

NOVENO CONGRESO NACIONAL DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Título: ¿SE DEBEN DEMOCRATIZAR LAS RELACIONES ENTRE LOS PROGENITORES Y SUS HIJOS E HIJAS?

Autores: MIRTA HEBE MANGIONE MURO¹

MARTA NORA HAUBENREICH²

DIEGO REGOLO³

Comisión IV “Familia, niños, niñas y adolescentes. El Derecho en la vida cotidiana”

Palabras claves: derechos civiles de la infancia – derechos de la familia- función paterna/materna- democratización -

INTRODUCCIÓN

La convivencia entre los hombres exige la vigencia de normas a las cuales deben ajustar su conducta, de lo contrario, reinaría el caos y la vida sería imposible. En la Antigüedad, el poder estaba centralizado en autoridades investidas por relaciones con divinidades: así en el pueblo judío, Moisés recibe las Tablas de la Ley de Dios para transmitirlo al pueblo y a generaciones posteriores; en otras sociedades las normas jurídicas, morales y religiosas se mezclaban con los usos y costumbre, así, el Inca era Dios y príncipe, el orden impuesto tenía carácter sagrado, por lo tanto, se penaba gravemente la más pequeña falta.

Al transcurrir el tiempo, la ley se va desacralizando, acentuándose la distinción entre los distintos tipos de normas, algunas de ellas son tan necesarias, que el Estado les impuso obligatoriedad y son las llamadas NORMAS JURIDICAS

¿Y qué papel juega la familia en el acomodamiento de la sociedad y del derecho? Las familias tienen reglas, a veces implícitas, que impiden el caos, ubicando a cada uno en sus derechos y obligaciones, debiendo ser aceptadas por todos aunque la responsabilidad de guiar y restringir corresponda al subsistema parental.

El/la niño/a está inmerso en un sistema familiar, y la estructura de la organización familiar no es en ningún sentido estática o sagrada. La familia no es un sistema perfecto, ni es el pilar de la sociedad. Es, más bien, la sociedad la que moldea el

¹ Universidad Nacional de Rosario – Facultad de Derecho – Centro de Investigaciones en Derecho de Infancia y Adolescencia- Profesora Investigadora

² Universidad Nacional de Rosario – Facultad de Derecho – Centro de Investigaciones en Derecho de Infancia y Adolescencia- Profesora Investigadora

³ Universidad Nacional de Rosario – Facultad de Derecho – Centro de Investigaciones en Derecho de Infancia y Adolescencia- Profesor

funcionamiento de la familia para lograr su mayor utilidad. Así la familia es el producto de la evolución, siendo una unidad flexible que se adapta sutilmente a las influencias que actúan sobre ella, tanto desde adentro como desde fuera.

La familia actual pasa por una fase de intensa transición; esa transición es tanto más importante cuanto se cumple a una velocidad acelerada, como espejo de los violentos cambios que sufre la sociedad misma y de las inusitadas adaptaciones a que debe someterse, con una gran incertidumbre sobre sus metas próximas y lejanas.

A pesar de estos cambios, sigue siendo la familia el primer ámbito en el cual el ser humano se vincula con otros. A partir de esos intercambios, tanto dentro de la familia nuclear o de la ampliada o la ensamblada, el niño y la niña comenzarán a construir su subjetividad, la que irá influyendo en las modalidades en que conformarán nuevos vínculos: con grupo de amigos/as, maestras/os, vecinos/as, cuando son pequeños y más adelante con parejas, hijos/as, jefes.

LA FAMILIA EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA LEY 26061.

La Convención sobre los Derechos del Niño⁴ desde su Preámbulo y en varios artículos hace un reconocimiento explícito sobre el carácter prioritario que tiene la familia para el desarrollo y bienestar de los/as niños/as y adolescentes, garantizando que el derecho a vivir con su familia se transforme en un eje orientador de decisiones legislativas, judiciales, administrativas y de políticas públicas.

A su vez, al avanzar en la consideración de los derechos civiles de la infancia y la adolescencia, la CIDN ofrece las bases para los intercambios en el interior de la familia se desarrollen en el marco de relaciones democráticas y de respeto mutuo entre adultos, niñas y niños, promoviendo que desde pequeños/as vayan aprendiendo competencias para la vida en democracia.

La CDN provee el marco para evaluar el status y las relaciones de los/as niños/as en la familia y fuera de ella, también evalúa qué ayuda proporcionan los Estados a las familias. Reafirma el rol central de las familias en la vida de niños, niñas y resalta la importancia de que reciban el soporte adecuado para el cumplimiento de sus responsabilidades.

⁴ Desde ahora CDN

La Convención no establece un patrón detallado para la crianza de niños y niñas ni impulsa un modelo determinado de relaciones familiares, aunque insiste en que, al igual que los adultos *los niños y niñas no pierden sus derechos civiles y políticos al traspasar la puerta de su hogar*. También subraya que los progenitores tienen responsabilidades hacia sus hijos/as más que derechos absolutos sobre ellos.

