

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.

"Construyendo la más pequeña de las democracias en el corazón de la sociedad"

-eslogan de las Naciones Unidas en el Año Internacional de la Familia

Este trabajo fue realizado teniendo como punto de partida "**Construyendo pequeñas democracias**", una publicación de la **Children's Rights Office**, entidad británica establecida para promover la inclusión en la legislación de Gran Bretaña de la función del Comisionado de los Derechos del Niño, cuya tarea será la de representar los derechos de los niños. La oficina se ocupa además de observar y alertar sobre la implementación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en Gran Bretaña.

UNICEF Argentina agradece a la Children's Rights Office la posibilidad brindada de traducir este valioso documento.

La traducción del original, así como la incorporación de información sobre legislación latinoamericana y el análisis relacionado con la legislación argentina fue realizado por la Dra. **Silvia Chavenneau de Gore**, abogada, ex Secretaria de un Juzgado de Menores de San Isidro, Provincia de Buenos Aires y actual Juez de Familia en ese mismo distrito.

Idea y edición: Irene Konterltnik

PRESENTACIÓN

Prefacio a la edición inglesa

La proclamación de 1994 como Año Internacional de la Familia, por las Naciones Unidas fue un desafío y una ocasión decisiva para reafirmar el valor de la familia como la más pequeña de las democracias instalada en el corazón de la sociedad, a la luz de los derechos y libertades de sus miembros individuales. Este es también el enfoque de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el instrumento más ampliamente ratificado en el campo de los derechos humanos.

La Convención ha enfocado a la familia como el entorno fundamental para el armonioso desarrollo del niño, construido sobre la coexistencia de los deberes y derechos de los padres y de los hijos. Los derechos de los niños se consideran en su individualidad y la perspectiva del niño obtiene visibilidad. Aun reconociendo que los intereses de los padres y de los hijos no son necesariamente coincidentes, también es claro que no deben ser percibidos como opuestos. En verdad, los derechos de la familia solo pueden enfocarse conjuntamente con el respeto por los derechos de sus miembros individuales. La diversidad no puede amenazar la unidad y armonía de la familia, sino reforzar decisivamente su estructura democrática, mientras fortalece lazos de afecto, confianza y privacidad.

La Convención señala que los padres tienen la responsabilidad primaria por la crianza y desarrollo del niño. Al mismo tiempo, enfatiza que el cumplimiento de su tarea debe estar guiado y encuadrado por el interés superior del niño. De tal forma, mientras que se espera que provean de guía y dirección adecuada al hijo, los padres también deben actuar tomando en consideración la capacidad evolutiva del niño, así como su edad y grado de maduración. La Convención reconoce que los niños deben ser asistidos muy a menudo en sus vidas, pero también señala la importancia que tiene reconocer la individualidad de los chicos y su capacidad para ser actores principales en el ejercicio de sus propios derechos.

Los padres también tienen que cumplir una función especial promoviendo la capacidad de su hijo para intervenir responsablemente en la familia, en la escuela y en la vida en sociedad. Mientras que se considera esencial que provean guía y dirección, también se espera de los padres que aseguren al niño un espacio positivo y compartido para el diálogo, que prepare el camino a la libre expresión de distintos puntos de vista y a la consideración seria de esos puntos de vista en el futuro. Las opiniones deben ser respetadas sin necesidad de adherir a ellas- expresar un punto de vista no es lo mismo que tomar una decisión. Este proceso reforzará la capacidad de los niños para ser miembros activos con habilidades adecuadas para participar en la vida familiar y no para simplemente reaccionar a los deseos, miedos o expectativas de sus padres.

Marta Santos Pais
ex Miembro del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas
Ginebra

CONTENIDOS

1. Introducción

Propósitos

Definiciones

2. La responsabilidad de los padres y los derechos de los niños

- Artículos 5 y 18

3. La participación de los niños en las decisiones familiares

- Artículo 12

El respeto por los puntos de vista de los niños

El respeto por la capacidad evolutiva de los niños: hacia la autodeterminación

Cuando la toma de decisiones en la familia fracasa: el derecho a reclamar ante la justicia

4. Derecho a la identidad

- Artículos 7 y 8

5.Libertad de expresión, de pensamiento, religiosa y de asociación

-Artículos 13, 14 y 15

6.Derecho a la privacidad

-Artículo 16

7.Derecho a la integridad física y personal

-Artículo 19

8.Derecho a la libertad

-Artículo 37

Reformas legales necesarias en la Argentina para promover los derechos del niño en la familia

1. INTRODUCCION

La aceptación casi universal de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Niños debería representar una nueva era para los niños **-aquella en la que cesarán de ser percibidos como propiedad de sus progenitores, o como objetos de preocupación;** mirados pero no escuchados.

