

Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho: tensiones y compatibilidades.

Gabriela Magistris.

Cita:

Gabriela Magistris (Octubre, 2004). *Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho: tensiones y compatibilidades*. XIX Congreso Panamericano del Niño. Instituto Interamericano del Niño, México D.F..

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/gabrielamagistris/9>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/p8rn/Rwv>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

XIX CONGRESO PANAMERICANO DEL NIÑO

EVOLUCION DE LA RELACION DEL NIÑO CON SU FAMILIA

Responsabilidad parental y concepción del niño como sujeto de derecho Tensiones y compatibilidades

Autora: Gabriela Paula Magistris

Domicilio: Av. Rivadavia 4423, PB 5, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, Código Postal 1205, Tel.: (0054) 11 4983-5819, email: gabrielamagistris@hotmail.com.

Resumen de la ponencia:

El instituto de la denominada “patria potestad” ha sido naturalizado como un derecho inalienable de los padres a manejar la vida de sus hijos hasta su mayoría de edad.

Sin embargo, la aparición en el campo normativo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño nos ha obligado a redefinir el ámbito de las relaciones paterno-filiales.

En efecto, la concepción del niño como sujeto de derecho nos obliga a evaluar en forma progresiva el ejercicio autónomo de los derechos por parte de los jóvenes, acotándose en la misma medida, la injerencia de los padres en tales actos. Asimismo se analiza bajo qué condiciones puede asumirse la representación que efectúan los padres respecto de sus hijos para determinados actos y qué alcances tiene.

En definitiva, este trabajo intenta exponer las tensiones y compatibilidades entre las figuras de la patria potestad y la concepción del niño como sujeto, procurando brindar herramientas para una correcta armonización de acuerdo a los postulados de la Convención, así como otorgar las bases para una reformulación de las prácticas cotidianas en la vida de los jóvenes.

Palabras clave: DERECHO DE FAMILIA - DERECHOS DEL NIÑO

XIX PANAMERICAN CHILD CONGRESS

EVOLUTION OF THE CHILD'S RELATIONSHIP WITH THE FAMILY

Parental liability and child's conception as subject of law Tensions and compatibilities

Author: Gabriela Paula Magistris

Adress: Av. Rivadavia 4423, PB 5, Buenos Aires, Argentina, Postal Code 1205, Tel.: (0054) 11 4983-5819, email: gabrielamagistris@hotmail.com.

Resumen de la ponencia:

The institute of the so called "*patria potestas*" has been naturalized as an inalienable parents' right to drive life's children till their majority age.

However, the apparition in the normative field of the Internacional Convention of children's rights has forced us to redefine the ambit of the paterno-filial relations.

In fact, the child's conception as subject of law compel us to evaluate progressively the rights' autonomous exercise by the proper children, reducing in the same proportion, the interference of the parents in those acts. Moreover, it is analyzed under what conditions might be assumed that the representation done by the parents respect of their children for certain acts and its extension.

In sum, this work tries to show the tensions and compatibilities between the figures of the *patria potestas* and the child's conception as subject, trying to give tools for a correct harmonization in accordance with the postulates of the Convention, such as giving the basis for a reformulation of the daily practices of the children's lives.

Key words: family law - children's rights

XIX CONGRESO PANAMERICANO DEL NIÑO

EVOLUCION DE LA RELACION DEL NIÑO CON SU FAMILIA

**RESPONSABILIDAD PARENTAL Y CONCEPCIÓN DEL NIÑO COMO SUJETO DE
DERECHO
TENSIONES Y COMPATIBILIDADES**

AUTORA: GABRIELA PAULA MAGISTRIS

Domicilio: Av. Rivadavia 4423, PB 5, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, Código

Postal 1205, Tel.: 4983-5819, e-mail: gabrielamagistris@hotmail.com.

INTRODUCCIÓN – PLANTEO DEL PROBLEMA

Este trabajo se propone analizar y problematizar la naturaleza jurídica de la patria potestad y las tensiones y compatibilidades con la concepción del niño como sujeto de derecho y su posibilidad de autodeterminación.

En el primer punto, se abordará la concepción del niño como sujeto de derecho y sus implicancias en el ámbito internacional y local.

En el segundo acápite, nos dedicaremos a analizar la institución de la patria potestad, haciendo un pequeño recorrido histórico, su significado actual y una propuesta de redefinición de la misma.

En el tercer acápite se analizará el concepto de autonomía progresiva, y de que manera incide ésta en el instituto de la patria potestad.

Por último se estudiará la posibilidad de titularidad y ejercicio autónomo de derechos por parte de los niños.

OBJETIVOS

Permitir una reflexión acerca del concepto de patria potestad y las relaciones paterno-filiales en el marco de la concepción del niño como sujeto de derecho

METODOLOGIA

Reseña bibliográfica

Reflexión crítica de la Convención Internacional de los Derechos del Niño

PROPUESTA

1.- EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO

Desde una postura psicoanalítica, sujeto es aquél que construye su subjetividad a partir de sus *propios* deseos.

