistencia de ese sistema tutelar-correccionalista en nuestro país durante el franquismo, quedando nuestra legislación y prácticas sociales fuera de las tendencias cada vez más garantistas de los sistemas judiciales de nuestros vecinos, ha agudizado entre nosotros su continuidad en el discurso y la representación social y simbólica de la infancia en la administración, entre los profesionales y técnicos, los jueces y demás agentes y operadores del ámbito social. Y, en un correlato derivado, en el imaginario social.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y NIÑA Y SU BIENESTAR: ACERCAMIENTO

El interés superior del niño y niña se definía en la Convención de una manera genérica, como principio inspirador y rector de las actuaciones de legisladores, jueces, profesionales técnicos y administradores:

"Artículo 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 a que se atenderá será el interés superior del niño."

En la práctica, la aplicación de una cláusula planteada de manera tan abstracta ha acabado introduciendo consideraciones culturales e ideológicas en el terreno de los derechos del niño y de la niña.

La producción de revisiones e interpretaciones sobre "cómo" debería aplicarse este principio no ha dejado de aumentar durante los más de 20 años posteriores a la Convención. Y ha generado todo un repertorio de críticas, toda vez que en su aplicación imperan criterios que se alejan de la objetividad.

Así, como nos recuerda Isaac Ravetllat (2012:106),

"... entre los aspectos negativos que puede presentar una legislación que incluya este tipo de cláusulas (genéricas) se encuentra, sin duda, el problema que plantea la interpretación personal, que puede acarrear desviaciones notables sobre aquello que la conciencia social considera aceptable en un momento determinado."

La ambigüedad y la amplia libertad que concede a quienes tienen el poder de decidir el destino del niño/niña o del adolescente, acaba por facilitar conductas arbitrarias alejadas del objetivo principal.

Mary Beloff (2005) señala como este concepto, que la Convención convierte en principio, ha funcionado históricamente como un cheque en blanco. Un poder que siempre permitió a quien tuviera que decidir cuál era el Interés Superior del niño o niña involucrado, ya fuera en el plano judicial, en el orden administrativo, los cuerpos técnicos de psicólogos, educadores, etc., obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos de funcionamiento público, debilitando la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra. Es decir, se convirtiera en la excusa de una limitación de derechos. Y como la falta de claridad en la CDN respecto de qué es lo que se entiende por interés superior del niño y de la niña no ha permitido plantear la discusión en términos superadores de la obsoleta cultura tutelar. Porque se trata de una noción que se inserta en la Convención, pero que responde a una visión del mundo y de la infancia diferente de la que se instaura con la CDN:

"Su inclusión en la Convención -que era previsible ya que la CDN es producto de un proceso

histórico en el que esta categoría, sobre todo en la cultura anglosajona, ha cumplido un papel muy relevante- no ha logrado reducir su uso en este sentido-, y de hecho, es de ese artículo de donde muchos se toman para defender la vigencia de las antiguas instituciones tutelares en el marco de la CDN. Este es un ejemplo claro de lo que llamo una hermenéutica “hacia atrás”, que convierte a la Convención en una herramienta legitimadora del statu quo e inútil para producir cambio social” (Bellof, 2005: 16)

Una mirada desde el ámbito filosófico, la de Jean Zermatten (2003:12-13), nos previene de que,

“No estando definido de manera precisa, siendo relativo al tiempo y al espacio y conteniendo una buena dosis de subjetividad, este concepto podría vaciar el sentido de los derechos del niño, hasta revelarse contraproducente, es decir privilegiar el interés del Estado o de la familia en detrimento del niño.”

Pero quizás la principal crítica al Interés Superior del niño y de la niña se sustenta en los peligros que encierra de no superación de las prácticas tradicionales anteriores, en línea con lo que adelantaba Mary Beloff. Así para Diego Freedman (2005), es considerado el “Caballo de Troya” dentro de la Convención sobre los derechos del niño y de la niña, porque es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico, debilitando la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

Y en otro de sus escritos (Freedman, sf:11-13), realiza un análisis muy interesante, que puede servir para interpelarnos sobre algunas cosas, cuando relaciona el interés superior del niño y de la niña como refuerzo de prácticas tutelares (de un modelo tutelar y paternalista) y como nuevamente estamos ante restricciones de derechos de los niños

y niñas con el fin expreso de protegerlos o tutelarlos. Porque al igual que en el régimen tutelar, otra vez existirían restricciones de derecho teniendo en el punto de mira, o como justificación, la tutela de los niños y niñas. Por lo tanto, se opera el ridículo de sancionar, castigar, provocar dolor, etc. *en beneficio del niño*, generando serias dificultades al momento de argumentar jurídicamente en contra de la restricción de derechos, ya que dicha medida es vista como un beneficio hacia el niño y de la niña.