Los artículos de la Convención proveen el marco para evaluar el status y las relaciones de los niños en la familia y fuera de ella, y también para evaluar que ayuda proporcionan los estados a las familias. Pero si bien la Convención es el primer instrumento internacional diseñado específicamente para los niños, no es en ningún sentido contrario a la familia. En rigor, reafirma el rol central de las familias en la vida de los niños y la importancia que la familia reciba el adecuado soporte en el cumplimiento de sus responsabilidades. El preámbulo de la Convención enfatiza:

"La familia, como elemento básico de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, **debe recibir la necesaria protección y asistencia para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad**".

La Convención no insiste en un detallado patrón para la crianza de los niños o en determinado modelo de relaciones familiares. **No impone un modelo universal de vida familiar.** Pero insiste en que, al igual que los adultos, **los niños no pierden sus derechos civiles y políticos al traspasar la puerta de su hogar. También subraya que los padres tienen responsabilidades hacia sus hijos más que derechos absolutos sobre ellos.**

El eslogan del Año Internacional de la Familia (1994) resumió el concepto :

"Construyendo la mas pequeña de las democracias en el corazón de la sociedad". El organismo responsable de las Naciones Unidas para el Año de la Familia, el Centro de

las Naciones Unidas para el Desarrollo Social y los Asuntos Humanitarios, propuso que las familias:

"deben llegar a ser el medio para promover nuevos valores y comportamientos consistentes con los derechos de sus miembros individuales, según lo establecen diversos instrumentos de las Naciones Unidas".

La Convención ha sido ratificada por todos los países del orbe con excepción de Estados Unidos y Somalia.

De acuerdo con la Convención, los países que la ratifican están obligados a informar al Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, dentro de los dos primeros años de la ratificación y luego cada cinco años, los progresos alcanzados en su implementación.

Sin embargo, muy pocos de los informes iniciales al Comité han prestado atención a la realización de los derechos del niño dentro de la familia. Uno de los estados signatarios hizo expresa reserva en el momento de la ratificación que los niños, en el ejercicio de sus derechos, debían respetar la autoridad parental, de acuerdo con "las tradiciones y costumbres nacionales".

Hay una gran variedad en el grado en que las leyes que regulan las relaciones familiares respetan los derechos de los niños. Cuando el Comité de las Naciones Unidas pide a los estados que informen sobre derechos civiles de los niños tales como la libertad de expresión, de pensamiento, de conciencia y de culto, muchos estados simplemente señalan la existencia de una constitución o una declaración de derechos, sin ninguna mención sobre el cumplimiento efectivo de esos derechos tanto dentro de la familia como fuera de ella. El Artículo 4 de la Convención acepta que la implementación de los derechos sociales y económicos se verá afectada por la disponibilidad de recursos y establece que esos derechos deberán implementarse hasta el máximo posible, de acuerdo con las disponibilidades de cada país. **Pero la Convención no permite ninguna desviación en el resguardo de los derechos civiles y políticos garantizados por ella.**

Sólo unos pocos informes iniciales al Comité indicaban que los países signatarios habían desarrollado y definido en detalle el concepto de responsabilidad parental en las leyes de familia.

También varían enormemente las edades establecidas en las legislaciones de los distintos países para que los niños adquieran derechos para adoptar sus propias decisiones; en numerosos casos, tal poder de decisión no se alcanza hasta que se obtiene la mayoría de edad establecida en la Convención -18 años- o aún más tarde, como en el caso de nuestro país.

Muchos países informan sobre altas y crecientes tasa de violencia contra los niños dentro de la familia, y el Comité viene prestando particular atención a los castigos sancionados legal y socialmente y a las prácticas que envuelven violencia psíquica o mental y de esta manera desafían el derecho del niño a la integridad psíquica y personal.