La ley 26061 registra aspectos positivos en lo que hace a privilegiar a la familia de origen y el centro de vida legítimo en el cual se desarrolla la vida de los/as niños/as/adolescentes desacralizando la unidad familiar. Los artículo 3, 4, 7, 11 son específicos en ese aspecto:

Artículo 3 inciso. c *“El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar... “*

Artículo 4 inciso a *“Fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes...”*

Artículo 7: *“La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescente el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías...”*

Artículo 11: *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a... la preservación de sus relaciones familiares...”*

Al reglamentar el artículo 7 el decreto 415 define que se entiende por familia en la ley 26061 expresando: *“Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representan para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares”*

En cuanto al concepto de *“centro de vida”* la reglamentación del artículo 3 inciso f aclara que significa esta expresión y dice: *“...se interpretará de manera armónica con la definición de “residencia habitual” de la niña, niño y adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en*

materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad”, siendo estos tratados el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (ley 23.857/90) y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores

Pasaremos ahora a analizar algunos conceptos claves que a nuestro criterio producen un significativo cambio en las relaciones paterno-filiales.

¿CAPACIDAD O COMPETENCIA?

A la luz de la ley 26061 y de la CIDN es necesario que abordemos el tema de la capacidad de los niños, niñas o adolescentes a fin de ver los cambios que se han producido dentro del grupo familiar.

La doctrina desde la ratificación de la CDN ha comenzado a hablar de **competencia**, término que proviene del campo de la bioética, considerado adecuado para analizar el ejercicio de los derechos personalísimos. Se trata de una noción que, a diferencia del concepto tradicional de capacidad que es fijado de manera rígido por la ley a una edad determinada, no se alcanza en un momento preciso sino que se va forjando y evolucionando a medida que a los niños/as y adolescentes adquieren mayor autonomía. Es decir, se trata de un concepto que se va determinando a la par del desarrollo de una conciencia reflexiva, libre y con posibilidades de comunicarse⁵

Fue un verdadero hito la ratificación de este tratado internacional, puesto que ha partir de su ratificación se comenzó a hablar de la constitucionalización⁶, humanización⁷ o universalización⁸ del derecho de familia.

El artículo 2 de la ley 26061, para nosotros, fija como mayoría de edad los 18 años al establecer: *“La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad...”*, es decir, se debe tomar el artículo 1 de la CDN y la declaración realizada por la Argentina conforme al artículo 2 de la ley 23849 ,

⁵ ARRIBERE, Roberto y VEGA, Manuel A: El asentimiento de los menores de edad, a partir de un protocolo de aplicación clínica de terapia genética, <http://www.bioética.org/doctrina2.htm>

⁶ Así lo llama Kemelmajer de Carlucci, Aída en la publicación titulada “Derechos Humanos y Familia” en ARNAUD, André-Jean y otros: Aspectos Constitucionales y Derechos Fundamentales de la Familia , Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001, Pág. 60

⁷ Así lo hace Bidart Campos Germán en su publicación sobre “Familia y Derechos Humanos, en Las transformaciones constitucionales en la posmodernidad, Ediar, Buenos Aires, 1999, Pág. 85

⁸ Así lo hace Minyersky, Nelly en Derecho de Familia y aplicación de las Convenciones Internacionales sobre niños y mujeres, en Eleonor Faur y Alicia Lamas (comps.) Derechos Universales, Realidades Particulares, UNICEF, Buenos Aires 2003, Pág. 98-99

que produce la modificación del artículo 126 del CC que establece en 21 años la mayoría de edad y existe la posibilidad que a los 18 años se pueda acceder a ella si los progenitores lo autorizan , o en defecto de ello, si un juez lo hace, esto es la emancipación por habilitación de edad. La plena capacidad por regla se adquiere a los 21 años y excepcionalmente a los 18 años. Este sistema debe ser analizado a la luz del interés superior del niño.

Una interpretación y toma de posición vulgar indica que si ya a los 18 años los/as chicas pueden votar, manejar, ir a la guerra, etcétera, cómo no van a ser capaces en otras esferas de la vida cotidiana. Otra interpretación sostiene que la postura anterior resulta inadecuada en tanto el sistema está implementado en función de las obligaciones de protección que derivan del artículo 264 del Código Civil (ref. ley 23.264) fijadas en el interés superior del niño y no en el de los adultos. Esta postura considera que si se considera que se es mayor a los 18 años, los chicos/as no pueden reclamar ninguna medida proteccional⁹ y tampoco podrían recibir alimentos, tampoco estarían amparados por los artículos 19 y 20 de la CIDN.

Estas afirmaciones deberán ser cotejadas con el artículo 41 de la CIDN cuando establece que ninguna de las normas de la misma afectará a las disposiciones que sean más convenientes a la realización de los derechos del niño/a y que pueden ser recogidas en el derecho de un Estado – parte, en nuestro caso el artículo 264 ligado al 126 del Código Civil.