El autor nos plantea como este “interés superior” actúa como un concepto similar al término de “situación irregular”, conectando discursivamente con aquellas dos trilogías de las que hablábamos antes (*infancia-protección-dependencia/enfermedad-delinuencia-reforma*). Nuevamente, se observa que los niños y niñas quedan sujetos a lo que se interprete, desde los órganos de poder y del mundo profesional y técnico, como “interés superior del niño”. Otra vez se pierde institucionalidad pública, dependiendo la efectividad de los derechos y el ejercicio de la libertad personal en la voluntad variable y moldeable de las personas.

La expresión “caballo de Troya” actúa como una paremia (es decir una frase de origen popular, en la cual se expresa un pensamiento moral, un consejo o una enseñanza) y en este caso, describe la utilización de una estratagema o engaño en contra de un adversario, a través de la entrada disimulada en un medio para obtener un beneficio o cumplir un objetivo.

Quizás no se trate tanto de una estratagema o engaño sino de algo más simple, como mantiene Ravetllat (2012:91), cuando nos recuerda, basándose en Rivero (2000) que,

“Las personas que abordan y deciden esa cuestión, por regla general representantes legales y jueces, no operan de manera aséptica y neutral, sino que, por el contrario, en la mayoría de las ocasiones, aún actuando con la mejor intención, no logran sustraerse a sus propias

convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideológica, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el niño, con sus necesidades, sentimientos y escala de valores distintos de los que presentan los adultos”.

Un posible ejemplo de esa mirada, en la que parece pervivir un cierto modelo o paradigma tutelar, protector, paternalista, que incorpora además un contenido de “responsabilidad moral” de los adultos y el grupo humano en el que los niños y la niñas se inserta, serían posiciones como la de Agustín Lozano Vicente (2015: 76), cuando afirma en las conclusiones de su interesante trabajo sobre la fundamentación de los Derechos del Niño que:

“La libertad, como libertad positiva, como capacidad, facultad o potencia del hacer personal, reconocida al niño en la Convención, tiene que apoyarse en el poder de otras personas. Por ello, la libertad positiva está también limitada, canalizada o guiada por estas personas.

Esta perspectiva, sostenemos, es la que aparece también en la Convención, pues los derechos de libertad reconocidos a favor los niños, al hacer referencia a sujetos en edad evolutiva, se justifican en la necesidad de equilibrar la exigencia de tutelar algunas manifestaciones de autodeterminación del menor, con la exigencia de evitar que dichas manifestaciones lesionen, o comprometan, su desarrollo psicofísico”.

LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚM. 14 (2013) SOBRE EL DERECHO DEL NIÑO A QUE SU INTERÉS SUPERIOR SEA UNA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL

Quizás fuera ese sesgo “supuestamente protector”, pero más bien tutelar y paternalista y poco garantista, que desde diferentes lecturas y aplicaciones se estaba extendiendo, el que llevó al Comité de los Derechos del niño de la ONU a realizar la *Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consi-*

deración primordial (artículo 3, párrafo 1), que realiza una amplia lectura interpretativa de este principio para intentar evitar que se convierta en un “caballo de Troya”, dentro de la Convención.

La *Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño*, que dedica más de dos decenas de páginas a delimitar el principio general y a la propuesta de cómo ha de ser su aplicación, su evaluación y la determinación de aquello que debe entenderse como interés superior del niño y la niña, parece pues querer poner luz a este desconcierto.

Propone una serie de elementos (ítems 52 y ss.) que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño y la niña. Entre los cuales estarían: la opinión del niño/niña, su identidad, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, el cuidado, protección y seguridad del niño/niña, su situación de vulnerabilidad, el derecho del niño/niña a la salud, a la educación. Todos ellos elementos que siguen sin quedar fuera del espacio de lo opinable. Además, su carácter de no obligatoriedad de traslado a la legislación, tampoco lo facilita mucho.