Más aún, en algunos países como Gran Bretaña, por ejemplo, el análisis y el debate sobre los alcances de la Convención en la vida de los chicos se ha centrado en los derechos económicos y sociales y en los servicios públicos como salud y educación. Ello es muy importante, en tanto es indiscutible que la pobreza, la falta de vivienda y las largas horas de trabajo debilitan las habilidades paternas para promover actitudes de respeto hacia sus hijos. Las condiciones económicas que restringen el tiempo, el espacio y la energía que los padres pueden dedicar a sus hijos pueden llegar a y en efecto limitan las oportunidades de respetar los derechos civiles de los hijos. Pero si los principios y parámetros de la Convención van a ser realidad en todos los aspectos de la vida de los niños, debe darse igual consideración al derecho de los niños a participar activamente en la sociedad, y a los derechos civiles y políticos. **Y el debate debe extenderse a lo que acontece en el interior de la familia.**

Este manual intenta aceitar ese debate y alentar a todos aquellos que trabajan con familias y niños a considerar las consecuencias de la Convención para la vida familiar de los niños (**y, por supuesto, esa discusión es relevante también para todos quienes trabajan con niños bajo el cuidado de familias sustitutas o bajo cualquier forma de cuidado fuera de sus familias**).

El Comité de las Naciones Unidas, formuló observaciones y recomendaciones al informe inicial realizado por Argentina, señalando que:

"el informe presentado por el Gobierno de Argentina no abarca todos los derechos incluidos en la Convención...el informe hace referencia principalmente al marco legal y no contiene suficiente información analítica y estadística sobre la real implementación de los derechos establecidos en la Convención." Como aspectos positivos: "...acoge la incorporación, al sistema legal doméstico, de la Convención de los Derechos del Niño así como de otros tratados de derechos humanos ratificados por Argentina y el elevado status legal que se les atribuye...". "Sugiere que el Estado parte considere el emprendimiento de mayores esfuerzos para impartir educación a la familia y desarrollar conciencia sobre la igualdad de responsabilidades de los padres. Con especial énfasis se sugiere el desarrollo de programas de educación para la salud para contrarrestar la alta incidencia de embarazo en adolescentes."

También recomienda la más amplia difusión en todo el país de la información presentada por el Estado parte al Comité como así de las informaciones finales de éste. (CRC/C/15/Add.35. 23 de enero de 1995)

El Congreso Argentino ratificó la Convención en septiembre de 1990, instituyéndola como ley nacional 23849 y en agosto de 1994 la Convención Constituyente la incorporó al artículo 75 de la nueva Constitución de la Nación Argentina.

Al aprobar la Convención, la República Argentina declaró que con relación al artículo 1, el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad.

Los convencionales de 1994, al incluir a los tratados de derechos internacionales sobre derechos humanos en la Constitución de 1994, han otorgado a éstos, entre ellos a la Convención, una jerarquía superior a los restantes tratados firmados por la Nación Argentina., recogiendo las tendencias de las últimas reformas constitucionales operadas

en otros países, al mismo tiempo que han recogido la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que a su vez se inspiró en posiciones de la Comisión Europea de derechos Humanos y en la Corte Internacional de Justicia.

Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, Argentina asume obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia las personas sometidas a su jurisdicción.

La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, incide en el resto del ordenamiento jurídico. Tanto el Poder Legislativo al dictar leyes sobre derecho de familia o sobre los derechos de niños y adolescentes como los órganos judiciales al resolver casos particulares, deberán hacerlo de conformidad con la normativa de la Convención, ya que si antes de la reforma constitucional el incumplimiento de la observancia de las disposiciones del instrumento internacional generaba responsabilidad frente a los demás estados, ahora las decisiones contrarias serán atacables por inconstitucionalidad.

La incorporación de la Convención a la legislación nacional con jerarquía constitucional, ha llevado al dictado de normas locales que contienen los principios de aquella. Así, la provincia de Mendoza al dictar la Ley del Niño y el Adolescente, ha puesto especial énfasis en el valor de la familia, en concordancia con el Preámbulo de la Convención, señalando que la política respecto al niño y el adolescente tendrá como objetivo su contención en el núcleo familiar a través de la implementación de planes de prevención, promoción, asistencia e inserción social. La carencia de recursos materiales de los padres, tutores o guardador no constituye causal suficiente para la exclusión del niño o el adolescente de su grupo familiar o guarda jurídica.

