

## **Precisions sobre el concepte de *drets de l'infant***

CARLOS VILLAGRASA I ALCAIDE

Professor de dret civil a la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona

La meua pretensió és poder compartir algunes reflexions sobre la concepció del dret de la infància i l'adolescència amb experts tan destacats. Es tracta, tal com diu el títol de la meua intervenció, d'oferir algunes precisions personals sobre la definició dels drets dels infants, per contribuir al debat relatiu a l'evolució i la realització dels drets dels infants i adolescents.

Quan parlem del dret de la infància i l'adolescència hem de tenir clar que som davant una disciplina nova, de menys d'un segle d'elaboració, que, amb optimisme, podem valorar com un període d'evolucions legislatives i de sensibilització social en aquests temes, alhora que d'incentivació gradual de l'interès per part de l'Administració pública i dels professionals, en una matèria, o podríem dir, en una disciplina, en la qual es fa cada cop més necessària la multidisciplinarietat, és a dir, la necessitat d'afegir esforços i contribuir-hi entre tots, des de diversos àmbits, com la sociologia, l'antropologia, la psicologia, la medicina, l'etnografia, la pedagogia o l'educació, entre d'altres; en definitiva, moltes disciplines diverses des de les quals tots hem de contribuir a la consolidació i realització dels drets dels infants i adolescents, i sense oblidar que els juristes que ens dediquem a aquests drets no podem fugir, sinó tot al contrari, hem d'estar molt atents i recollir tot el que ens aporten els que estudien, des de la seva formació acadèmica i dedicació professional, les relacions humanes, la realitat social, el dia a dia de la infància i l'adolescència.

Des de la tímida de l'anomenada «Declaració de Ginebra», de la qual ens ha parlat el doctor Jordi Cots, de 24 de setembre de 1924, que no fa servir el terme «drets», sinó el de «deures de la humanitat», fins a la Convenció sobre els Drets de l'Infant, aprovada per les Nacions Unides el 20 de novembre de 1989, hem pogut comprovar, al llarg de la ponència exposada pel doctor Jordi Cots, l'evolució dels drets dels infants, però també, alhora, el reconeixement de la seva capacitat progressiva com a veritable subjecte de dret.

Els drets dels infants formen part de la catalogada com *tercera generació de drets*, després de la primera categoria de drets, que es va originar a finals del segle XVIII, i que eren, en síntesi, els drets civils i polítics, i després del segon conjunt de drets, originats a principis del segle XIX, i que s'identifiquen com els drets econòmics, socials i culturals. Des de mitjan segle XIX, de fet, comencen a aparèixer els drets específics, per als subjectes, i es van identificar certs col·lectius de persones a les quals calia reconèixer específicament els seus drets subjectius, com van ser els casos dels drets de les dones, dels drets de les minories, dels drets de les persones amb discapacitats, dels drets de les persones grans i dels drets dels infants, i, inclús, l'aparició diferenciada del dret dels animals, als quals calia donar una consideració jurídica peculiar, i també comencen a emergir uns drets específics, distingits pel seu objecte, com era el cas dels drets mediambientals, o dels drets informàtics, entre altres supòsits.

Dins de tota categorització, hem de començar recordant que els drets dels infants i adolescents formen part dels drets humans, i això que avui dia tenim molt clar, com ja hem comentat abans, troba greus dificultats per a justificar la seva independència d'aquesta gran categoria que són els drets humans, i que es va aconseguir amb uns fonaments basats en raons ètiques i polítiques, que van aconseguir dotar-los d'una certa autonomia i tractament diferenciat. Però podem dir que encara estem davant d'una pàgina «en construcció», com s'indica en alguns llocs web que s'estan fent; som espectadors i protagonistes d'un camí inacabat o, com molt gràficament diu el professor Liborio Hierro, catedràtic de filosofia del dret de la Universitat Autònoma de Madrid, venim del passat, o pretèrit imperfecte, i anem cap al futur indeterminat, passant ara pel present continu.

El nostre moment actual és, per tant, de transició, i hauria de ser de revolució: de replantejament de les normes que hem fet els adults, i d'una reconstrucció que fos el resultat de revisar-les des d'una perspectiva d'infància.