EL PARADIGMA DE LA “PROTECCIÓN INTEGRAL”

La intervención o acción social dirigida hacia la infancia ha seguido un proceso histórico parejo al de la acción social. Y así pasó por una larga etapa de intervención mínima de carácter asilar y reclusionista, de encierro (en la que el discurso social dominante estaba basado en la caridad, fuera esta de carácter individual -*los pobres de Cristo* en la edad media-, o institucional -*Beneficencia*, en la edad moderna-). En una fase posterior, desde finales del siglo XIX (ya en la edad contemporánea), pasa por la creación de instituciones especializadas centradas en la capacidad re-creadora de la educación (todo ello desde un discurso asistencialista, tutelar y paternalista). Se concretará luego, ya mediado el siglo XX, en una etapa centrada en dar una respuesta

más normalizadora (Casas, 2006) en instituciones lo más similares a una familia. Y llegará al momento actual, que parece centrado en la comprensión del niño y de la niña como ciudadano sujeto activo de derechos, dentro de políticas dirigidas a la inclusión social y no ya como objeto de intervención. Esta última formulación paradigmática se encuentra inscrita en los discursos garantistas, por lo que afecta al derecho, y en los de propuestas inclusivas substantivas, dirigidas a satisfacer los derechos de las personas en lo social.

Una aproximación desde el ámbito jurídico interesante a este proceso de construcción de categorías sociales (la infancia en este caso), es la de Isaac Ravetllat (2015), al que hemos de agradecer que desde ese árido mundo de las leyes, haga todos los esfuerzos por hablar de “personas menores de edad” para no caer en los adjetivos estigmatizadores y etiquetadores.

La Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989) generalizó el reconocimiento del Derecho de Ciudadanía para la infancia. Y ello se ha trasladado a nuestros Sistemas de atención y de protección a la infancia en lo que algunos autores han dado en llamar paradigma o “*doctrina de la protección integral*” (Freedman, 2005; Llobet, 2006). Así, en nuestro sistema actual, a los contenidos históricos de atención, prevención y protección, se han incorporado los principios de intervención comunitaria, de intervención en la infancia y sus familias (junto al criterio de la separación como medida última) y las actuaciones de promoción y participación. El niño y la niña como sujeto activo de derechos y el principio de “interés superior del niño y su bienestar”¹¹, han revolucionado los paradigmas pre-existentes, configurados a principios del siglo XX¹².

Si tuviéramos que delimitar algunos de los elementos del paradigma de la protección integral, y del lugar que ocuparía el interés superior en él, destacaríamos, siguiendo a Diego Freedman (2005), su carácter de principio jurídico garantista que establece el deber es-

tatal de privilegiar (desde una interpretación sistemática y jerárquica) los derechos de los niños y niñas pertenecientes a lo que el autor denomina “núcleo duro” de la Convención (el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad -recreativas, culturales, etc.- y todo dentro del respeto a las garantías propias del derecho penal y del procesal penal) frente a otros derechos e intereses colectivos. Ello implicaría un deber de privilegio de los derechos fundamentales de los niños y niñas en el diseño e implementación, prioritaria también en lo presupuestario, de las políticas públicas. De este modo, se garantizará la reducción de los márgenes de discrecionalidad de los órganos administrativos técnicos y judiciales para restringir los derechos de los niños y niñas.

¿NIÑOS/NIÑAS O MENORES? LA CUESTIÓN DE LAS DENOMINACIONES

Las denominaciones niño/niña y menor, tal como reflejábamos al comienzo de este artículo, conviven de una manera en la que, aparentemente, son utilizados como sinónimos e intercambiables.

Pero esas dos denominaciones no son sinónimas, ni jurídicamente, ni lingüísticamente, ni socialmente.

Si analizamos las diferencias desde el ámbito jurídico, resulta necesario (y lo aconsejamos) acudir al tratamiento del tema que hace en su investigación Farith Simón (2013:51-71), donde escenifica como se ha producido, también en lo jurídico, una extensión generalizada de la minoridad a espacios que no le son propios. Así se observa en algunas prácticas, una aplicación de manera indiferenciada a todas las personas de menos de 18 años de la no capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones (es decir la capacidad jurídica) y unas restricciones en la capacidad de obrar

que tienen que ver con su capacidad limitada. Las restricciones son consideradas como instituciones protectoras derivadas del reconocimiento de una situación de hecho, la limitación de su facultad reflexiva o racional para decidir sobre los negocios jurídicos, ya que no pueden entender lo que les conviene o perjudica.