Propósitos del Manual

Ambito de aplicación

Este manual desarrolla los alcances de los siguientes conceptos claves de la Convención:

Responsabilidades parentales: desarrollar definiciones sobre la responsabilidad de los padres, - que aventen la posible supervivencia de viejos conceptos sobre los derechos absolutos de los padres -, y que son fundamentales para la realización de los derechos de los niños en la familia (Artículos 5 y 18).

Participación de los niños en la toma de decisiones familiares: respeto por los puntos de vista de los niños; respeto por la capacidad evolutiva de los niños y su creciente derecho a la autodeterminación; fracaso de la familia en la toma de decisiones (Artículos 5 y 12).

Derechos civiles de los niños en la familia: inclusión del derecho a la identidad (Artículos 7 y 8); a la integridad física y psíquica (Artículos 19 y 37); a la libertad de expresión, pensamiento, conciencia, religión y asociación, a la privacidad y al acceso a la información (Artículos 13, 14, 15, 16 y 17).

El manual revisa los temas emergentes en cada una de esas áreas y proporciona un breve resumen de los aspectos relevantes del marco legal en la República Argentina.

También provee información sobre las perspectivas internacionales, analizando los primeros informes que los Estados Partes enviaron al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

Comenzar un debate

Este manual está dirigido a todos quienes trabajan con y para las familias y los niños, desde la legislación, la educación, el asesoramiento, la tarea judicial, realizando tareas de apoyo u otros roles. UNICEF desea estimular un amplio debate público sobre los derechos del niño en las distintas formas familiares en que se halle inserto, y una revisión tanto de las actitudes como de las prácticas.

DEFINICIONES

Para los propósitos de este manual, se entiende por "niño", al igual que en la Convención, a "todo ser humano menor de dieciocho años de edad" (Artículo 1)¹, y "familia" está definida de manera tal que incluye a "los padres, o, en caso de ser aplicable, los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según lo establezca la costumbre local, los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño" (Artículo 5).

2.- DEBERES DE LOS PADRES Y DERECHOS DE LOS NIÑOS

ARTICULOS 5 Y 18

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los familiares o la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 18

Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que 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 tutores la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño?

Temas

Para comprender los derechos del niño en la familia es vital **formalizar el concepto de responsabilidad de los padres**, delineándolo y definiéndolo en la ley, de la misma forma en que **deben definirse la responsabilidad y el rol del estado cuando los niños están o deben ser separados de su familia**. En los últimos tiempos ha comenzado a aparecer en el debate público alrededor de la familia la cuestión de la vulnerabilidad de los niños debido al crecimiento de la cantidad de estructuras familiares inestables. La inclusión en la legislación de detalladas definiciones sobre en qué consiste la

responsabilidad de los padres de respetar los derechos de los niños dentro de la familia reflejaría el reconocimiento tanto del status como del valor que se atribuye a los niños dentro de la familia y de la significación e importancia atribuida a la paternidad.

El artículo 18 señala, sin excepciones, el principio de que **ambos padres** tienen responsabilidades comunes hacia sus hijos. Enfatiza que el **interés superior de niño** será "la preocupación fundamental" de los padres. El artículo 5 señala **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.

Según están definidos en la Convención, 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. **A medida que los niños son capaces de satisfacer sus necesidades o de ejercitar sus derechos por sí mismos, disminuyen los derechos paternos.**

El artículo 5 subraya el balance crucial entre la guía y conducción paternas y la capacidad evolutiva del niño. Debido a que los padres tienen la responsabilidad de proteger a sus hijos, necesitan tener derechos para proveerles de guía y dirección. 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 derecho a 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.**

En 1984, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó una recomendación respecto de las responsabilidades de los padres (recomendación R (84) 4) para que la legislación sobre parentalidad fuera adaptada en todo lo necesario para responder a un conjunto de principios detallados. Definieron la responsabilidad de los padres como:

"una colección de deberes y poderes con el propósito de asegurar el bienestar material y moral del niño, 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 o la forma en que ésta se ejercita, " deben basarse primordialmente en el interés superior del niño".