Otra postura sostiene que el artículo 1 de la CDN dice que se entiende por niño *“todo ser humano menor de 18 años, salvo que, haya alcanzado antes la mayoría de edad”* , a su vez, la parte pertinente del artículo 2 de la ley 23849 dice que *“Con relación al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”*. Si bien las normas emplean la expresión niño y no menor de edad, la asimilación entre uno y otro vocablo aparece clara; lo cual se ratifica con la identificación que entre ambos términos realiza el

⁹ Conforme FUGARETTA, Juan Carlos y LAMPERTI, Luis Roque: Otro aporte sobre la mayoría de edad en LL 1998-D-1395

artículo 19 del Pacto de San José de Costa Rica¹⁰ y el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos^{11 12}.

Conforme lo establecido en el artículo 1 de la CDN, se advierte que se posibilita el alcance de la mayoría de edad antes del límite de los 18 años, pero en cambio no se admite en el Tratado que la protección exista después de esa edad, a lo que se suma que la Argentina no ha realizado ninguna declaración en el momento de la ratificación con relación al segmento de jóvenes comprendidos entre los 18 y los 21 años. Si a este aserto adicionamos que tampoco nuestra ley determina la mayoría a una edad más temprana, forzoso es concluir que ésta se adquiere sin rodeos a los 18 años, habida cuenta el escalonamiento normativo prescripto por el artículo 31 de la CN

Ahora pasaremos a analizar uno de los temas esenciales del derecho civil y del derecho en general es el relativo a la capacidad, es decir, la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones. Hay autores que para sortear el debate o enfrentamiento ideológico que trae consigo la doctrina de la protección integral, sostienen que la ley 26061 cuando se refiere en varios de sus artículos al protagonismo de niñas/os y adolescentes y a la forma de materializar tal desempeño, en nada afecta el régimen de la capacidad civil regulado en el CC. Esta postura divide una “capacidad para la protección” referida a las políticas públicas de infancia, diferenciándola de la “capacidad civil”,

Minyerski y Herrera¹³ sostienen que esta afirmación es falaz. La protección no se circunscribe al ámbito de las políticas públicas, dicen, sino que si bien es cierto que las políticas públicas (tanto universales como focalizadas o atinentes a la infancia, adolescencia o familia) constituyen uno de los ejes centrales de todo el sistema de protección de derechos. Pero ello no significa que este sistema involucre sólo políticas públicas. Todo lo contrario, excede con creces ese campo social.

A partir de las nociones de “**autonomía progresiva**” y “**evolución de las facultades**” a las que aluden tanto la CDN como la nueva normativa interna de

¹⁰ Artículo 19 : “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”

¹¹ Artículo 24.1: “*Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor quiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*”

¹² REY, Rosa y RINESSI, Antonio J: La mayoría de edad en la Constitución Nacional en JA 2002-III-893

¹³ MINYERSKI, Nelly y HERRERA, Marisa: Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26061 en GARCÍA MENDEZ, EMILIO (compilador) Protección Integral de Derecho de Niñas, niños y adolescentes Editores del Puerto Fundación Sur, Buenos Aires 2006

adecuación a ella, se reconoce que los niños, niñas y adolescentes, por la evolución de sus facultades, van adquiriendo autonomía par el ejercicio de sus derechos. Esto constituye un **principio de garantía y prioridad de los derechos del niño/a**, y a la vez, un deber especial de protección (artículo 3.2), en consonancia con el principio rector del interés superior del niño previsto en el artículo 3.1 ambos de la CDN.

De esta manera, el concepto de **autonomía progresiva** contenido en el artículo 5, así como también puede desprenderse del artículo 12 CDN, resulta un elemento clave para analizar críticamente la cuestión planteada y comprender mejor la necesidad de una mayor precisión sobre el carácter transitorio y relativo –sólo por un tiempo cierto, y para algunas cuestiones de la “incapacidad de ejercicio” de la infancia.

Frente a ello se vuelve ineludible revisar los conceptos de incapacidad establecidos en la legislación interna, enquistados en la doctrina de la situación irregular y contradictorio con la noción del niño como sujeto de derecho. En otras palabras, se trata de reconstruir sobre la base de los estudios actuales sobre psicología evolutiva, como así también en atención a los avances y desarrollo del concepto de ciudadanía, lo cual significa el reconocimiento de una participación social mas activa por parte de los niños y adolescentes en la vida actual .

En este contexto tanto la CDN como la ley 26061 receptan una capacidad indeterminada, sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio (concepto que en término de nuestra ley de fondo no es otra cosa que el discernimiento previsto en el artículo 921 CC), que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en estas normativas como el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a transitar, el derecho de asociación, entre tantos otros. En otras palabras, para el ejercicio de tales derechos (o ante la violación de ellos) no se necesita alcanzar ninguna edad determinada.

Por el contrario, las distintas edades fijadas en el CC y leyes complementaria (por ejemplo 18 años para testar, misma edad para adquirir bienes con el fruto del trabajo, 14 años para reconocer hijos, 10 años para la responsabilidad por actos ilícitos, etcétera) se refieren, por lo general, de manera directa o indirecta a cuestiones de tinte patrimonial.

El concepto de **capacidad progresiva** es compatible con la **evolución de las facultades** que presentan - de manera inexorable- las niñas /os y adolescentes, y además, es de suma utilidad a los fines de aclarar la proyección por el respeto al principio de **autonomía** contenido en la CDN, y en los artículos 19 inciso a y 24 inciso

b de la ley 26061, de manera que todo su espíritu apunta a una limitación paulatina de las incapacidades del joven. Esto es así, hasta que se arriba a un último escalón -18 años- en que para la CDN se completa el ciclo del desarrollo intelectual; y ello en la inteligencia que en ese estadio ya ha adquirido la madurez suficiente para ejercer por sí la totalidad de sus derechos en iguales condiciones que cualquier adulto. Por eso, a partir de la referida edad, la normativa internacional “deja de reglar sobre la materia porque la considera extraña a su ámbito”.

RESPONSABILIDADES PARENTALES:

En primer lugar vamos aclarar en torno al concepto de patria potestad se conecta necesariamente con el poder que evoca la potestad romana, poniendo el acento en la dependencia absoluta del niños/a en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario el concepto de “**responsabilidad**” es inherente al deber que, cumplido adecuadamente, subraya el compromiso paterno de orientar al hijo hacia la autonomía¹⁴. Coincidimos con Herrera y Minyerski ¹⁵ que el concepto adecuado es el de **responsabilidad parental**.

El concepto de responsabilidad parental lo encontramos en el artículo 18.1 de la Convención que establece: “...*ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación primordial será el interés superior del niño*”, complementándolo con el artículo 5 del mismo texto legal que sostiene “...*que los padres tienen derechos respecto de sus hijos que derivan de sus responsabilidades*”. Estos derechos difieren fundamentalmente de los tradicionales conceptos de “propiedad” sobre los hijos/as.

Según la Convención, los derechos de los padres no son universales ni inamovibles, por el contrario son **limitados y existen sólo en tanto son necesarios para promover los derechos del niño/a**. *A medida que los niños/as son capaces de satisfacer sus necesidades o de ejercitar sus derechos por sí mismos, disminuyen los derechos paternos.*

El artículo 5 señala el balance crucial entre la guía y la conducción paterna/materna y la capacidad evolutiva del/la niño/a. Debido a que los padres tienen la

¹⁴ MIZRAHI, Mauricio: Familia, Matrimonio y divorcio, Astrea, Buenos Aires 1998, página 138

¹⁵ MINYERSKI, Nelly y HERRERA, Marisa: ob. cit página 60

responsabilidad de proteger a sus hijos/as, necesitan tener derechos para proveerles de guía y dirección. La tendencia tradicional sostenía que los derechos de los progenitores sobre sus hijos e hijas se extendían hasta que éstos podían demostrar su capacidad para ejercer sus derechos. Pero la regla del artículo 5 obliga a actuar de acuerdo con “la evolución de las facultades del niño/a”, sugiriendo que la antigua presunción debe ser revertida: los padres deben ejercitar su derecho a dirigir las acciones del/la niño/a sólo cuando éste no es competente para comprender plenamente las consecuencias de sus actos, o cuando el fracaso en la intervención podría poner en riesgo al niño/a, le causare o interfiriere con los derechos de otros.

La responsabilidad de los padres es una “colección de deberes y poderes con el propósito de asegurar el bienestar material y moral del niño/a, manteniendo el contacto personal con él y proveyendo a su educación, su mantenimiento, su representación legal y la administración de su propiedad”. Las decisiones concernientes a la atribución de la responsabilidad paterna-materna o la forma en que esta se ejercita deben basarse primordialmente en el interés superior del niño.

En la legislación argentina, los alcances de la patria potestad han variado a través del tiempo, desde ser concebida como un conjunto de derechos de los padres –en que las facultades y prerrogativas pertenecían sólo a ellos – hasta una concepción más acorde a las funciones que cumple la familia en el contexto social moderno.

Sin embargo, la idea de familia como un grupo democrático, dista mucho de tener consenso en nuestra sociedad. La noción de familia como lugar de relaciones de poder de unas personas sobre otra subsiste, cualquiera sea la forma de organización de los vínculos, y quizá se acentúa aún más en aquellos grupos familiares donde hay niños/as y jóvenes al cuidado de personas que no son sus padres.

El régimen actual de patria potestad establecido por la ley 23.264 ha significado cierto avance en el camino, ya que la define el artículo 264 señalando que los adultos no tiene sólo derechos sino deberes: *“El conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se haya emancipado”*

El artículo 265 enumera los deberes y derechos referidos a la patria potestad conservando la nota de autoridad: *“Los hijos menores están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos*

y educarlos conforme a su condición y fortuna (...)". Además el artículo 266 se agrega que *"los hijos deben respeto y obediencia a sus padres"*.