Pero en el caso de los niños/niñas y adolescentes, esa capacidad jurídica se deriva de su condición de seres humanos sin requisito adicional alguno, contando las personas menores de 18 años de edad con una protección especial reforzada. Y por lo que respecta a la capacidad de obrar, la propia CDN ha introducido explícitamente la noción de ejercicio progresivo de los derechos, la obligatoriedad de que la opinión sea escuchada y tomada en cuenta en función de la edad y madurez en todos los asuntos que les afecten y, en algunas legislaciones nacionales, se han ampliado sus competencias y se han introducido un número mayor de excepciones a la incapacidad derivada de la edad, especialmente a partir de cierta edad (adolescencia).

Es decir, la agrupación bajo el significante “menores” de toda la infancia, ha trasladado a todos los niños y niñas algunas limitaciones propias del derecho civil.

Si lo hacemos desde la realidad lingüística de estos términos nos encontraremos con que uno de ellos tiene carácter sustantivo (nombre) y el otro adjetival (un adjetivo en función de nominal).

Porque el significante menor es un adjetivo que alude a una caracterización realizada desde lo que no se tiene o lo que no se es. Es decir, desde la carencia, desde la falta, desde la ausencia. Se relaciona (como antagónico y antónimo) con el concepto de mayor de edad, entendido como categoría de adulto con plena responsabilidad, incluso jurídica (al menos desde lo que se puede exigir), con respecto a los actos que una persona hace a partir de una edad determinada. El término menor enfoca, pues, hacia la «irresponsabili-

dad»: no se es ciudadano de pleno derecho. Comporta una visión parcial, de contenido e inspiración jurídicos, y es una clara reducción que define el todo (el niño o la niña) desde una parte (su situación de minoría de edad), con el peligro de estigmatización y etiquetamiento social consiguiente. Representa, asimismo, una posición defensiva ante el otro, una mirada y visión del niño-niña desde de la posición de la persona adulta y desde sus necesidades.

En contraposición, niño y niña (y hasta también infancia¹³) son sustantivos y aluden a una mirada global, con referencia a lo que se es y lo que se puede ser, a un componente esencial (no a una situación) en la que también se es ciudadano de pleno derecho. Y lo hace desde una visión de la persona entendida como cosa integral, total, que coloca esta etapa dentro del crecimiento humano.

Y si el análisis lo hacemos desde la mirada social, en un proceso confluyente, es necesario destacar también otro componente que refuerza ese carácter subsidiario de la infancia, que es el que proviene de los discursos sobre la vulnerabilidad social. Se observa (San Román, 2013:9), como en algunas formulaciones, que superan el carácter situacional inherente a la vulnerabilidad, se ha asociado ésta con toda la infancia como etapa, deviniendo así más una característica o estado propios de un grupo o categoría social que una situación puntual, elaborable y superable. Y como, en ese sentido, el principio del interés superior del niño y de la niña, puede acabar actuando como una excusa de arbitrariedad y de sobreprotección y de un nuevo paternalismo donde algunos derechos lo sean sólo formales. Generando posiciones que, como nos recuerda Beatriz San Román (2013:42) sean “*formas de interpretación y aplicación del principio, en las que en la tensión entre la niñez como objeto de protección y como sujeto de derechos se opta por la primera, así como por priorizar los derechos de las personas adultas sobre los de los niños y niñas*”.

EL DEBATE SOCIAL E IDEOLÓGICO ALREDEDOR DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y NIÑA Y SU TRASLACIÓN A LAS DENOMINACIONES

Como hemos visto, un fecundo e interesante proceso de debate social, con diferentes interpretaciones y lecturas, viene sucediéndose desde principios de los 90 del siglo XX. En él, podríamos identificar, asumiendo el riesgo de no tener en cuenta los matices que cualquier reducción expositiva conlleva, dos posiciones. Una que podríamos agrupar bajo el epígrafe de modelo o paradigma tutelar y la otra bajo el de la protección integral

Siguiendo a Valeria Llobet (2006) podríamos caracterizar la primera concepción por su defensa de la continuidad del Modelo Tutelar, de marcado carácter paternalista (es el adulto el que sabe lo que necesita el niño o la niña) y correccionalista (la incapacidad absoluta), mediante un sistema con predominio del aspecto punitivo en función de la peligrosidad social, la necesidad de tutela e internamiento correctivo discrecionalmente aplicado por el Estado mediante el sistema judicial, la inadecuación de las familias, la victimización de niños y niñas y su construcción como pre-delinquentes. El eje conceptual de este modelo sería la categoría de menor, con sus características de objetivación y negación de derechos: el menor es un sujeto incapaz, objeto por lo mismo de tutela y con libertad restringida por su propio bien.