La legislación nacional

En la legislación nacional, los alcances de la patria potestad han ido variando 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 la familia como un grupo democrático, dista mucho de tener consenso en nuestra sociedad. La noción de la familia como lugar de relaciones de

poder de unas personas sobre otras subsiste, cualquiera sea la forma de organización de los vínculos y quizá se acentúa aún más en aquellos grupos familiares donde hay niños y jóvenes al cuidado de personas que no son sus padres.

El régimen actual de patria potestad organizado por la ley 23264 ha significado cierto avance en el camino, ya que la define en el artículo 264 del Código Civil señalando que los adultos no sólo tienen derechos sino también deberes:

"el conjunto de deberes y derechos que corresponde a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado".

El art. 265 enumera los deberes y derechos más caracterizados que componen el contenido de 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?" agregando en el artículo 266:

"Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres"

En concordancia con el artículo 18 de la Convención, el Código Civil establece

que ambos padres tienen deberes comunes sobre sus hijos y si bien no prevé expresamente que esos derechos sobre sus hijos son consecuencia de sus responsabilidades, ese es el entendimiento que en doctrina y jurisprudencia se mantiene sobre los alcances de la patria potestad.

El principio del art. 18 de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño ha tenido sustento legal en Argentina desde el año 1985, cuando al reformar el anterior régimen, la ley 23264 estableció que la patria potestad corresponde a ambos progenitores conjuntamente; al mismo tiempo previó quien de ellos la ejerce en aquellas situaciones en que los padres 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 sólo de los progenitores cuentan con el consentimiento del otro, excepto cuando se trata de actos muy importantes en la vida de los hijos, en cuyo caso se exige el consentimiento expreso de los dos; tales son autorizarlos para contraer matrimonio, para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad, para viajar fuera del país, para habilitarlo por edad, para autorizarlo a estar en juicio y para administrar y disponer del patrimonio del hijo en ciertas circunstancias. Reforzando la idea de responsabilidades conjuntas, la ley señala que en caso de divorcio, separación o nulidad de matrimonio, ambos progenitores están obligados a alimentar y educar a sus hijos, aunque la tenencia sea ejercida por uno de ellos. En los casos en que los padres no conviven, y uno de ellos ejerce la tenencia del niño, la ley señala que el no conviviente tendrá adecuada comunicación y derecho a supervisar la educación del niño.

Este sistema expresa mejor la idea de responsabilidades comunes que el anterior a la reforma, donde si bien se reconocía la titularidad de ambos progenitores en el caso de

las uniones matrimoniales y de los hijos naturales, el ejercicio y por ende, el real poder de decisión estaba en cabeza del hombre.

La posición del niño frente a este reconocimiento de igualdad entre sus padres ha ido apareciendo en las decisiones judiciales que vienen sosteniendo cada vez más frecuentemente que mantener contacto con ambos progenitores es un derecho del niño que no puede dejarse de lado automáticamente, por ejemplo, porque el padre no conviviente no cumpla con el deber de alimentos; también ha avanzado en la jurisprudencia la idea de que es bueno otorgar la tenencia a aquél de los progenitores que sea capaz de permitir el contacto del niño con el padre que no ejerce la tenencia.

La mayoría de edad se adquiere en la República Argentina a los veintiún años. Hasta entonces, los hijos están sometidos a la autoridad paterna o de quien ejerza su representación. Los jóvenes pueden emanciparse y cesa su incapacidad antes de esa edad, por matrimonio o por habilitación de edad; para ambos actos se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores. Los hijos pueden pedir por sí autorización judicial para casarse si sus padres la niegan pero carecen de poder de iniciativa para solicitar la habilitación, respecto de la cual deben prestar consentimiento. La habilitación de edad puede otorgarse a partir de los dieciocho años.