La professora Onora O'Neill, que és una gran pensadora en temes d'infància, afirma que insistir molt sovint que certs objectius o ideals són drets, no els converteix en drets. No cal tenir clar que els nens tenen drets, sinó que el que és important és creure-ho de debò, i respectar-ho com cal.

Som conscients que encara que la Convenció sobre els Drets de l'Infant té la clara feblesa inherent de les normes internacionals, com ens pot il·lustrar molt bé el catedràtic de dret internacional de la Universitat de Barcelona, el doctor Jordi Bonet, presenta dues fites de relleu, que també el doctor Jordi Cots ha posat en relleu i sobre les quals cal insistir: la primera, és un instrument jurídic vinculant des de la seva ratificació per als estats que en són part, i ja no és una mera declaració de principis com eren les normes internacionals que hi havia fins aleshores, i la segona, és la relativa al fet que, a més a més, ha suposat la inflexió entre la pre-

cedent protecció tuitiva i la vigent consideració de l'infant com a titular de drets, de drets exigibles i exercibles.

Però cal recordar que el racionalisme, durant la codificació francesa, va introduir l'esquema entre persones majors d'edat i menors d'edat, que ens pesa molt a la nostra disciplina, el dret civil, i que suposa la distinció entre la plena capacitat d'obrar i la seva negació.

Cal tenir present que aquesta diferenciació va sorgir en un sistema individualista liberal que posava l'accent en el ciutadà, en l'home, en masculí. Com ens deia encertadament abans el doctor Jordi Cots, un primer text internacional en matèria de drets humans va ser la Declaració de Drets Humans, de la mateixa manera que en el nostre àmbit d'estudi ens referim a la Convenció sobre els Drets de l'Infant. Encara que nosaltres ho podem traduir sense distinció de gènere, com a infant, igual que passa en anglès amb el terme *child*, en castellà queda clar que és la Convenció sobre els Drets *del Niño*. Aquesta consideració de l'home marcada des de la Revolució Francesa, i que queda relacionada amb la transformació de la categoria jurídica del paterfamilias, és una evolució que encara pensava en el cap de família, en el marit o en el pare, que tenia la pàtria potestat sobre els seus fills, i així es justifiquen *sensu contrario* les conquestes graduals dels drets de les dones, però també dels drets dels infants, en distinta intensitat i tradició.

El sistema paternalista, patriarcal i jerarquitzat va inspirar la legislació de protecció i de reforma, que considerava, al nostre país, el menor en situació de desemparament com un delinqüent en potència. Així es pot comprovar sobretot en el moviment «correccionalista» de la llei espanyola de l'any 1948, que provenia de la Llei de bases, de 3 d'agost de 1918, i que imposava mesures de seguretat, més per a la societat que no pas per als mateixos infants.

Però des de la segona meitat del segle passat, sobretot amb la Convenció sobre els Drets de l'Infant, de finals de segle, es vol trencar amb la discriminació natural per raó d'edat, un tema que sorgeix d'una manera molt transcendental en els últims temps, com també ens pot il·lustrar la doctora Pilar Rivas Vallejo, en l'àmbit laboral i a escala internacional, i es vol posar fi a la submissió dels drets dels infants a l'interès familiar, de la mateixa manera que s'introdueixen les reformes que tímidament consideren l'infant com un subjecte de ple dret, no només titular passiu de drets —del dret a rebre prestacions dels adults—, sinó també titular actiu de drets, que pot exercir i exigir. Parlàvem abans del dret de participació, encara no conquerit.

Les nostres lleis, no només les estatals, sinó també les lleis autonòmiques, que són un bon grapat a Catalunya, i que de moment romanen disperses, introdueixen principis radicalment diferents sobre la personalitat dels infants, en relació amb els principis que inspiraven les normes jurídiques del nostre passat immediat; però no és menys cert que entren en certes contradiccions, sobretot en tres contradiccions que ha posat molt bé en relleu el professor Liborio Hierro, i que són:

La primera, quant a la contradicció entre els adults i els infants, entre el paternalisme i l'autonomia. Quan s'arriba a reconèixer l'accés gradual dels infants a l'exercici del seus drets, molt sovint aquesta evolució pot xocar amb la necessitat de protegir l'interès superior de l'infant, davant possibles manipulacions.