Y la segunda concepción, entendida como la Doctrina (o paradigma) de la Protección Integral, sería la de aquellos que suscriben como idea-fuerza la concepción que hace de las niñas y niños, sujetos substantivos de derechos, tanto de derechos humanos en general como de derechos ciudadanos en particular, al considerar que la protección y el cuidado es un derecho que asiste a esta población pero que no podría ser "hecho contra su voluntad". Este proceso es caracterizado como de ampliación y particularización de ciudadanía

ALGUNOS EJEMPLOS PRÁCTICOS DE ESTE DEBATE SOCIAL

Presentaremos en este apartado un par de ejemplos concretos, entresacados de la práctica real, de cómo se ha concretado ese debate ideológico de los diferentes paradigmas en la comprensión de la infancia, que puede servirnos para iluminar lo que defendemos.

El proceso de construcción del sistema de atención a la infancia en Catalunya.

Tomaremos en primer lugar como vehículo discursivo e indicador ideológico la legislación catalana y la respuesta administrativa de las últimas décadas en Catalunya en temas de protección y atención a la infancia, que es bastante extensa y significativa. Aunque es similar, en lo fundamental a la estatal, el hecho de ser una competencia exclusiva de la Generalitat de Catalunya, el gobierno de ámbito regional, nos ofrece una posibilidad, desde una mirada diacrónica sobre los más de 35 años que la ha ejercido (regulándola con leyes y respuestas administrativas diversas). En principio toda esta respuesta legislativa¹⁴ puede parecer hasta un poco confusa y contradictoria, pero quizás lo que nos está mostrando, como un indicador más, es la escenificación de ese debate social (y de la consiguiente articulación reguladora y administrativa) que se ha vivido en nuestro país (y en otros de Latinoamérica) desde los años 80 del siglo XX y el inicio del siglo XXI.

Un debate en el que, como adelantábamos, se evidencia cómo se han confrontado esas dos concepciones ideológicas que antes caracterizábamos: la heredera aún de los supuestos paternalistas y tutelarizadores de las doctrinas correccionalistas y positivistas, y la concepción más centrada en las propuestas garantistas y de protección integral de la Convención del 89.

En un análisis pormenorizado al proceso histórico de los últimos más de 35 años en Catalunya, encontramos estos cambios de nombres y denominaciones y de dependencia administrativa:

Tabla 1. Políticas de infancia en Catalunya, 1980-2016. Denominaciones y dependencias.
Fuente: Elaboración propia.

1980	Primeras transferencias de competencias y servicios en temas de Infancia: -> del ámbito del Instituto Nacional de Asistencia Social, INAS. Se encuadran en del Departamento de Sanidad, en la Dirección General de Servicios Sociales, bajo la denominación de "Servicio de Infancia" . Después de encuadrarán en el Instituto Catalán de Servicios Sociales (ICASS)
1981	Transferencias de competencias y servicios de Protección, Tutela y Reforma de Menores:-> del Ministerio de Justicia y del Consejo Superior de Protección de Menores. Se encuadran en el Departamento de Justicia, en la "Dirección General de Protección y Tutela de Menores" : DGPTM.
1989	Se crea la "Dirección General de Atención a la Infancia" (DGAI), en el departamento de Bienestar Social, asumiendo servicios, recursos, competencias, etc., de prevención y protección de la DGPTM y del Servicio de Infancia-ICASS (la "reforma" se mantiene en el Departamento de Justicia, en la Dirección General de Medidas Alternativas y de Justicia Juvenil).
1996	Se transfiere la "Dirección General de Atención a la Infancia" al departamento de Justicia.
2000	Se modifica el nombre, que no las competencias ni la adscripción departamental, pasando a denominarse: "Dirección General de Atención al Menor" (DGAM).
2002	Se trasfiere la DGAM, de nuevo al Departamento de Bienestar Social (durante unos años de Bienestar y Familia y luego de Acción Social y Ciudadanía) pasando a denominarse: "Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia" (DGAIA).
2004	Se modifica la Secretaría de Familia, creada en 2000, con la incorporación de los temas de infancia pasando a denominarse Secretaría de Familias y de Infancia . Y se asigna, como organismos dependientes de ella la DGAIA y el ICAA (Instituto Catalán de Acogimiento y Adopción, creado en 1997).
2006	Creación de la Secretaría de Infancia y Adolescencia , de la que dependen DGAIA, ICAA y el Área de Soporte a Jóvenes Tutelados y Extutelados (ASJTET).
2011	El departamento vuelve a denominarse de Bienestar Social y Familia (en lugar de Acción Social y Ciudadanía). Desaparece la Secretaría de Infancia y la DGAIA (que mantiene el nombre) vuelve a depender directamente de la Conselleria del departamento. Asimismo la ASJTET, vuelve a ser un área bajo la dependencia de la DGAIA.
2016	El departamento vuelve a cambiar de nombre pasando a denominarse de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias, creándose una Secretaría de Asuntos Sociales y Familias, de la que depende en estos momentos la DGAIA.

Podemos observar como se producen cambios de denominación (Infancia, Menores) y de adscripción (de lo social al ámbito de la Justicia y viceversa), en viajes de ida y vuelta muy significativos, Y además, casi cada uno de estos cambios se ha traducido también en una reformulación de los marcos de referencia legales, ejemplo significativo de los cuales puede ser la *ley 8/2002 (Ley 8/2002, de 27 de mayo, de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de*

*los menores desamparados y de la adopción, y de regulación de la atención especial a los adolescentes con conductas de alto riesgo social*¹⁵). En esta ley se produce el intento explícito en el ámbito legal, de recuperación (último hasta el momento) del discurso correccionalista (prevención de la delincuencia), que duró poco, según se puede comprobar en las denominaciones. Pensemos que la anterior regulación es la *ley 8/1995 (Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños*

y los adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción¹⁶), resulta profundamente más moderna a pesar de ser anterior y de hecho, sirvió de base para el proyecto de la ley 14/2010 que antes hemos mencionado. No sobraría una lectura comparada de los dos textos para ilustrar lo que defendemos.

Formación ética

El otro ejemplo que hemos seleccionado tiene que ver con una experiencia profesional del propio autor de esta colaboración, referida a algunos de los espacios de debate y formación ética de los profesionales de servicios sociales, en los que pude asistir a una jornada previa realizada en noviembre de 2013. En ella se presentó un caso real de una niña que había sido objeto de una agresión sexual en el ámbito familiar y a la cual, el equipo que la atendía, aconsejó no denunciarlo aduciendo “el interés superior del niño y niña” (aunque no todas las opiniones de todos los profesionales que intervenían en el caso eran confluyentes). El debate suscitado fue tan interesante que provocó la realización posterior de un curso de formación específico¹⁷. La literatura producida estaba plagada de denominaciones que se ubican en una u otra posición: unos hablaban de menores (y así algunos de los intervinientes en el debate utilizaban el denominador de Ley del Menor al referirse a la Ley 14/2010 de Derechos y oportunidades de la infancia y la adolescencia, LDOIA) y otros de infancia. Y los paradigmas diferenciados aparecieron de manera continuada.

A modo de conclusiones

Los debates sociales, como espacios sociales de confrontación de ideas, de paradigmas y de prácticas, son necesarios y ayudan a configurar las imágenes y representaciones colectivas que configuran los valores de cada época, legitimando las acciones derivadas

desde la regulación legal y la acción administrativa. Y la participación en ellos de los colectivos profesionales implicados debería ser obligada.

En este caso, en lo relativo a la dicotomía entre el uso de los vocablos niño/niña o menor, es previsible que vivamos una actualización de ese debate en nuestro país en los próximos meses, cuando se desarrolle la Ley orgánica de Protección a la Infancia, Ley 8/2015.

La posición de los técnicos y profesionales será importante en ese debate. Si estas reflexiones que he intentado compartir aquí con todas vosotras y vosotros sirven para que nos interpelemos un poco sobre la función del uso de determinadas denominaciones en las acciones sociales, habrá cumplido su objetivo.

Porque como nos recuerdan Frigerio y Diker (2008), los conceptos no son neutros, siempre conllevan una manera de mirar el mundo y una manera de hacer el mundo. Las concepciones y representaciones influyen permanentemente en las teorías y prácticas y existen círculos cognitivos que implican una interpretación del mundo, una asignación de sentido. Aunque también sabemos que en el territorio del pensar para los sujetos y para el mundo no hay un destino inexorable si se acepta que hay un matiz entre futuro y porvenir. Y que ese matiz consiste ni más ni menos que en la acción social, educativa y política.

Quizás también, puede que fuera más clarificador, desde la lectura jurídica, y siguiendo a Farith Simón Campaña (2013:56), que se realizase una,

“... diferencia entre el estado civil de menor de edad, y por tanto todos los aspectos jurídicos derivados de esa posición jurídica en cuanto se determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, frente a la condición de niños, niñas y adolescentes que define a los sujetos de una normativa específi-

ca por medio de la que les atribuye derechos y obligaciones, sin determinar su capacidad de ejercicio o de hecho en términos generales, lo que se establece en los códigos civiles de cada país”.

Esta distinción, como nos recuerda el autor, entre *menores de edad*, en el campo civil para la determinación de la capacidad legal, y *niños, niñas y adolescentes*, como sujetos de legislaciones especializadas, se encuentra presente en las legislaciones de muchos países latinoamericanos, pero no en España.

Y todo ello es desear que se realice desde un acercamiento paradigmático basado en la “la protección integral”. Porque no deberíamos olvidar que *“la Convención es un tratado contra una especie de discriminación, la de no considerar a los niños dentro de la categoría de las personas humanas”* (Cillero, 2001:58).

REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

- Alzate Piedrahita, M.V. (2003). La infancia: concepciones y perspectivas. Pereira, Risaralda, (Colombia): Papiro. En línea en: <http://blog.utp.edu.co/investigacioneneducacionpedagogia/files/2011/02/La-infancia-concepciones-y-perspectivas-Maria-victoria.pdf>
- Beloff, Mary (2005). Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano. Buenos Aires: Editores del puerto. En línea en: <http://www.cor-teidh.or.cr/tablas/25897r.pdf>
- Casas, F. (1998). Infancia: perspectivas psicossociales. Barcelona: Paidós.
- Casas, F. (2006). Infancia y representaciones sociales. En Política y Sociedad, Vol. 43, 1, pp. 27-42. En línea en: <http://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/23779>
-
- Cillero, M. (2001). Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva. En Justicia y derechos del niño, 3, pp. 49-63. En línea en: http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos3.pdf
- Donzelot, J. (1979). La policía de las familias. Valencia: Pre-textos.
- Freedman, D. (2005). Funciones normativas del Interés Superior del Niño. En Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global. En línea en: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>
- Freedman, D. (sf). Los riesgos del interés superior del niño O cómo se esconde el “Caballo de Troya” en la Convención. Documento digital, accesible en línea en: <http://www.derechos-humanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf>
- Frigerio, G., Diker, G. (2008). Infancia y Derechos: las raíces de la sostenibilidad, Aportes para un provenir. Santiago de Chile: OREALC-UNESCO. En línea en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001611/1611375.pdf>
- González Zorrilla, C. (1985). La Justicia de Menores en España. Epílogo a De Leo, G. La Justicia de Menores. Barcelona: Teide.

- López Hernández, G.M. (1987). La defensa del menor. Madrid: Tecnos.
- Lozano-Vicente, A. (2016). Los derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación. En Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, Vol. 14, 1, pp. 67-79. En línea en: <http://revistaumanizales.cinde.org.co/index.php/Revista-Latinoamericana/articulo/viewFile/2330/638>
- Llobet, V. (2006). Las políticas sociales para la infancia vulnerable. Algunas reflexiones desde la Psicología. En Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, Vol. 4, 1, pp. 1-20. En línea en: <http://revistaumanizales.cinde.org.co/index.php/Revista-Latinoamericana/articulo/view/391>
- Ravetllat, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. En Educatio Siglo XXI, Vol. 30, 2, pp. 89-108. En línea en: <http://revistas.um.es/educatio/articulo/view/153701>
- Ravetllat, I. (2015). Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia. Valencia: Universidad Politécnica. Accesible en línea en: https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/48869/A_P_R_O_X_I_M_A_C_I_%C3%93_N_%20H_I_S_T_%C3%93_R_I_C_A_%20A_%20L_A_%20C_O_N_S_T_R_U_C_C_I_%C3%93_N_%20S_O_C_I_O_J_U_R_%C3%8D_D_I_C_A_%20D_E_%20L_A_%20C_A_T_E_G_O_R_%C3%8D_A_%20I_N_F_A_N_C_I_A_6171.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Rivero, F. (2000). El interés del menor. Madrid: Ed. Dykinson.
- Sánchez-Valverde Visus, C. (2010). Infància o menors: sobre el nom i el concepte. En Generalitat de Catalunya-DASC. Intercanvi de mirades sobre la Infància. Recull d'articles del butlletí Inf@ncia (2008), pp. 23-34. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament d'Acció Social i Ciutadania. Secretaria d'Infància i Adolescència. Col·lecció Infància i Adolescència núm. 3.
- San Román Sobrino, B. (2013). Discursos de la adopción en España: construcción de sujetos y asimetrías de poder. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). En línea en: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/129682/bsrs1de1.pdf?sequence=1>
- Simón Campaña, F. (2013). Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. En línea en: http://gredos.usal.es/jsui/bitstream/10366/124216/1/DDP_Sim%C3%B3nCampa%C3%B1a_Farith_Tesis.pdf
- Ventas, R. (2002). La minoría de edad penal. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. En línea en: <http://eprints.ucm.es/4599/>
- Zermatten J. (2003). El Interés Superior del Niño. Del Análisis literal al alcance Filosófico. Informe de trabajo. Institut International des Droits de l'Enfant. En línea en: http://www.childsrighs.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf

NOTAS

- 1 Educador Social (actualmente en ejercicio en el Centro Residencial de Atención Educativa, CRAE "Toni Julià i Bosch", del Consorci de Serveis Socials de Barcelona) y historiador. Profesor de Educación Social en la UB (Universidad de Barcelona). Coordinador de la revista RES, Revista de Educación Social (<http://www.educaso.net/res/>). Para contactar: ceseuv@gmail.com
- 2 Todos los enlaces en línea facilitados en esta colaboración fueron revisados en fecha: 29 de agosto de 2016.
- 3 Accesibles, en su versión consolidada, en línea en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8222> y http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8470, respectivamente.
- 4 En línea en: https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/convencion_derechos_nino_integra.pdf
- 5 Accesible en línea en : http://www.boe.es/ae-boe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1996-1069
- 6 Real Decreto Ley de bases de organización y atribuciones de los Tribunales para niños, de 25 de noviembre de 1918 (Gaceta de Madrid núm. 331, de 27 de noviembre de 1918, en línea en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1919/194/A00157-00164.pdf>) y Re-

- glamento de 10 de julio de 1919 (Gaceta de Madrid núm. 194, de 13 de julio de 1919, en línea en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1922/099/A00098-00105.pdf>).
- 7 Así, por ejemplo, se cuestionaba el Art. 15 de la Ley de TTM por sus normas procesales y por el carácter no público sesiones. Se considera contrario al art. 24.2 de la Constitución Española que fija el derecho a la tutela judicial efectiva a través de un proceso público, legalmente regulado, respetuoso de las garantías individuales y que asegurase siempre el ejercicio de los derechos de defensa.
- 8 En línea en: <https://www.boe.es/boe/dias/1987/11/17/pdfs/A34158-34162.pdf>
- 9 En línea en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf
- 10 En línea en: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1937/133/B00662-00663.pdf>
- 11 Ver artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989).
- 12 La introducción de motivos de la “Ley 14/2010, de derechos y oportunidades de la infancia y adolescencia” de Catalunya (LDOIA), en línea en su texto consolidado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10213&p=20100602&tn=1>), resulta un buen ejemplo y su seguimiento puede servir para presentar las nuevas claves conceptuales y de acción de este modelo, que sigue la nueva senda paradigmática iniciada por la Ley 12/2007 de Servicios Sociales, en línea en:<http://www.parlament.cat/getdocie/8006518>).
- 13 Aunque no podemos dejar de señalar que infancia es un sustantivo que etimológicamente también se refiere a una carencia: in-fari, aquel que no se expresa de manera inteligible para los otros al hablar en público.
- 14 Para hacernos una idea de la ingente labor legislativa en este sector, podemos consultar en línea las diferentes leyes, decretos, órdenes, etc. de los últimos años en : http://dixit.gencat.cat/ca/03ambits_tematicos/04familia_infancia_i_adolescencia/05normativa_ocult/normativa/catalunya/llei
- 15 En línea en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-11906
- 16 En línea en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-20286
- 17 Ver: <http://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/detalls/Article/952.04.01-Be-superior-de-linfant-i-proces-judicial>