Si bien es cierto que los alcances de la patria potestad tienen en nuestra legislación un desarrollo más amplio que en otros países y que hay disposiciones expresas que otorgan ciertos derechos a los hijos a medida que van creciendo, la idea de la familia como una unidad democrática no ha tenido aún acogida y **no existe una fórmula general que permita dar amplio desarrollo al principio del artículo 5 que señala que la orientación y dirección sobre las personas de los hijos serán en consonancia con la evolución de las facultades del niño.**

Desarrollos internacionales

En **Gran Bretaña**, la Cámara de los Lords del Parlamento inglés reconoció en el caso Gillick, en 1986, el concepto de responsabilidad de los padres más que el de derechos absolutos. (También reconoció que los niños tienen derecho a decidir por sí mismos una vez que se considera que han logrado "suficiente entendimiento") :

"los derechos de los padres a controlar al niño no existen en beneficio del padre. Existen para el beneficio del niño y se justifican sólo en tanto y en cuanto permiten al padre ejercer sus deberes hacia el niño , y hacia otros niños en la familia"

Esta expresión es coincidente con la Convención. Pero el principio no ha sido incorporado a la legislación civil.

El Acta de los Niños de 1989 para Inglaterra y Gales y la Ordenanza del Niño de 1994 para Irlanda del Norte, introducen el concepto de responsabilidad de los padres en la legislación del Reino Unido. Pero fallan en proveer alguna definición distinta de la que describe la responsabilidad paterna como *"todos los derechos y deberes, poderes y responsabilidades y autoridad que la ley otorga a un padre en relación a un niño y a su propiedad"*. (Acta de los Niños, sección 3).

El Acta de los Niños exige tribunales, cuando tratando cuestiones relativas a la crianza de los niños, se debe juzgar el bienestar del niño como interés superior. Las autoridades locales que se encargan del cuidado de niños deben salvaguardar y promover el bienestar del niño. Pero no hay una clara designación de los correspondientes deberes para los padres.

En Escocia, sin embargo, existen alentadores progresos hacia la introducción de una definición legal expandida sobre la responsabilidad de los padres; las propuestas para la reforma de las leyes de familia siguen las pautas de la Comisión Legal Escocesa formuladas en 1992. La primera parte de la Declaración de los Niños (Escocia) establece que los padres son responsables de:

"(a) salvaguardar y promover la salud, el desarrollo y el bienestar del niño;

(b) proveer, de manera adecuada con la etapa de evolución del niño-

(i) dirección

(ii) guía al niño

(c) si el niño no vive con sus padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con el niño en forma regular; y

(d) actuar como representante legal del niño, pero sólo en cuanto sea aplicable según esta sección y en el interés del niño." (Cláusula 1)

Los párrafos (a), (b)(i), (c) y (d) se aplican a los niños menores de dieciséis años y el párrafo (b)(ii) a aquellos menores de dieciocho años.

La Declaración avanza en la definición de cuáles son aquellos derechos que tienen los padres sobre los niños menores de dieciséis años, " para permitir a los padres cumplir con sus responsabilidades paternas en relación con su hijo":

" (a) que el hijo viva con sus padres o que de otro modo se regule la residencia del hijo;

(b) controlar, dirigir o guiar, la crianza del niño de manera apropiada con su estado de desarrollo;

(c) si el niño no vive con sus padres, a mantener relaciones personales y contacto directo en forma regular; y

(d) actuar como representante legal del niño" (cláusula 2)

La declaración también establece que quienes tienen responsabilidades parentales **deben tener en cuenta las opiniones del niño** cuando se trate de tomar decisiones fundamentales de acuerdo con las responsabilidades y derechos que le competen a los padres, siguiendo las previsiones de la Convención en su Artículo 12.

Otros países han avanzado aún más tratando de establecer principios básicos para la crianza y el cuidado de los niños en sus leyes de familia. La información respecto de los

países europeos y asiáticos ha sido extractada del informe inicial que han enviado al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

En **Finlandia**, el Acta de Tenencia y Derecho de Visitas de 1983 establece:

"El objetivo de la custodia es asegurar el bienestar y el desarrollo equilibrado del niño de acuerdo con sus deseos y necesidades individuales, y asegurar al niño relaciones humanas cercanas y afectuosas en particular entre el niño y sus padres.

Se deben garantizar al niño cuidado y crianza como así también la supervisión y protección adecuadas, según su edad y etapa de maduración. Un niño debe ser criado en un entorno seguro y estimulante y debe recibir la educación que corresponda a sus deseos, inclinaciones y talentos.