Això ho hem vist molt clarament amb el desenvolupament pràctic de la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció jurídica de l'honor, intimitat personal i familiar i pròpia imatge, que la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, va haver de limitar, mitjançant el seu article 4, quant al tema del consentiment, en establir que no podrà legitimar intromissions il·legítimes, precisament per aplicació del principi de l'interès superior del mateix infant.

La segona contradicció rau en la divergència existent entre l'evolució vital de l'infant i l'establiment jurídic de trams d'edat, i això demana cada cop més una certa seguretat jurídica, de saber què pot fer l'infant o l'adolescent a cada edat; és un dels problemes que més es planteja avui dia des de la societat: què pot fer l'infant als dotze anys, als catorze anys, als setze anys..., i per què no pot fer vàlidament altres actes jurídics?

La tercera contradicció es presenta entre el principi de seguretat jurídica i la inimputabilitat de l'infant, que es deriva del dret penal específic, entre els catorze i els divuit anys d'edat, i que genera molt sovint crits alarmistes de baixada de l'edat penal, sobretot cada cop que hi ha una notícia sobre algun delictes comès per un infant o un adolescent, per un menor d'edat segons la norma penal, que tingui certa transcendència pública.

Aquestes tres contradiccions entenc que encara no han quedat resoltes i les lleis no deixen de reflectir posicions valoratives des del món dels adults. Passa el mateix amb les diferències polítiques, ideològiques i culturals que concorren a valorar les situacions existents, com, per exemple, la consideració del treball infantil, des de diverses perspectives, ja que no és el mateix el que opinem a Catalunya que el que s'opina a El Salvador; mentre al nostre país s'obre ara un debat sobre la formació obligatòria fins als divuit anys, a altres països trobem una resistència organitzada de nens treballadors a la posició abolicionista promoguda per les Nacions Unides, o el que també passa quan tractem del tema de l'accés global a Internet en un món en el qual hi ha països que no tenen xarxa elèctrica a tot arreu.

El que també vull expressar és que, en termes d'edat i de capacitat, a la mateixa definició del concepte *infant*, o *infància*, trobem percepcions diferents a les lleis. De la definició de la Convenció sobre els Drets de l'Infant, que considera infant la persona compresa entre els zero i els divuit anys d'edat, i que nosaltres matisem a la llei catalana, en la qual considerem infants, des dels zero i fins als dotze anys d'edat, i adolescents, entre els dotze i els divuit anys d'edat; de la mateixa manera que barregem legalment, en termes de capacitat d'obrar, actes que requereixen una edat determinada, segons les normes, com pot ser atorgar testament notarial

o poder contraure matrimoni amb dispensa judicial, a partir dels catorze anys, amb altres normes, que es refereixen a judicis de discerniment i criteris de maduresa, que redacten i aproven els adults, lligades també al criteri de «capacitat natural» que ara recobra una força important en la tramitació parlamentària del projecte del llibre segon del Codi civil de Catalunya sobre persona i família.

Voldria referir-me un moment a aquesta regulació projectada cap al Parlament de Catalunya, sobretot per posar en relleu l'asimetria que hi ha entre els drets dels adults i els drets dels infants, malgrat la transcendència que donem al principi rector de l'interès superior de l'infant.

Per exemple, l'article 236-14 del projecte del llibre segon del Codi civil de Catalunya, sobre persona i família, fent-se ressò d'algunes demandes socials, legitima legalment el «padrastr» o la «madrastra», per decidir en una esfera aliena, la del fill del seu company o companya. En canvi, no es té en consideració el dret que té el fill que aquest adult participi o no participi en la seva vida. Per tant, es regula des de la perspectiva dels adults; el dret de l'adult a participar de la vida de l'infant, aquest infant que tindrà una coparentalitat, no només amb els seus pares biològics, sinó també amb els companys sentimentals dels seus pares biològics separats o divorciats, però sense tenir en compte les seves condicions de maduresa per modular i inclús per suprimir aquesta legitimació que és extraordinària.

El legislador no decideix mai amb qui s'ha de relacionar l'adult, no ho admètriem, i en canvi sí que ho fa quan es tracta del menor.

Oblidem que tots tenim els mateixos drets dins de l'àmbit familiar, que defensem, i també ho estableix el projecte, quan es refereix a la diversitat de models familiars en els quals no hi cap la discriminació, en el sentit que s'han de respectar els drets de cada un dels membres del nucli familiar. I si cal atendre als drets de l'infant, ho hem de fer en el seu propi interès, és a dir, per garantir que pugui exercir els seus drets, i també per tal que participi en la família en condicions d'igualtat. Aquesta és la millor manera d'acomplir també amb els seus deures i responsabilitats.

I el pitjor de tot això és intentar justificar, com es fa molt sovint, amb al·lusions al benestar o a l'interès de l'infant, els intents de legitimar les restriccions dels seus drets, des d'una perspectiva adulta i paternalista, que pot venir fins i tot avalada per informes tècnics sobre el que algun adult també ha cregut que és el millor per al menor.

Passa el mateix amb el debat recent sobre la interrupció voluntària de l'embaràs, per part de les adolescents, que ha estat molt debatut i polèmic, en què cal prendre en consideració, sembla, altres drets dels adults, com el dret a la informació, sobre la voluntat del menor, i que deixo per al debat, recordant que és un tema que ja va suscitar certa controvèrsia en el si del grup d'experts del Projecte de llei sobre els drets i les oportunitats dels infants i adolescents de Catalunya,

però que al final va quedar una mica matisat o reduït per la situació de la llei de l'Estat.

Però bé, si admetem que els infants són subjectes de ple dret, que això sembla que tothom ho admet, juristes i no juristes, en el sentit que són titulars de drets fonamentals, els han de poder exercir, i cal integrar aquesta consideració en el sistema jurídic, inclús també pensant en el dret de sufragi, que potser explica també la manca d'interès que hi ha en algunes esferes polítiques i jurídiques per aquest tema.

Jo crec que cal refer la normativa, hem de trencar els esquemes decimonònics del dret civil i replantejar tota la configuració de les institucions tradicionals que tenim regulades: de la potestat, de la filiació, de les institucions de guarda, de l'emancipació; en definitiva, del dret de la persona i del dret de família, i fer-ho des del concepte de *ciutadania de l'infant*, i no només des de la seva dimensió jurídica de ciutadà, des de la seva posició jurídica com a titular de drets i de deures, sinó també des de la seva dimensió social i psicològica, més enllà del principi d'audiència.

Precisament aquest principi general, o el dret de l'infant a ser escoltat en tot allò que l'afecta en qualsevol ordre, incloses les vies judicial i administrativa, que s'admet relativament en el nostre dret, troba certs obstacles i molt sovint ens trobem amb normes legals que se n'obliden, s'obliden que el nen ha de participar, per posar un exemple, com es va fer a la Llei de mediació familiar de Catalunya, que establia que un dels principis rectors del procediment de mediació familiar era el de l'interès superior de l'infant, però després, quan regulava el seu àmbit subjectiu, referit a les parts que podien participar en les sessions de mediació, només es prenia en consideració els cònjuges o els membres d'una unió estable de parella, però no es feia participar el nen encara que, obligatòriament, un jutge l'hauria d'escoltar a partir dels dotze anys, en un procediment de crisi familiar, per tal de saber la seva opinió sobre les mesures que l'afectessin directament. Bé, aquesta llei s'ha reformat l'any 2009, i s'ha ampliat la mediació familiar al que seria la mediació en l'àmbit del dret privat, i ara sí que ha considerat en un article la participació de l'infant en temes de mediació, però l'ha reduït a tres temes, a temes familiars interns, i no a d'altres. En canvi, quan regula la mediació entre persones adultes, sí que hi ha una relació detallada de temes que poden ser objecte de mediació i una clàusula final oberta que estableix que qualsevol controvèrsia de dret dispositiu, que puguin pactar, que es pugui resoldre entre les parts, es podria decidir de manera consensuada a través del procediment de mediació. Als infants no els deixen aquesta clàusula oberta, malgrat el fet que un infant podria tenir un problema de tipus dispositiu, igual que un adult, i això amb la mediació es podria resoldre.

Tornem a analitzar aquest tema del principi d'audiència. Em sap greu l'absència, per qüestions de salut, de l'advocat Francesc Vega Sala, ja que ell havia plan-

tejat també una opinió d'alguns juristes, en el sentit que no sempre l'infant havia de participar en l'àmbit familiar, en els processos de família, encara que tingués els dotze anys complerts. Jo sé que la magistrada Dolors Viñas Maestre té una opinió sobre aquest tema molt fonamentada i, per tant, jo el que estic fent en definitiva és posar el tema a debat i plantejar aquests dubtes que ens trobem els juristes des de la nostra pràctica i des de la nostra preocupació. El que penso, en tot cas, és que hauríem de replantejar la normativa des del respecte i la veritable aplicació del dret de participació dels infants.

Finalment, vull posar també l'accent davant la interpretació restrictiva que cal seguir quant a les limitacions a la capacitat d'obrar dels infants, en els dos projectes esmentats, en els quals pràcticament hi ha la mateixa norma, tant en el projecte del llibre segon del Codi civil de Catalunya, com en el Projecte de llei dels drets i les oportunitats dels infants i adolescents, que, per cert, alguns dels que som aquí vam participar en els inicis d'aquesta norma, en l'esborrany, amb reflexions, però vam descuidar, com hem fet avui també, l'opinió dels infants, o com vam fer en el Tercer Congrés Mundial sobre Drets dels Infants i Adolescents, que es va organitzar a Barcelona, en el qual, d'alguna manera, vam intentar que participessin els infants i els adolescents, però no ho vam aconseguir del tot. El cert és que les oportunitats que anomena el projecte de llei catalana es tradueixen també en deures i responsabilitats, en el seu article 18, fent palès, i ho vull fer palès ara, que aquesta constància es fa des del discurs dels adults, que molt sovint també representa un obstacle en l'evolució d'uns drets humans o fonamentals, els drets dels infants que, per la seva mateixa natura, no comporten deures com a contrapartida, i que, no oblidem, aquests drets dels infants encara no han estat conquerits ni aconseguits.

El reconeixement dels drets subjectius té per fonament aconseguir una participació personal en la pròpia realització vital i en les relacions socials, de manera que l'autonomia d'un subjecte de dret només es pot garantir en el respecte de les seves llibertats; o com ja s'estableix en la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, en el seu preàmbul, si creiem en els infants com a «subjectes actius, participatius i creatius, amb capacitat de modificar el seu propi medi personal i social», cal posar en relleu les característiques que defineixen l'estatut personal de l'infant, assegurant que pugui decidir sobre el seu desenvolupament o el desenrotllament, com diu en Jordi Cots, de la seva pròpia personalitat.

Ja per acabar, i fent una reflexió sobre el que havia sortit abans, en el debat, sobre la projecció dels drets dels infants a l'ensenyament superior dissenyat segons els principis de Bolonya, he de ser una mica pessimista. A la nostra universitat no s'han pres en consideració els drets dels infants, ja que s'han pres amb més força altres temes —econòmics sobretot, és clar—, com el que veiem habitual-

ment en l'àmbit polític, en les agendes polítiques, com el que ens trobem quan convoquem activitats relacionades amb els temes dels drets dels infants, molt diferent al perfil que tindríem si fossin temes econòmics, sobre la borsa, o sobre les qüestions immobiliàries. Encara que inicialment es va plantejar una certa discussió, estèril al meu entendre, sobre quina disciplina havia de tractar els temes d'infància, si civil, si penal, si administrativa, si laboral, el cert és que al final no ho farà ningú perquè no és al pla d'estudis, almenys com a assignatura obligatòria, i el problema del Pla Bolonya és que no ens permet tampoc introduir assignatures de lliure elecció, ni optatives en aquest tema, com sí que es feia en el pla anterior, i ens deixa bastant limitats i sembla que tornem un altre cop a donar aquests temes sense la independència que requereixen, perquè penseu que els drets dels infants a la carrera de dret, generalment els hem tractat dins de l'àmbit del dret de família, i el dret de família dins de l'àmbit del dret civil, com una part de l'últim curs de dret civil; per tant, molts professors ni tracten ja el tema dels drets dels infants. I realment aquí estem negant també molta autonomia als drets dels infants, que no s'haurien de tractar com una part del dret de família, en aquesta situació de dependència, sinó realment com a dret de la persona, que és el que són, com a drets humans, drets fonamentals o drets subjectius de tota persona, en una etapa inicial i fonamental de la seva vida i de la seva participació com a ciutadans i subjectes de ple dret, amb aquesta autonomia disciplinària que mereix.