Sujeto de derecho en general es aquél que, *“a partir del conocimiento y comprensión de las leyes que regulan su conducta, puede obrar en consecuencia y de esta manera, ser responsable de sus actos”* (Feierstein y Lora, 2001).

Pero profundizando un poco más en esta definición, sostengo que debemos reformularla en el contexto actual del Estado constitucional, democrático y social de Derecho al que aspiramos. Es en este contexto que visualizamos al derecho como una práctica configuradora de subjetividad, en tanto el reconocimiento de los derechos al individuo y su ejercicio por parte de éste es lo que lo convierte en digno, pues le permite autoidentificarse como tal y, al mismo tiempo, desarrollar su personalidad.

Ser sujeto de derecho implica, por tanto, que todas las personas tengan posibilidad de plena participación en todos los órdenes de la vida social, sin discriminaciones ni exclusiones, lo que conlleva necesariamente el restablecimiento de vínculos de igualdad y a la reconstrucción de una práctica colectiva (Wasserman, 2001, p. 62).

Pasando al tema específico de los niños, se plantea que hasta antes de la entrada en vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante CDN), el joven no era un sujeto de derecho, sino sólo un mero objeto de sus padres y del Estado, enrolándose dentro de la llamada doctrina de la situación irregular.

Con la aprobación de la CDN en 1990, ocurre un cambio en el paradigma, que implicó el pasaje de la doctrina de la situación irregular a la llamada doctrina de la protección integral (Beloff, Mary, 1999, p. 9 y ss).

Ya no se sostiene más -como se hacía en la vetusta doctrina de la situación irregular- que la infancia configura un *status* de incapacidad de obrar dentro del cual se encuentra el individuo durante un periodo de tiempo en el que no rigen para él todos los derechos fundamentales. Considerar que la infancia configuraba un *status* de incapacidad implicaba creer que los niños tenían una personalidad imperfecta e inacabada, lo que justificaba que no se planteara el problema de sus derechos (Aláez Corral, 2003), siendo éste el principal instrumento de base para legitimar el poder absoluto y discrecional que se ejercía sobre los más jóvenes. Debemos recordar en este punto que a lo largo de la historia, la figura de la incapacidad (no solo en el caso de los niños, sino también en otros casos paradigmáticos como el de las mujeres) no ha servido para otra cosa que para la vulneración de los derechos más elementales de las personas, so pretexto de su protección. Como dice García Méndez en el caso específico de los niños, la incapacidad de éstos, a lo sumo, tiene un carácter meramente transitorio y relativo (solo por un tiempo determinado y respecto de algunas facultades) (Cf. García Méndez, 2001, p. 97).

Con la doctrina de la protección integral, se deja entonces de considerar al niño/a como una persona inmadura, incompleta, en proceso de desarrollo, carente y en ocasiones peligroso, para pasar a ser reconocido como sujeto titular y portador de ciertos derechos y atributos fundamentales que le son inherentes por su condición de persona humana, más los derechos específicos que derivan de su condición de niño/a.

En la CDN existen varias disposiciones que delimitan un sistema que concibe al niño como sujeto de derecho, tanto respecto al “... *reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...*” (Preámbulo de la CDN), como así también en su rol de ciudadano en la estructura social que establece la propia Convención.

Asimismo, resulta pertinente aclarar que el sujeto no es fruto del desarrollo aunque a lo largo del tiempo modifique algunas modalidades de uso. Es decir, que la edad no produce

que una persona tenga más o menos derechos humanos, sino que el niño debe ser considerado como un sujeto pleno de derecho. Si la idea de incapacidad está superada, entonces deberemos establecer clara y explícitamente que el niño/a, como ser completo y capaz, siempre realiza un juicio de realidad, que es subjetivo y que responde a su propia y particular forma de relacionarse consigo mismo y con el medio, adecuada y coherentemente con la etapa vital en que se encuentra. La infancia no es una fase de la vida que solo es definida a partir de los deseos de los adultos (en particular, los padres), sino muy por el contrario, por sus intereses ceñidos por su propia realidad en tanto niño y persona (Contreras Largo, 1998). El niño no debe vérselo únicamente como alguien que aspira a ser un adulto, sino con una identidad y necesidades propias (Cillero Bruñol, 1997).

Vemos entonces como la titularidad y ejercicio de derechos humanos configura un requisito esencial (aunque por supuesto, no suficiente) *"para que se extiendan a los niños y adolescentes el concepto y las reglas de la democracia"*, toda vez que esta cobertura supone la participación plena, como sujetos activos, de la relación democrática.(Cf. Baratta, 1999)

2.- LA PATRIA POTESTAD. ENCUENTROS Y TENSIONES CON LA CONCEPCIÓN DE NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO

La CDN ha enfocado a la familia como el entorno fundamental para el armonioso desarrollo de todos sus miembros, en particular, de los niños.

Asimismo debe aclararse que la definición de familia en la Convención es muy amplia. Incluye a la familia nuclear, a los hijos de padres separados, a los hijos de un solo padre, a los niños que conviven con la familia ampliada, a la familia consensuada (comunidad), adoptiva, etc.

Por otra parte, en las legislaciones internas de los países existe un concepto aplicado a las relaciones familiares que es el de patria potestad. Históricamente, podemos afirmar que este instituto en el Derecho romano primitivo se caracterizaba por ser un poder ejercido sobre todas las personas que constituían el núcleo familiar. El padre (*pater*), respecto a los miembros de su familia, tenía el poder sobre la vida y la muerte de éstos (podía enajenarlos, juzgarlos, castigarlos e, inclusive, aplicarles la pena de muerte).

Este derecho, que se asimilaba más a una potestad absoluta e ilimitada sobre los miembros del grupo familiar, fue evolucionando en el tiempo, pasando a reconocerse la igualdad de la mujer en el ejercicio de la patria potestad, hasta llegar al criterio actual, que se desarrollará en los párrafos subsiguientes.

Primeramente diremos que la institución comentada ha experimentado una importante modificación en esta evolución. Debe mencionarse que la misma se da en el marco de un período histórico en el que la familia comienza a esfumarse como institución total, reconociendo que cada uno de los integrantes del grupo familiar tienen derechos subjetivos específicos a los que cabe atender. Como bien lo menciona Jelin (1996)

Desde la perspectiva del individuo y su curso de vida, más que hablar de "la familia", lo que permanece son una serie de vínculos familiares, vínculos entre madres y padres e hijos/as; vínculos entre hermanos; otros vínculos de parentesco más lejanos. Existen algunas obligaciones y derechos en estos vínculos adscriptivos, pero son relativamente limitados (p. 46).

En este contexto, y luego de la concepción del niño como sujeto de derecho formulada por la CDN, se pasa a concebir a la patria potestad ya no como un conjunto de poderes sobre un objeto, sino como un complejo de derechos y obligaciones que encuentra fundamento en la necesidad de protección y guía hacia el logro de la autonomía plena de sus hijos. Los padres dejan de tener poderes ilimitados respecto de los hijos, puesto que ahora su responsabilidad se encuentra dirigida a una finalidad concreta, que es *guiar* el proceso por

el cual el niño/a o joven llegue a ser una persona completamente autónoma. Se afirma también que los padres tienen responsabilidades tanto en el cumplimiento de sus funciones, en el respeto por la dignidad humana, como en la coherencia entre el respeto que demandan para sí mismos y el que otorgan (Tenti Fanfani, 2000).

El instrumento internacional de referencia dispone en su artículo 5 que los padres tienen derechos respecto de sus hijos que derivan de sus responsabilidades.

Según están definidos en la CDN, los derechos de los padres no son universales o inamovibles: son limitados y existen sólo en tanto son necesarios para promover los derechos del niño. Como se ha dicho, la patria potestad conlleva una suerte de confluencia entre los intereses de los padres y de los hijos, pero de ninguna manera puede implicar la imposición vertical de un plan de vida o biografía (Cf. Gil Domínguez, 2001, p. 56).

Se reconoce además en forma expresa que la formación integral de los hijos incluye el reconocimiento de su afianzamiento como individuos independientes, a los que se van otorgando derechos para decidir sobre su salud, desarrollo, educación y libertad, según la evolución de sus facultades.

Con la Convención, por tanto, se subraya el balance crucial entre la guía y conducción paternas y la capacidad evolutiva del niño. La tendencia tradicional sostenía que los derechos de los padres sobre los hijos se extendían hasta que éstos podían demostrar su capacidad para ejercer sus derechos. Pero la regla del artículo 5 que obliga a actuar de acuerdo "*con la evolución de las facultades del niño*" sugiere que esa antigua presunción debe ser revertida:

Los padres deben ejercitar su facultad de dirigir las acciones del niño sólo cuando éste no es competente para comprender plenamente las consecuencias de sus actos, o cuando el fracaso en la intervención podría poner el niño en riesgo o le causare daño o cuando interfiriere con los derechos de otros. (Children's Rights Office, 1997)

Es interesante destacar a este respecto las formulaciones de Doltó (1991), quien nos invita a repensar este concepto.

¿Por qué parece subversivo decir que los padres no tienen ningún derecho sobre sus hijos? En cuanto a ellos respecta, tienen solo derechos, hasta la mayoría de edad. ¿Por qué parece subversivo decir que todo adulto debe acoger a todo ser humano desde que nace, como a él mismo le gustaría ser acogido? (...) Todo niño, hombre o mujer en devenir, es ya sostén espiritual y fuerza viva del grupo familiar y social que lo toma materialmente a su cargo. Esa fuerza, esa esperanza de renovación vital que el niño representa, se diría que los adultos se niegan a reconocerlas, y quien se las recuerda es subversivo.

Opino que para arribar a una conclusión parcial sobre este tema, conviene comenzar por *desnaturalizar* el concepto de patria potestad. Se me plantean entonces una serie de interrogantes en la misma línea de Doltó: ¿es posible que personas tengan derechos *sobre otras*, si consideramos que ambas merecen ser consideradas como sujetos plenos? ¿el vínculo de la procreación permite la existencia de estos "derechos"? ¿esto ocurre con los adultos? ¿o es que la subjetividad del niño es de jerarquía inferior respecto a la de sus padres?

Me pregunto si las resistencias encontradas para la adopción de esta posición podrían encontrarse en el poder omnímodo al que siempre se han aferrado aquellos que ejercen este "derecho". ¿acaso no es cierto que este instituto, visualizado como un derecho, ha sido la piedra de base para la legitimación de prácticas abusivas, discrecionales y arbitrarias respecto del tratamiento de la infancia a lo largo de la historia? ¿Serán suficientes los límites que se intentan poner a este derecho-deber o habrá que pensar en una relación de naturaleza distinta?

En esta línea, se ha sugerido la conveniencia del reemplazo de la voz "patria potestad" por el de "responsabilidad parental", que a mi juicio resulta más acertada, ya que pone énfasis

en la obligación de protección que existe desde los padres hacia los hijos. De hecho, en el derecho comparado, existe legislación que ha hecho eco de esta crítica y ha modificado el término de patria potestad por el de “responsabilidad parental” o “autoridad parental” (Código de Familia de Venezuela, ley 5476, 5/8/74; Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia, ley 2.026, 14/10/99; Código de Familia de Bolivia, ley 996, 4/4/88; Código de Familia de Panamá; Código de Familia de Filipinas, 6/7/87).

Se propone entonces que se incorpore a este nuevo concepto la finalidad concreta del instituto que es lograr el desarrollo del niño/a para que alcance su autonomía, de acuerdo a su interés superior y teniendo especialmente en cuenta su opinión (Grosman, 1998, p. 68 a 70). Es decir, armonizando las obligaciones de los padres con los artículos 3 y 12 de la CDN.

No se trata de una cuestión puramente terminológica, de modificar un término por otro, sino muy por el contrario, de definir cual es la finalidad de este instituto y si ésta se corresponde con la de un derecho.

Aclaro que esto no significa negarle a los padres el deber de respeto que deben otorgarle sus hijos (como se lo deben a cualquier otra persona), sino abandonar la idea de que ese respeto debe efectuarse por medio de la imposición –con la figura de autoridad que este “derecho” trae-, ya que el mismo sólo podría ser alcanzado a través del consenso, fruto del diálogo entre dos sujetos en igualdad de derechos.

Articulando las líneas esbozadas en el punto anterior, se sostiene que la concepción de responsabilidad parental armonizándola con la idea del niño como sujeto de derecho, indica al menos estos tres aspectos:

- 1.- Que los padres tienen el deber de criar y educar a sus hijos, y el ejercicio de tal finalidad debe ser la base de un intercambio (y no de subordinación) donde se tenga en cuenta las opiniones e intereses del niño y no como un objeto moldeable por los

padres (dirigido a lograr la autonomía del sujeto como un ser diferenciado de sus padres).

2.- El niño debe participar en su proceso educativo, de acuerdo a la edad en la que se encuentre.

3.- La familia debe promover espacios destinados a lograr su autonomía, incrementando las responsabilidades del niño, a medida que va creciendo. (Grosman, 1996, p. 84 y 85)

3.- LA CUESTIÓN DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA. CONSECUENCIAS EN EL INSTITUTO DE LA DENOMINADA “PATRIA POTESTAD”

Se sostiene que existe una suerte de colisión entre la patria potestad y el derecho de los niños a ser titulares y a ejercer los derechos fundamentales que le son inherentes.

Primero, diremos que esta tensión podría atenuarse si la orientación de los padres se halla encaminada a lograr la autonomía del niño y se le otorga genuina participación en su proceso de desarrollo, teniendo en cuenta la *evolución de sus facultades* (art. 5 de la CIDN). Esto ha sido denominado como “principio de la autonomía progresiva”.

En otro orden de ideas, diversos y destacados estudios de la psicología evolutiva sostienen que la minoría de edad es un proceso durante el cual la psicología del niño va evolucionando en una constante autoafirmación y autodeterminación de la personalidad y, con ello, de una voluntad autónoma (Piaget, 1981).

No obstante ello, se considera que el niño, a pesar de no haber llegado a la edad adulta, tiene necesidades propias y una determinada autonomía que hay que promover.

¿Pero qué significa que el joven goza de una “autonomía progresiva”?

En primer lugar, diremos que no se trata de un ejercicio progresivo de derechos (no se puede ejercer progresivamente el derecho a la vida, por ejemplo) sino de una

autonomización progresiva en el ejercicio de los derechos, de acuerdo a la etapa vital en la que se encuentra.

Los derechos establecidos en la CDN, al igual que las necesidades de una persona, se ejercen completamente según la fase de desarrollo en que está inmerso. El niño constituye una totalidad, al igual que sus derechos y necesidades, esa totalidad es completa de acuerdo a su etapa vital. Sin lugar a dudas existen diferencias entre las necesidades y subjetividad de un niño(a), un adolescente y un adulto, pero éstas no son progresivas sino diferentes.

Esta gradual evolución del joven que lo vuelve más autónomo, implica asimismo la pérdida de ciertas facultades que tenían los padres sobre sus hijos. O sea que cuanto mayor sea el ámbito de autodeterminación del niño, menor será la posibilidad de injerencia por parte de sus padres.

En general, suelen encontrarse serias resistencias frente a la posibilidad de que el niño adquiera autonomía e independencia de sus padres. Esto puede observarse tanto en la práctica cotidiana de quienes ejercen la patria potestad, como de aquellos que en ejercicio de algún poder del Estado tienen como misión la salvaguarda de los derechos de los niños, basando su argumentación en la necesidad de protección que todo niño tiene. Sobre esto, debe replicarse que el fundamento de la protección de los niños no ha hecho más que instaurar un sistema desconocedor del joven como sujeto de derecho y protagonista de su propia biografía, cuestión que ha sido ampliamente denunciada por todos aquellos que analizaron los efectos perniciosos del sistema operante con anterioridad a la adopción de la CDN. Así, se ha dicho que *“...proteger, no implica sólo quitar responsabilidades y derechos, pues restringir la capacidad de decidir o de ser competentes, afecta negativamente a la persona toda, incluida su salud física, y no sólo la esfera jurídica”* (Baldarenas, 1997). En idéntico sentido señala Grosman (1993) que:

La creencia básica de que el menor es un incapaz, frágil e inconsciente y por lo tanto que es necesario protegerlo contra si mismo o contra los actos del otro, es lo que lleva muchas veces a limitaciones abusivas en el seno de la familia.

Lentamente, en el derecho interno de algunos países, el concepto de autonomía progresiva ha sido recogido. A título de ejemplo señalamos, el art. 1626.2 del Código Civil Alemán que dice que “Los padres observarán en el ejercicio del cuidado, la creciente capacidad y necesidad de la independencia del hijo en cuanto a su actuación consciente y responsable”(…). En Holanda, también la autoridad parental frente a los menores de más edad disminuye en la medida en que su personalidad y su capacidad de tomar sus propias decisiones se han desarrollado.

La autoridad parental debe contribuir al desarrollo de esa autonomía progresiva, a través de acciones dirigidas por un lado, a escuchar a los niños para descifrar sus necesidades y representarlo lo más fielmente posible, y por el otro, intentando que cada niño sea su propio portavoz, tratando de que éste decida con la mayor libertad posible, sin querer sustituirlo en su voluntad (Cf. Doltó, 1992, ps. 223-241).

4. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR PARTE DE LOS NIÑOS/AS Y ADOLESCENTES

Como ya fue abordado anteriormente, el niño fue considerado desde siempre (y aún hoy lo es en muchos aspectos), como una persona incapaz, definido a partir de lo que no sabe o de lo que no es capaz.

Sin embargo, la postura que concibe al niño como sujeto de derecho implica reconocerle una determinada capacidad, no solo de titularidad, sino de ejercicio de sus derechos fundamentales.

Debido a ello, se trata de considerar a los menores de edad, no como personas que

cuentan con una incapacidad de actuar, sino como una "limitación a la capacidad que se fundamenta en razones de protección de sus derechos de acuerdo con la Convención, y no solamente de su persona y bienes, como se establecía anteriormente" (Cillero Bruñol, 2001, p. 57).

Esa capacidad de obrar o ejercicio puede realizarse a través de sus representantes o de forma autónoma, que según el sistema que se adopte, será abordada de acuerdo a una edad determinada o al grado de madurez alcanzado, o a una combinación de ambas.

Resulta prudente aclarar que al referirnos a la posibilidad de ejercicio por parte del niño de sus derechos fundamentales, no nos estamos refiriendo a realizar los actos jurídicos a que se refiere el derecho civil (aunque a veces pueden coincidir), sino a los derechos humanos que le corresponden por su carácter de persona. Adelantando mi posición, entiendo que, en los primeros años de vida, la regla debe ser el ejercicio a través de sus representantes, pero siempre dejando espacio a que, de acuerdo al derecho en cuestión y a la madurez del niño, pueda ejercerlo de forma autónoma. No debemos olvidarnos que el principio de autonomía progresiva supone el logro del ejercicio autónomo de los derechos por parte de los jóvenes. Es por ello que, a partir de una determinada edad o alcanzado un mínimo grado de madurez, la regla se invierte, y en principio, todos los derechos pueden ser efectuados de modo autónomo, salvo las excepciones que deben ser establecidas rigurosamente en la ley interna de cada país.

Veremos ahora las posibilidades de ejercicio de derechos por parte del joven a través de representantes o de modo autónomo.

4.a) Actuación a por intermedio de representantes

Existe la posibilidad de que un derecho fundamental del niño sea ejercitado a través de un representante –que en principio son los padres, tutores o guardadores-, entendiéndose que

la representación se fundamenta en la protección de los derechos del representado, pero sólo si convergen los siguientes requisitos:

4. a.i- Que el interés que proteja el representante sea efectivamente el interés del representado

Es conveniente precisar en este punto el concepto de interés superior del niño, al que debería estar dirigido el accionar del representante.

Conforme al sistema de protección integral vigente a partir de la CDN, este concepto recibe un giro importante en su formulación. Hasta ese momento, el mismo era utilizado para realizar múltiples interpretaciones, de acuerdo a intereses de tipo extra-jurídico, que dejaban el campo libre a amplios márgenes de arbitrariedad, legitimando la idea de que el interés superior era siempre definido por otras personas ajenas al joven, con absoluta independencia de su voluntad (Cillero Bruñol, 1999). A partir de la Convención, el criterio del interés superior, pasa a tener una finalidad determinada, que es la efectivización de sus derechos fundamentales.

Una correcta aplicación del principio, por consecuencia, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad (Cillero Bruñol, 1999, p. 77).

Es por ello que frente a un caso en donde los derechos se encuentran, por lo menos en apariencia enfrentados “siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa” (Cillero Bruñol, 1999, p. 83).

Se intenta además que este principio sea útil para proporcionar una pauta objetiva y específica que permita resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su

cuidado. "De esta manera frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño" (Weinberg, 2002, p. 44).

En suma, debe tenerse en cuenta en cada oportunidad, el interés del niño en juego, traducido en uno o varios derechos, y decidir teniéndolo bien presente.

4.a.ii.- Que la voluntad que emita sea la que emitiría el representado si pudiese ejercer el derecho por sí mismo, otorgando debido espacio a la opinión del joven en los asuntos que le conciernen.

Esta premisa es de gran importancia porque es muy frecuente que se articulen procesos bajo el amparo de que se protegen los derechos de los niños, mediando sustitución absoluta de la voluntad de éstos últimos. Ello no es posible de acuerdo al marco otorgado por la Convención, ya que de acuerdo al artículo 12, resulta de vital importancia la necesidad de otorgar espacios para que el joven exprese sus opiniones en todos los asuntos que le conciernen, y que dicha expresión sea tomada debidamente en cuenta en las decisiones que se adopten a su respecto.

En esta misma línea argumental, Piera Aulagnier (1991) sostiene que en un primer estadio del desarrollo del bebé, la madre decodifica los mensajes de los pequeños violentando significaciones. Sin embargo, refiere que esa violencia es necesaria y constitutiva del sujeto. Es lo que ella llama "violencia primaria". Pero el exceso en esa interpretación, sin tener en cuenta la real voluntad del niño, se traduce en una violencia secundaria, y por lo tanto no aceptable como necesaria. Se trata de un abuso en esa violencia constitutiva, que cercena la posibilidad de pensamiento autónomo del niño.

4.b.- Actuación autónoma del joven

La posibilidad de ejercicio autónomo de derechos constituye la finalidad esencial a la que debe estar dirigida la responsabilidad parental, razón por la cual la incumbencia de este instituto debe disminuir en la medida en que el campo de autodeterminación sea mayor. Es decir que existe una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del joven y la legitimidad de las medidas de intervención que puedan tomar los padres, como representantes de sus hijos.

Progresivamente, la legislación comparada y la jurisprudencia han comenzado a reconocer la capacidad de ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los jóvenes, especialmente en lo atinente al derecho a elegir una religión diferente a la de sus padres (Caso M.C.O.A. de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, transcripto en "Justicia y Derechos del Niño", 1999, ps. 119/133), derecho al cuidado de su propio cuerpo (En Francia, por ejemplo, los médicos están autorizados a atender a los niños en la consulta sin la presencia de sus padres, sin ningún límite de edad, estando obligados al secreto profesional; y para determinadas operaciones se exige su consentimiento), derecho a la salud sexual y reproductiva (aquí deben citarse el reconocido Gillick, de Inglaterra, y el reciente fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires de Argentina), inviolabilidad de sus papeles privados, libertad de expresión, de conciencia, de asociación y reunión, derecho a la educación (En Filipinas, el Acta para el Bienestar del Niño y el Joven, establece que un niño tiene derecho a elegir su carrera; los padres pueden aconsejar pero no decidir. Algo similar ocurre en Noruega. Ver Children's Rights Office, 1997).

A esto podría agregarse la posibilidad de denunciar frente a la amenaza o vulneración de los derechos de los niños y adolescentes, el derecho a contar con patrocinio letrado que lo asista en sus reclamos y que represente fielmente sus intereses, derecho a ser oído en

tales procedimientos, etc.

5.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Con el presente trabajo he intentado explorar la naturaleza jurídica de la denominada patria potestad, llegando a la conclusión de que no se trata de un derecho propiamente dicho, sino de un conjunto de responsabilidades puestas en cabeza de los progenitores destinadas a satisfacer las necesidades y derechos de los niños que se encuentran bajo su protección y a lograr su completa autonomía.

Hemos visto además como la concepción del niño como sujeto de derecho nos obliga a revisar nuestras prácticas y a pensar a los niños como sujetos titulares de derechos fundamentales con posibilidad de ejercicio autónomo, debiendo los padres contribuir a perfeccionar esa autonomía que se encuentra en pleno desarrollo, y a disminuir su injerencia en la medida que el campo de autodeterminación sea mayor. Para ello, he propiciado que debe establecerse como regla el ejercicio a través de sus representantes en los primeros años de vida -definido por cada legislación interna-, pero siempre dejando espacio a que, de acuerdo al derecho en cuestión y a la madurez del niño, pueda ejercerlo de forma autónoma. Luego, a partir de una determinada edad o alcanzado un mínimo grado de madurez, la regla se invierte, y en principio, todos los derechos pueden ser efectuados de modo autónomo, salvo las excepciones que deben ser establecidas rigurosamente en la ley interna de cada país.

En síntesis, se han intentado desarrollar algunos lineamientos dirigidos a hacer efectivo el derecho de los niños y adolescentes a su autodeterminación e independencia, en el marco de una sociedad democrática que definitivamente los incorpore como sujetos plenos y capaces.

Bibliografía

a) Libros y revistas

1. ALÁEZ CORRAL, B. (2003). "Minoría de edad y Derechos Fundamentales". España: Ed. Tecnos.
2. AULAGNIER, P. (1991): La violencia de la interpretación. Del pictograma al enunciado. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
3. BALDARENAS, J. (1997). "¿Son los menores... incapaces?". Revista Derecho de Familia N° 11. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.
4. BARATTA, A. (1999). "Infancia y democracia", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Santa Fé de Bogotá/Buenos Aires: Edit. Temis/Depalma.
5. BASTERRA, M. I. (2002). "En un valioso precedente, la justicia convalida una ordenanza de salud reproductiva". Revista Jurisprudencia Argentina 2002-III-516.
6. BELOFF, M. (1999): "Protección Integral y situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar". Revista Justicia y Derechos del Niño Nro. 1. Santiago de Chile: UNICEF.
7. BIDART CAMPOS, G. (2000). "Patria potestad y autonomía personal de los hijos". Revista La Ley, Buenos Aires, 7/9/2000.
8. BORDA, G. y otros (2001). "La persona humana". Buenos Aires: La Ley, 2001.
9. CARUSO, M. y DUSSEL, I (1996). "Yo, tú, él, ¿quién es el sujeto?" En *De Sarmiento a los Simpsons. Cinco conceptos para pensar la educación contemporánea*. Buenos Aires: Kapelusz, Colección triángulos Pedagógicos.
10. CHILDREN'S RIGHTS OFFICE (1997). "Construyendo pequeñas democracias: los alcances de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño como instrumento para el respeto de los derechos civiles del niño en la familia", traducido por Chavenneau de Gore, Silvia y Kolternik, Irene. UNICEF.
11. CILLERO BRUÑOL, M. (1997). "Infancia, autonomía y derechos – una cuestión de principios". Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, N° 234. Montevideo: IIN.
12. CILLERO BRUÑOL, M. (1999). "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño". Revista Justicia y Derechos del Niño, Número 1. UNICEF.
13. CILLERO BRUÑOL, M. (2001): "De la proclamación a la protección efectiva". Revista Justicia y Derechos del Niño, Número 3. UNICEF.
14. CONSEJO DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES (2001): "Los derechos de los niños, la familia y el Estado", Área de Investigación. Buenos Aires: Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.
15. CONTRERAS LARGO, C. (1998): "Hacia un diagnóstico para el ejercicio de la ciudadanía". De la Tutela a la Justicia. Chile: UNICEF.
16. DEMARÍA, V. y FIGUEROA, J. (2002). "Infancia, Mujer y Familia: hacia la construcción de una epistemología del sujeto moderno". Concurso Interamericano de monografías sobre derechos de la Infancia, adolescencia y familia. Organización de los estados Americanos. Instituto Interamericano del Niño. Uruguay: IIN.
17. DOLTÓ, F. (1991). "La causa de los niños". Buenos Aires: Paidós.
18. DOLTO, F. (1992). "La causa de los adolescentes". Buenos Aires: Editorial Seix Barral.
19. FEIERSTEIN, N. y LORA, L. (2001). "Perspectiva socio-jurídica del niño como sujeto de derecho". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional Derechos y Garantías en el Siglo XXI llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad

- de Buenos Aires los días 25, 26 y 27 de abril de 2001. Publicado en <http://www.aaba.org.ar>
20. FERRAJOLI, L. (2001). "Los fundamentos de los derechos fundamentales". Madrid: Ed. Trotta.
 21. GARCIA MENDEZ, E. (2001). "La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina". Revista Justicia y Derechos del Niño Nro. 3. UNICEF.
 22. GIL DOMINGUEZ, A. (2001). "Regla de reconocimiento constitucional: Patria Potestad, bioética y salud reproductiva". Revista de Derecho de Familia Número 21. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot.
 23. GOMES DA COSTA, A. (1992). "Del Menor al Ciudadano-Niño y al Ciudadano Adolescente". En García Méndez, E. y Carranza, E.: *Del Revés al Derecho*. Buenos Aires: Ed. Galerna
 24. GROSMAN, C. (1993). "Significado de la Convención de los Derechos de los Niños en las relaciones de familia, primera y segunda parte". Revista La Ley del 26/5/93. Buenos Aires: La Ley.
 25. GROSMAN, C. (1996). "Los Derechos del Niño en la familia, la ley, creencias y realidades" En Wainerman, Catalina (comp.): *Vivir en familia*. Buenos Aires: Edit. UNICEF/Losada, 2a. edición.
 26. GROSMAN, C. y otros (1998). "Los derechos del niño en la familia, Discurso y Realidad". Buenos Aires: Ed. Universidad.
 27. HARTMAN, R.: "Reconceptualizing the Rights of Children and Adolescents. Beyond Best Interests: Children, The Constitution, and Fundamental Rights". Duquesne University Law School, publicado en <http://www.Duq.Edu/law/rh.html>.
 28. JELIN, E. (1996). "Familia: crisis y después ...". En Wainerman, Catalina (comp.): *Vivir en familia*. Buenos Aires: Edit. UNICEF/Losada, 2a. Edición.
 29. PIAGET, J. (1981). "Seis Estudios de Psicología". Buenos Aires: Ed. Sudamericana, Planeta, 11ª Edición.
 30. RUIZ, A. (1991). "Aspectos ideológicos del discurso jurídico". En AAVV: *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
 31. TENTI FANFANI, E. (2000). "Infancia, Derechos y Ciudadanía". Libro de ponencias – Segundas Jornadas Internacionales de Investigación Social sobre la Infancia y Adolescencia, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y las Prácticas Sociales. Buenos Aires. Mimeo.
 32. UNICEF (2001). "Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño". Ginebra: UNICEF.
 33. WASSERMAN, T. (2001). "¿Quién sujeta al sujeto? Una reflexión sobre la expresión el niño como sujeto de derecho". Revista Ensayos y experiencias Nro. 41 "Los derechos del niño, prácticas sociales y educativas", Buenos Aires: Noveduc.
 34. WEINBERG, I. (2002). "Convención sobre los derechos del niño". Buenos Aires: Ed. Rubinzal – Culzoni.

b) Instrumentos internacionales / Legislación

1. Convención Internacional de los Derechos del Niño
2. Código Civil Alemán
3. Código Civil Argentino
4. Constitución de la República de España
5. Código Civil de España
6. Código de Familia de Venezuela, ley 5476, 5/8/74
7. Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia, ley 2.026, 14/10/99

8. Código de Familia de Bolivia, ley 996, 4/4/88.
9. Código de Familia de Panamá.
10. Código de Familia de Filipinas, 6/7/87

c) Jurisprudencia

1. Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. "Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires". Publicado en el Diario Judicial del 11/02/2004, p. 258
2. Corte de los Loes. "Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority", 17/10/1985, Inglaterra.
3. Corte Constitucional de Colombia, "N.N. c/ Instituto Colombiano de Bienestar y Familia", Sentencia SU-337/99, publicado en *Justicia y Derechos del Niño* Nro. 4, UNICEF, 2002.
4. Corte de Apelaciones de Valparaíso, "M.C.O.A.", 26 de julio de 1996, publicado en *Justicia y Derechos del Niño* Nro.1, UNICEF, 1999.