Un niño debe ser criado en un clima de comprensión, seguridad y amor. No debe ser sojuzgado, castigado físicamente o de otra forma humillado. Debe estimularse, alentarse y asistirse su crecimiento hacia la independencia, la responsabilidad y la adultez".

El Acta avanza otorgando deberes de "custodia" para salvaguardar el desarrollo y bienestar, de acuerdo con las previsiones que anteceden.

En **Noruega**, la definición de responsabilidad paterna en el Acta de los Niños (Sección 30) establece:

"El niño tiene derecho a disfrutar del cuidado y la consideración de aquellos que tienen responsabilidades paternas. Estas personas tienen el derecho y el deber de tomar decisiones que conciernan al niño personalmente dentro de los límites establecidos por las secciones 31 y 33". (En ellas se establece la obligación de considerar la opinión del niño o niña y de otorgarle más derechos de acuerdo con su edad para que adopte sus propias decisiones).

"La responsabilidad paterna se ejercitará en el interés y respetando las necesidades del niño.

Aquellos que tienen responsabilidades paternas están obligados a dar al niño una crianza y sustento adecuados. Deberán asegurar que el niño recibe una educación acorde con sus aptitudes y habilidades.

El niño no debe ser sometido a violencia o a cualquier tratamiento que ponga en peligro su salud física o mental".

En **Suecia**, el *Code of Parenthood and Guardianship* establece:

"Un niño tiene derecho al cuidado, a la seguridad y a la buena crianza. Un niño debe ser tratado con respeto a su persona e individualidad y no debe ser sometido a castigos corporales o a cualquier otro tratamiento ofensivo".

La interpretación de este criterio ha sido más ampliamente desarrollada en los trabajos preparatorios:

"El derecho al cuidado incluye no sólo el derecho del niño a que se le provean sus necesidades materiales. Los aspectos del cuidado del niño que se refieren a sus necesidades mentales y sociales no son menos importantes. El derecho del niño a la seguridad incluye, por ejemplo, que se le permita vivir en una relación estable y teniendo alguna persona en quien confiar. Es una parte de los buenos cuidados y crianza del niño sentir que es necesario y probar su capacidad para desarrollar sus recursos innatos, adquiriendo gradualmente independencia de sus padres. La buena crianza también incluye el aprendizaje del niño a poner límites en sus propias acciones y a asumir responsabilidades.. El derecho del niño a ser tratado con respeto a su persona y su individualidad significa que debe mostrarse consideración y respeto al niño en aquellos aspectos que involucran sus características e idiosincrasias personales. Los niños tienen derecho al fortalecimiento progresivo de su integridad personal a medida que crecen."

En **Francia**, se requiere que los derechos y deberes de los padres sean ejercitados en interés del niño o niña, para asegurar su bienestar.

En **Indonesia**, la Ley de Bienestar del Niño establece que:

" El niño tiene derecho al bienestar, cuidado, amparo y guía basados en el amor dentro de la familia o el especial entorno para crecer y desarrollarse basado en su potencial interno.

El niño o niña tienen derecho a desarrollar su habilidad y ser un ciudadano útil.

El niño tiene derecho a protección antes y después del nacimiento.

El niño tiene derecho a ser protegido de un entorno potencialmente peligroso, que de otra forma puede obstruir su crecimiento o desarrollo".

Y:

"En circunstancias especiales, el niño debe tener prioridad para recibir ayuda, asistencia y protección."

En **Jordania**, la sección 5 de la Carta Constitucional estipula que los niños tienen derecho a los más altos parámetros posibles de cuidado y protección por sus padres. (El artículo 150 del Acta de Derechos Personales establece la obligación de las madres de dar de mamar a sus hijos, una manera de legislar sobre los deberes de los padres que podría ocasionar conflictos con los derechos de la mujer:

"La madre tiene la obligación de amamantar a su hijo y será obligada a ello?si el padre no tiene suficiente dinero para contratar una nodriza y si no existen otras voluntarias que asuman la tarea, o si el padre no tiene más que a la madre del niño para que lo amamante o si la criatura no acepta el pecho de otra mujer."