En consonancia con el artículo 18 de la Convención, el Código Civil establece a partir de 1985 con la reforma producida por la ley 23.264 que ambos progenitores tienen deberes comunes sobre sus hijos/as, y si bien no prevé expresamente que los derechos son consecuencia de sus responsabilidades, ese es el entendimiento que en doctrina y jurisprudencia se mantiene sobre los alcances de la patria potestad.

Regula que la patria potestad corresponde a ambos progenitores conjuntamente y previo, al mismo tiempo, quien de ellos la ejerce en aquellas situaciones en que los progenitores no viven juntos por no estar casados o por haberse separado o divorciado. De tal forma derechos y deberes corresponden a padre y madre, presumiendo la ley que aquellas decisiones adoptadas por uno solo de ellos cuentan con el consentimiento del otro, excepto cuando se trata de actos muy importantes en la vida de los hijos/as, en cuyo caso se exige el consentimiento expreso de los dos para, por ejemplo, autorizarlos a contraer matrimonio, salir del país, ingresar a órdenes religiosas, fuerzas armadas o de seguridad, para habilitarlo por edad, para autorizarlo a estar en juicio y para administrar y disponer del patrimonio del hijo/a en ciertas circunstancias

La ley 26.061 avanza sobre el tema de la responsabilidad familiar al establecer en el artículo 7 *"La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos (...)"*. A la luz de esta previsión el régimen actual de patria potestad se encuentra sustancialmente modificado al revalorizar como principio general el de la coparentalidad. Por ende, el artículo 264 del CC sentado en la atribución binaria y separada de las también (mal llamadas) "tenencia y régimen de visitas", se vería reemplazado por aquella responsabilidad compartida, concepto sostenido en el derecho comparado y por gran parte de la doctrina nacional. A partir de la ley 26061 la custodia compartida dejó de ser una conquista jurisprudencial para pasar a ser una realidad normativa.

A pesar del gran avance que ha significado la ley 26061 en su artículo 73 expresa *"Si uno de los progenitores fuere privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad, continuará ejerciéndola el otro. En su defecto, y no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, el Juez*

proveerá a la tutela de las personas menores de edad”¹⁶ La norma así redactada posee dos errores conceptuales: los conceptos de “patria potestad” y “tutela” que se enfrentan con el paradigma establecido en la ley

EL RESPETO POR LOS PUNTOS DE VISTA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES:

El artículo 12 de la CDN otorga a los niños/as y adolescentes derechos explícitos *para participar en las decisiones que los afecten*, y estos derechos se aplican tanto en la familia como en la sociedad junto a la responsabilidad de los progenitores de proveer de *apropiada guía y dirección de acuerdo con las capacidades evolutivas del niño/a* (artículo 5) y el principio del interés superior del niño/a como principal preocupación (artículo 18 CDN), estas previsiones sugieren un **modelo participativo y democrático de la vida familiar**. Este modelo puede coincidir con el slogan del Año Internacional de la Familia (1994), “Construyendo la más pequeña de las democracias en el corazón de la sociedad”. Este es uno de los desafíos más importantes a los patrones del autoritarismo paterno, tan arraigado en muchas legislaciones, todavía.

Cuando se sostiene la necesidad de democratizar las relaciones familiares, se responde de diversas formas, por ejemplo: “**es imponerle una carga cuando aún son demasiado jóvenes**”. Si analizamos el artículo 12 de la CDN no existe sugerencia que haga pensar en una imposición, simplemente, *lo que se garantiza es que los puntos de vista del niño/a cuando sean expresados, deben ser tenidos seriamente en cuenta y que los/las niños niñas tienen derecho a ser oído*.

Otra reacción al modelo participativo refiere a que: “**no debe involucrarse a ningún niño/a en la toma de una decisión en la que no quiere participar ni expresar sus opiniones**”. Sin embargo, debe señalarse que la garantía del artículo 12 no es compulsiva para el /la niño/a. La fórmula establecida en el artículo es proactiva, es decir, los adultos deben crear las oportunidades para alentar a los niños/as a sentirse seguros y confiados expresando sus opiniones.

También se dice que “**los niños/as pequeños carecen de capacidad para involucrarse en la toma de decisiones**”. Ante esto debemos distinguir entre autodeterminación y participación. El artículo 12 garantiza el derecho a participar y este

¹⁶ La redacción vigente, en su parte pertinente, reza que “*no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, los menores quedarán bajo el patronato del Estado nacional o provincial*”.

derecho no está sometido a un juicio sobre la competencia del niño/a, sino a que simplemente sea capaz de “formarse sus propios puntos de vista”. Tampoco está limitado a las percepciones de los adultos sobre el interés superior del niño. La Convención hace que la participación sea un derecho de todos los niños/ niñas capaces de expresar sus puntos de vista, y no un regalo de los padres o de otros adultos con responsabilidades parentales. Este principio tiene especial significado en el caso de niños y niñas con dificultades de comunicación o de aprendizaje, cuyos deseos se encuentran en particular riesgo de ser ignorados o pospuestos, pero cuyo derecho debe ser igualmente respetado.

En relación al concepto “**no se debe dar derechos a los/las niños/as hasta que no sean capaces de asumir responsabilidades**”, se debe destacar que respetar a los niños/as y darles oportunidades de participar en materias de su interés es una de las formas más efectivas de estimularlos a confiar en sí mismos, a ganar la confianza de los otros, y a aprender como negociar la toma de decisiones con otras personas. Es a través de la participación que los niños(as) pueden desarrollar al mismo tiempo comprensión sobre las consecuencias de sus acciones y sus responsabilidades hacia otros, por lo tanto, uno de los caminos mas efectivos para convertirse en un adulto responsable es tener garantizado el respeto como niño/a y aprender que las propias opiniones y sentimientos son tomados seriamente y tienen valor.

Otro prejuicio sostiene que “**otorgar derechos a los niños/as mina la autoridad de la familia**”. El reconocimiento de los derechos de los niños/as y de su capacidad de involucrarse en los asuntos que les conciernen es un medio de fortalecer y mejorar la vida familiar. Los procesos democráticos no son siempre fáciles, y pueden insumir mucho tiempo, pero la inversión conduce a potenciar la confianza, la fe, la amistad, el respeto y el compromiso dentro de la familia. Una de las dificultades para llevar adelante estos procesos en las familias es que los mismos padres a menudo no han tenido experiencias de respeto de sus derechos cuando eran niños o niñas. Entonces, es mucho más difícil deponer los derechos y las prerrogativas que han adquirido como progenitores.

Desde la más temprana edad se debe:

- fortalecer a niños y niñas para que expresen sus opiniones,
- dar la suficiente información para que sus opiniones tengan un buen fundamento,

- explicar todas las decisiones que se tomen y sobre todo aquellas que vayan en contra de sus deseos,
- indicar cuáles son las decisiones que los niños y las niñas pueden tomar por sí solos.

En el país con la sanción de la ley 26061 se ha incorporado al derecho interno este principio a través del artículo 3 a saber *“A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar inciso 2: El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta... Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma (...) cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”*

Hoy en el país tenemos una pauta legislativa que garantiza el respeto por el punto de vista de niñas, niños y adolescentes dentro de las relaciones familiares, aún cuando también hay contradicciones con el CC a través del artículo 265 que establece que *“Los hijos están bajo la autoridad y cuidado de sus padres”*. Norma que deberá ser reinterpretada por la judicatura.

DERECHO A QUE SE RESPETE LA “EVOLUCION DE LAS FACULTADES DE NIÑAS Y NIÑOS: HACIA LA AUTODETERMINACION

El artículo 5 de la CDN describe como “evolución de las facultades del niño” el reconocimiento de la capacidad de las niñas y niños en la toma de decisiones. La participación del niño/a es un camino para el logro de la autodeterminación.

La niñez y la adolescencia ha sido extendida considerablemente en las sociedades occidentales y este proceso tiende a infantilizar a niñas y niños, conduciendo a una subestimación de sus capacidades. Se establece así un ciclo que se realimenta a sí mismo, a saber:

- Se percibe a las niñas y a los niños como incompetentes para asumir responsabilidades sobre su vida, vulnerables y necesitados de protección;
- Como necesitan protección, los adultos están investidos de potestades para actuar en su nombre;

- Al carecer de poder niños y niñas y carecer de la posibilidad de decidir o participar en los asuntos que los afectan, se les niega la posibilidad de desarrollar las habilidades y confianza necesaria para participar, lo que refuerza la creencia de la falta de capacidad de niñas y niños.

De esta forma el artículo 5 a la vez que preserva el derecho de los progenitores a proveer de “guía y dirección” al niño/a, señala que esta guía debe relacionarse con el ejercicio de los derechos del niño según la Convención “**en consonancia con la evolución de sus facultades**”. Por su parte el artículo 12 al otorgarle el derecho a expresar sus puntos de vista en todas las materias que lo afectan, establece que deben tomarse en cuenta sus opiniones, “**en función de la edad y madurez del niño**”. Así estos dos artículos, aunque no lo establecen expresamente, sostienen que ***a los niños y a las niñas debe dárseles la oportunidad de demostrar que tienen capacidad para tomar sus propias decisiones.***

En el Código Civil encontramos reglas que afectan la relación paterno-filial, atribuyendo derechos y autoridad a los padres para que puedan cumplir con el deber legal de cuidado de sus hijos/as. Prevalece la concepción del niño/a como un incapaz y así está regulado, necesitado de protección de los adultos frente a sus propios actos y los de terceros. Al declarar al/la niño/a como un incapaz de cuidar de su persona y de su patrimonio, el CC lo somete a las decisiones de aquellos a quienes encarga la crianza y el cuidado.

Al sancionarse la ley 26061 se ha avanzado en la consolidación de los derechos civiles de niñas y niños dentro de la familia, puesto que le permite ejercer todo lo que hace a los derechos personalísimos de niñas y niños sin acudir al auxilio de terceras personas, en la medida de su madurez y desarrollo, ello a pesar de lo que surgiría del los artículos 54 y 55.

De lo señalado surge entonces que la perspectiva será otra: *los hijos estarán dotados no sólo de la titularidad de derechos, sino también con la capacidad suficiente para su ejercicio en función del juicio propio que adquieran, su entendimiento y madurez intelectual y psicológica;* más allá de los límites rígidos impuestos por las edades que hayan alcanzado.

La función del Ministerio de Menores cambiará y su función será velar por el cumplimiento de la ley respecto de niños/as, pero por sobre todas las cosas *cuidado que se respete su desarrollo autónomo en el marco de la capacidad progresiva.*

DERECHO A RECURRIR ANTE LOS ORGANOS JUDICIALES LAS DECISIONES FAMILIARES

Encontramos aquí dos aspectos relevantes. Nadie desea que las decisiones familiares sean revisadas por los órganos judiciales, pero sí el derecho de las niñas/os a que se respete la evolución de sus facultades, por ello *las niñas y niños deben tener derecho a ser escuchados en todos los procedimientos judiciales y administrativos que los afecten* (artículo 12. 2 CDN).

También deben tener derecho, como otros miembros de la familia, a recurrir a los órganos judiciales para que se revean las decisiones de los progenitores. Para que los jueces dejen sin efecto las decisiones paternas, los niños y niñas deben poder demostrar que es su interés superior que así se proceda, o que de esa forma se garantiza un derecho básico reconocido por la Convención: que el niño/a ha demostrado poseer capacidad suficiente para decidir como un adulto.

El derecho a ser oído involucra directamente el derecho de defensa en juicio de niñas y niños.

Recorreremos algunos artículos del CC en consonancia con la ley 26061 para ver como resolvemos este tema:

Artículo 236: La parte que nos interesa del artículo dice: *”En caso de los artículos 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos: 1- Tenencia y régimen de visitas de los hijos, 2- Atribución del hogar conyugal 3- Régimen de alimento para los cónyuges e hijos menores e incapaces incluyendo los modos de actualización(...) El juez podrá objetar una o mas estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos...”*

Los acuerdos sobre custodia y régimen de comunicación no deberán ser homologados por el Juez sin audiencia previa con los hijos/as, quienes podrán por su lado realizar las articulaciones que estimen pertinentes. La CDN y la ley 26061 le reconocen a niñas y niños ejercer por sí sólo sus derechos personalísimos, y por ello pueden peticionar directamente ante la autoridad judicial, cualquiera sea la calificación procesal que se le quiera dar a su intervención (aunque pensamos que debe revestir la calidad de parte).

El aceptar que el niño/a puedan recurrir directamente es respetar el escalonamiento normativo del artículo 31 de la CN y aceptar entonces la reinterpretación y derogación en su caso, de nuestros textos internos a la luz de los

preceptos contenidos en los tratados internacionales. Como dice Mizrahi “**negar la participación activa del niño en el proceso sí ha de comportar arrasar con el orden jurídico**”

Artículo 264 ter: La norma establece “*En caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá acudir al Juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento mas breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del ministerio pupilar. El juez podrá, aún de oficio, requerir toda la información que considere necesaria y oír la menor; si éste tuviese suficiente juicio y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de dos años*”.

En virtud de los artículos 16.1, 12 y 2.2 de la CDN y los artículos 2, 3, 24 y 27 de la ley 26061, se debe reinterpretar el artículo mencionado de la siguiente manera:

- Haya o no desacuerdo entre los padres, si el/la hijo/a podrá acudir ante el Juez competente para dirimir situaciones que él pueda considerar conflictivas, aunque sus progenitores no lo hagan;
- Planteado los desacuerdos, los/as hijos/hijas deberán ser escuchados por el Juez, siendo ésta una obligación del mismo

Artículo 264 quater: “*En los casos de los incisos 1, 2 y 5 del artículo 264 se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes casos: 1 Autorizarlo al hijo para contraer matrimonio, 2-Habilitarlo, 3- Autorizarlo para ingresar a ordenes religiosas, fuerzas armadas o de seguridad, 4- Autorizarlo para salir de la República, 5- Autorizarlo para estar en juicio,(...)En todos los casos, si uno de los padres no diere su consentimiento, o mediara imposibilidad para prestarlo, resolverá el Juez lo que convenga al interés familiar*”.

En primer lugar para que la resolución sea válida es imprescindible que el juez escuche al menor, quien, desde luego, tendrá una participación activa en el proceso (artículo 27 inciso d ley 26061).

En segundo lugar el hijo/a podrá recurrir directamente ante el Juez frente a la negativa de sus padres a realizar los actos descriptos en el artículo en análisis.

Corresponde aplicar a todos los supuestos las directivas básicas de la CDN tales como los artículos 2 inciso 2, que protege al niño “contra toda forma de discriminación” , artículo 16 inciso 1 que prohíbe que sea “objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada”, y las prescripciones respectivas de la ley 26061 (artículo 10 y concordantes).

Artículo 265: *“Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos sino con los suyos propios”.*

Se debe aclarar que las facultades que tienen los padres no pueden restringir o lesionar los derechos del hijo/a a expresar libremente sus deseos y opiniones en todos los asuntos que lo afecten, difundir sus ideas, a elegir con libertad sus creencias religiosas y de otro orden, a participar en las artes y la vida cultural, etcétera.

También debemos considerar la ley nacional 25.673 y su decreto reglamentario 1282 – cuyo sustento básico en la CDN- por la cual todo adolescente en edad fértil, sin necesidad de autorización de sus padres, tiene la facultad de acceder a la información con autonomía el acceso a los métodos anticonceptivos, previniendo así embarazos no deseados. En suma, los derechos sexuales reproductivos integran los derechos personalísimos de los adolescentes, y como tales sólo ellos están autorizados a ejercer: de manera que deben ser rigurosamente respetados.

Artículo 278: *“Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones correspondientes”*, es decir que admite y regula el “poder de corrección” de los padres sobre los hijos/as. Consideramos que es un caso de derogación tácita¹⁷ y no de reinterpretación. La norma en cuestión se encuentra en contradicción con varios dispositivos de la CDN y colisiona con el término “**responsabilidad parental**”, por ello pensamos que es más correcto hablar de “**poder de conducción**” que es la aspiración no solo de la CDN sino también de la ley 26061.

¹⁷ Conforme: MINYERSKI y HERRERA: ob. cit. página 61

DERECHO A LA PRIVACIDAD

El artículo 16 de la CDN se refiere específicamente a la protección contra las interferencias hacia la vida familiar y el hogar del niño/a, teniendo también relevancia este derecho dentro de la familia, referidas por ejemplo, al espacio privado, la correspondencia y las comunicaciones.

Existe escasa consideración o respeto por el derecho a la privacidad dentro de la familia de niños y niñas. En realidad, es una creencia común que la información proporcionada por las niñas y los niños es propiedad pública. Así, los secretos y confidencias que ellos hacen son a menudo usadas por los progenitores para divertir a otras personas, sin pensar en el impacto que ello puede provocar en niñas y niños.

Muchos progenitores creen que tienen derecho a leer las cartas o los diarios íntimos –comportamiento impensado en relación con otros adultos-. Sin embargo, la privacidad es un tema de considerable preocupación para muchos niños y niñas.

Aceptar que los padres tengan acceso a todo el mundo privado de sus hijos/as es denegarles una identidad separada. Si los padres quebrantan la confianza de los niños/as cuando tienen acceso a información personal están violando la confianza del niño/a y a su derecho a la privacidad. Solo en las más extremas circunstancias de peligro inmediato estas actitudes estarán justificadas.

La ley 26061 ha receptado este derecho en el artículo 10 que expresa: *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar.*

Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales.”

Un aspecto particular de este derecho se da en el caso de progenitores no convivientes de donde surge el derecho de la niña/o a la comunicación con su progenitor no custodio. Numerosos fallos han establecido la inconveniencia de que el contacto del niño/a con el no conviviente se lleve a cabo en el domicilio de quien es el guardador, ya que la presencia de éste quita intimidad y espontaneidad al trato, si bien en un principio el destinatario de la preocupación judicial sea el padre o madre, cada vez más se entiende que la intimidad es un derecho del hijo/a. Esta misma idea se ha trasladado a la visita de otros parientes con derecho de visitas.

Si la comunicación se realiza por otros medios, ejemplo: e mail, conversaciones telefónicas, cartas, mensajes de texto, éstas no pueden ser controladas, ni retenidas por el otro progenitor.

CONCLUSION

La implementación plena de la CDN en la familia requiere la revisión de las actitudes y relaciones que los adultos mantienen con niñas, niños y adolescentes. La ley 26061 es un avance al reconocer:

- La evolución de las facultades de niñas, niños y adolescente como concepto integrante de los deberes y derechos paterno filiales: reconoce expresamente que la formación integral de ellos incluye el reconocimiento de su afianzamiento como individuos independientes, a los que se van otorgando derechos para decidir sobre: su salud, desarrollo, educación, libertad, según la evolución de sus facultades;
- Se ha incluido el respeto por los puntos de vista del niño/a dentro de las distintas instituciones legales que regulan las relaciones paterno filiales;
- Se debe modificar el artículo 278 del CC que establece el derecho de corrección de los padres, estableciendo la prohibición del castigo corporal, como recurso del poder de corrección;
- La posibilidad de que niñas, niños y adolescentes puedan, al igual que otros miembros de la familia para acceder a la jurisdicción cuando se controviertan derechos familiares, reconociéndole el carácter de parte, cuando el asunto les concierne.

Una nueva ley no constituye jamás un instrumento mágico, ni una buena ley no es condición suficiente para nada, aunque sea condición imprescindible para todo. Los problemas, las resistencias y los desafíos son viejos, las herramientas son nueva. Vale la pena intentarlo