Muchos países informan acerca de la existencia de tasas crecientes de ruptura familiar y divorcio. Algunas legislaciones ponen especial énfasis en los derechos de los niños y en las responsabilidades parentales en este proceso. En **Polonia**, el Código de la Familia

prohíbe la disolución del matrimonio "si ello puede afectar el bienestar de los hijos menores de los esposos". El informe inicial polaco explica:

"Esta previsión refleja plenamente los principios subyacentes de la Convención, que consideran que la familia y la cooperación de ambos padres crean las condiciones más favorables para el desarrollo del niño?(ello) explícitamente otorga la mayor prioridad al valor expresado como "el bienestar del niño" por sobre los intereses del padre o padres que demandan la disolución de su matrimonio. La función de esta previsión consiste en mantener los lazos familiares e interacciones educativas cercanas entre ambos padres y sus hijos, si ello corresponde para asegurar el bienestar del niño".

En **Viet Nam**, la Ley de Familia y Matrimonio también prohíbe el divorcio si algún hijo del matrimonio es menor de un año.

Las legislaciones latinoamericanas revisadas ofrecen el panorama que sigue.

En **Bolivia**, el Código de Familia se refiere a la responsabilidad paterna para proveer "afecto, guía, cuidado y bienestar material y moral". Los padres también deben ejercer su autoridad "en el interés del niño".

Colombia ha establecido que todo niño tiene derecho a crecer en el seno de una familia y encomendado al Estado fomentar por todos los medios la estabilidad y el bienestar de la familia reconociendo su carácter de célula fundamental de la sociedad; son deberes de los padres, velar porque los hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo físico, intelectual, moral y social.

Ecuador, regula las relaciones paterno-filiales sobre la base del respeto recíproco, debiendo los hijos obediencia a sus padres en todo aquello que no lesione sus derechos. Para cualquier cuerpo normativo ecuatoriano, la patria potestad comprende los derechos y obligaciones de los padres en relación con la representación legal del menor no emancipado y la administración y usufructo de sus bienes. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos.

Brasil establece que es deber de la familia asegurar con absoluta prioridad, la realización de los derechos inherentes a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al deporte y a la convivencia familiar y comunitaria entre otros, incluyéndose como corresponsables a la comunidad, a la sociedad en general y al poder público. Los niños y adolescentes tienen derecho a ser criados y educados en el seno de sus familias; la carencia de recursos materiales no constituye motivo suficiente para la pérdida o suspensión de la patria potestad, debiendo incluirse obligatoriamente a la familia que presente faltas materiales en programas oficiales de ayuda. Las entidades que desenvuelvan programas de abrigo deberán preservar los vínculos familiares del niño y el adolescente, o procurar su integración en familias sustitutas, cuando se agoten los recursos de mantenimiento en la familia de origen, adoptando como principio el no desmembramiento de grupos de hermanos.

Uruguay mantiene el concepto de patria potestad como el conjunto de derechos que la ley concede a los padres en las personas y bienes de sus hijos menores de edad, relegando a la madre al establecer que sucede al padre en el ejercicio de esos derechos, debiendo mediar una declaración judicial para esa sucesión cuando el padre la ha

perdido de pleno derecho; inclusive puede ser desplazada por terceros o el Estado. Se conserva la obligación de los hijos de honrar y respetar a sus padres, siendo éstos quienes dirigen la educación de sus hijos, y pueden exigirles los servicios propios de su edad sin recompensa alguna para los niños. Se consideran legítimos únicamente los hijos que procedan de matrimonio civil; cuando se habla en general de hijos, sólo se entiende los nacidos de matrimonio.

Chile considera a la patria potestad como el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre legítimos sobre los bienes de sus hijos no emancipados, debiendo los hijos legítimos respeto y obediencia a su padre y a su madre, pero estando especialmente sometidos a su padre. La persona por nacer está protegida legalmente, pudiendo los jueces a petición de cualquier persona, o de oficio, tomar las providencias que crea pertinentes para proteger su existencia si cree que de algún modo peligrará. El Código Sanitario chileno establece que la leche de la madre es de propiedad exclusiva de su hijo y, en consecuencia está obligada a amamantarlo por sí misma, salvo prescripción médica.

Nota

¹El artículo 2 de la ley 23.849 que incorpora la Convención al derecho interno argentino, formuló la siguiente reserva: "Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad".