

El paradigma de la escucha y el paradigma de la autonomía.

La pugna hermenéutica y los efectos de una u otra opción interpretativa.

Dr. Fabián Piñeyro

Dra. Susana Falca

Luego de aprobada la Convención sobre los Derechos del Niño, emergieron dos grandes corrientes interpretativas de orientación claramente divergentes. Dichas corrientes le atribuyeron sentidos marcadamente diferentes a la Convención; ambas han conceptualizado de forma muy distinta la naturaleza y dimensión de la novedad que la misma ha aparejado.

El núcleo del disenso hermenéutico ha estado dado por el alcance que cada una de ellas le ha conferido a lo dispuesto por los artículos 5 y 12 de dicho instrumento internacional. En su artículo 5° la Convención dice:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de 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.”

Para una de las corrientes que, a efectos puramente didácticos, y, a fin de una mayor claridad expositiva, denominaremos paradigma de la escucha, la citada norma no apareja mayores novedades respecto del marco jurídico regulatorio de las relaciones de los hijos con sus padres, o cualquier otro de los adultos jurídicamente responsables de su crianza: tutores, curadores, etcétera. Esa postura se sustenta en la referencia que en el citado artículo se hace a los poderes y facultades de orientación y guía que ostentarían los padres, tutores o curadores. Potestades que el Estado, por imperio del citado artículo, estaría obligado a reconocer, y que habilitaría a los responsables, a signar la vida de los niños o adolescentes que tienen a cargo. Dicha norma, de acuerdo a esta corriente interpretativa, vendría a reafirmar esos poderes y facultades tradicionales de los padres, y a establecer un límite jurídico a la intervención del Estado en la vida de la familia; emergiendo, esto último, de lo consignado en las primeras oraciones de la citada norma.

Sustentado en los referidos argumentos, los prosélitos del paradigma de la escucha plantean que la entrada en vigencia de la citada disposición no ha modificado en nada el régimen de la patria potestad. Los mismos sostienen además, que al establecer el referido artículo 5°, que el ejercicio de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes, debe de estar bajo la orientación y guía de sus responsables, las personas menores de edad siguen careciendo de la facultad para seguir un curso de acción opuesto al que le ordenan sus padres o responsables. De allí, que considere que la aprobación de la citada disposición no ha comprometido ni afectado el instituto de la representación, piedra angular de la patria potestad. Admite sí, en cambio, que de acuerdo a lo establecido en dicho artículo, los padres tienen el deber de promover en sus hijos las capacidades necesarias para que éstos puedan ir adquiriendo las habilidades que les permitan, en un futuro, constituirse en sujetos autónomos y ciudadanos plenos. Por ello, sostienen que los padres deben de ir habilitando espacios de autonomía relativa de sus hijos. Pero les reservan a los padres la decisión última, instituyéndole una facultad de veto que los habilita a impedir que sus hijos concreten sus decisiones, toda vez que los padres entiendan que ello no es conveniente.

En cambio, para quienes se afilian a aquella corriente interpretativa que, a los meros efectos expositivos, denominaremos *paradigma de la autonomía*, el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, instituye una nueva racionalidad jurídica en torno al vínculo de los niños con sus padres o responsables. Racionalidad que de acuerdo a los prosélitos de esta corriente, se vertebra en la condición de sujeto de derecho de las personas menores de edad.

Para quienes se afilian a este paradigma interpretativo, ello significa que, la autonomía progresiva es la noción articuladora, en base a la que debe redefinirse la trama normativa que regula las relaciones jurídicas entre padres e hijos. Para los seguidores de este paradigma, el artículo 5° operó un reconocimiento jurídico de la condición de sujeto de las personas menores de edad; para estos ello significa que se les ha reconocido el derecho a gobernarse a sí mismos, a constituirse en artífice de su propio destino, sin que ello implique naturalmente negar la verdad obvia de que los niños no han completado el proceso de desarrollo de las facultades cognitivas necesarias para evaluar una situación y tomar una decisión. Y que, por tanto, esa autonomía debe ir ampliándose en función de la edad, a mayor edad mayor autonomía.

Dicho paradigma se sustenta dogmáticamente en una interpretación del tenor del artículo 5° de la Convención, muy distinta a la que sirve de base al paradigma de la escucha.

La construcción interpretativa en base a la que se ha elaborado el paradigma hermenéutico, que aquí hemos denominado de la autonomía, se sustenta en dos argumentos básicos: uno, de carácter histórico contextual, y otro, referido al análisis literal y estricto de la disposición varias veces referida en este trabajo. Por razones vinculadas a la claridad expositiva, se consignarán primero aquellos argumentos que remiten al análisis histórico contextual y en segundo término, los que refieren al tenor literal de la norma.

Argumento histórico contextual: reiteradamente, tanto en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, como en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la comunidad internacional reconoció de forma expresa el derecho de los padres a criar a sus hijos de acuerdo a su propia concepción del mundo, costumbres, ideas religiosas, valores e ideologías, otorgándole validez jurídica internacional a la concepción normativa imperante, en aquel tiempo, en torno a los vínculos entre padres e hijos. Concepción que ha inspirado y sirve de fundamento al instituto de la patria potestad, tal como fuera regulado en el Código Civil patrio.

En cambio, al momento de sancionar el primer instrumento jurídico internacional, específicamente referido a los derechos de las personas menores de edad, no efectuó mención alguna, ni incluyó en ningún lugar de su articulado, referencias al derecho de los padres a criar a sus hijos de acuerdo a su concepción del mundo. Para los prosélitos del paradigma de la autonomía ello es una evidencia clara de que se operó un cambio en la concepción de la comunidad internacional respecto de este asunto. Y que, la comunidad internacional, concretizada en la totalidad de los Estados Partes que han ratificado la Convención, decidieron normativizar, positivizar, ese cambio de orientación. Ya que no sólo, no hicieron mención alguna al derecho de los padres a criar a sus hijos de acuerdo a sus costumbres, ideologías, creencias y valores, sino que, de forma expresa establecieron que, los hijos están facultados para ejercer por sí mismos sus derechos, es decir para desarrollarse autónomamente, en tanto, dentro de esos derechos se encuentran los de formarse una opinión propia, seguir una determinada concepción del mundo, una particular adscripción ideológica, o asumir o no, como válida alguna creencia religiosa. Porque esos son los derechos, que de una u otra manera, la propia Convención sobre los

Derechos del Niño les reconoce a las personas menores de edad. Y esos derechos, habilitan a un desarrollo autónomo. Y también, porque de forma expresa, le atribuyen a los padres, ya no la facultad de ejercer los derechos de sus hijos, sino el deber primordial de orientar y guiar a sus hijos en el ejercicio por ellos mismos de sus propios derechos, estableciendo, eso sí, que los padres son los primeros facultados para brindar esa orientación y guía, limitando, de esa manera, la intervención estatal en este campo.

Argumentos devenidos del tenor literal. Quienes se afilian al paradigma autonómico, sostienen que el referido artículo 5º establece que los niños, niñas y adolescentes deben ser tratados como sujetos autónomos, ya que de manera expresa, la citada norma los habilita a ejercer por sí mismos sus derechos, no haciendo mención alguna, dicho artículo, al mecanismo de la representación que habilitaba a los padres a ejercer los derechos de los que eran titulares sus hijos. Tampoco contiene dicho artículo ninguna referencia de la potestad de sus padres de acuerdo a su concepción del bien y del mal, sus valores, ideologías o religión particular. Sostienen además que la referida norma les impone a los padres únicamente un deber, el de orientación y guía; en su sentido literal ello significa que los padres están obligados a prestar a sus hijos asistencia, consejo, información. Pero en ningún caso, están habilitados para impedirles a sus hijos que ejecuten y practiquen las decisiones que estos tomen en el ejercicio autónomo de sus propios derechos.

Para los seguidores de este paradigma, queda plasmado de manera muy clara en la parte final del artículo 5º, que son los niños, los que están facultados por sí mismos para ejercer los derechos que la Convención les reconoce: “...para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

Así mismo, en dicho artículo se consigna que, la orientación y guía debe estar en consonancia con el desarrollo de las facultades, es decir, con el grado madurativo, con la edad de los mismos, de lo cual emerge con claridad que ese deber no debe tener idéntico contenido factico en el caso de un niño de muy corta edad, que en el caso de un adolescente. En recta línea de eso se deduce, que de acuerdo a la mayor autonomía fáctica¹ que se va adquiriendo con la mayor edad, mayor es el grado de autonomía normativa que la Convención les reconoce a las personas menores de edad. Y por ello, el distinto carácter que tiene que asumir el ejercicio de orientación y guía que deben brindar los padres.

¹ Nota de autores: Es decir mayor capacidad para aprehender cognitivamente una situación, evaluarla, sopesar opciones y tomar una decisión

El mismo diferendo, el mismo tipo de disenso, entre estas corrientes interpretativas, o constructos hermenéuticos, se manifiesta en relación al sentido normativo de lo consignado en el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este artículo se consigna que: *“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”*

Las conclusiones interpretativas a las que arriban, las corrientes antes señaladas son en extremo divergentes respecto del tenor dispositivo del primer inciso del recién citado artículo.

Para la corriente o paradigma de la autonomía, en el primer inciso del artículo referido se consigna de manera prístina que los adultos responsables y el Estado deben respetar una esfera autonómica creciente. En función de ello, sostienen que conforme a lo establecido en el inciso primero del referido artículo se les debe reconocer una esfera creciente de libertad a las personas menores de edad, lo que significa en términos normativos que las manifestaciones de voluntad de dichas personas tengan efectos vinculantes. En base a una interpretación literal del citado artículo plantean que la Convención les ha reconocido a los niños, niñas y adolescentes el derecho de manifestar su opinión, y así mismo, ha establecido que el valor de esa opinión ha de estar condicionado al grado de desarrollo de sus capacidades de entendimiento dadas por la edad concreta por la que transitan. A estas conclusiones interpretativas arriban armonizando lo contenido en dicho inciso con lo consignado en el artículo 5° de dicha Convención, norma, que como ya se ha señalado, establece el derecho de las personas menores de edad a ejercer por sí mismos sus derechos. Teniendo por tales, facultades concretas de obrar, en el sentido que el sujeto entienda conveniente o preferente.

Sostienen que, el artículo 12 tiene un doble contenido, uno referido al derecho de manifestar la opinión y otro, vinculado a la validez y eficacia de esa manifestación de voluntad. En relación a este segundo tópico, sostienen que de acuerdo al tenor literal del artículo 12, la eficacia o el carácter vinculante de la manifestación de voluntad va a depender del cruce entre la edad y el grado de complejidad del asunto de que se trate. Y concluyen que, en función de esas variables, el Estado y los adultos responsables deben

de tomar como válidas y eficaces las manifestaciones de voluntad de las persona menores de edad respecto de un abanico creciente de asuntos. Sustentan esa afirmación, además, en uno de los principios rectores del sistema de protección internacional de los derechos humanos, y que es, además, uno de los valores fundamentales que la Constitución de la República tutela, el de la dignidad humana. El que ordena que debe garantizársele a toda persona el gobierno de sí mismo, que toda mujer u hombre, debe ser tratado como un fin en sí mismo, esto es, que nadie puede ser sometido a cumplir fines dispuestos por otros, y que el gobierno de una persona por otra, solo puede admitirse en el supuesto de que el individuo gobernado no posea capacidad alguna para decidir por sí mismo.

En suma, los propugnadores del paradigma de la autonomía entienden que la Convención sobre los Derechos del Niño ordena al Estado y a los responsables a concederle a los niños, niñas y adolescentes, un ámbito creciente de autonomía y de libertad, y a asumir como válidas y eficaces las manifestaciones de voluntad de estos respecto de los asuntos que se van progresivamente integrando a esa esfera. Ello significa que, de acuerdo a lo que plantean quienes se afilian al paradigma autonómico se les debe asegurar a los niños, niñas y adolescentes, el gobierno exclusivo sobre una esfera de asuntos y de temas que debe ir ampliándose en función de la edad, y que debe acercarse a la casi plenitud de la libertad, en la fase final de la adolescencia.

Este desarrollo interpretativo encuentra respaldo en lo que la Convención dispone respecto de la materia penal. Dicho instrumento internacional establece que las personas menores de edad, a partir de una edad mínima, que deben fijar los Estados, han de ser consideradas como capaces desde el punto de vista penal; esto significa que, de acuerdo a la Convención, las personas antes de cumplir la mayoría de edad ya poseen las destrezas y habilidades cognitivas necesarias para ser pasibles de reproche penal por parte del Estado. De ello, deducen los apólogos del paradigma autonómico, que toda la sistemática de las disposiciones de la Convención están organizadas en base al principio de la autonomía progresiva, esto es, en base al reconocimiento de una esfera creciente de autonomía, libertad y responsabilidad, cuya ampliación a de marchar en función del avance en el grado de autonomía fáctica, esto es, en función de la edad y desarrollo madurativo que esta implica.

Sostienen además que, resultaría ilógico, absurdo e injusto, atribuir capacidad penal y negar algunas facultades normativas básicas para ejercer el gobierno personal, para

decidir y ejecutar las propias decisiones respecto de una determinada colección de asuntos. Plantean que, si para la Convención a partir de determinado rango etario, las personas menores de edad tienen capacidad para entender la antijuridicidad de una conducta, evaluar adecuadamente las consecuencias que una determinada acción puede acarrear, y orientar su conducta como la ley lo exige, modular sus respuestas como la ley lo demanda y ejercer un control de sus impulsos, además de sopesar una situación fáctica determinada, entonces han de reputarse necesariamente capaces para ejercer un grado apreciable de autodeterminación personal, para decidir y ejecutar las decisiones que tomen respecto de asuntos tales como: el progenitor con el que quieren vivir, el carácter religioso o laico de la institución educativa a la que quieren concurrir, la realización o no de determinada actividad, lúdica, deportiva o cultural, o el establecimiento de un vínculo de pareja.

Los que se afilian a la orientación interpretativa que, convencionalmente, hemos denominado en este trabajo, de la escucha, realizan una interpretación también de carácter literal, pero poco armonizada del citado artículo 12, y muy especialmente de su primer inciso. En base a dicho ejercicio exegético concluyen que lo que la Convención establece allí es un simple deber de escucha, y la obligación de tener en cuenta lo que se escucha, sin que ello signifique en ningún sentido que lo dicho por el niño, tenga, ni para el Estado ni para los adultos, carácter vinculante u obligatorio. Para quienes propugnan esta interpretación restringida respecto de los alcances de la disposición contenida en el artículo 12, ni el Estado ni los padres están obligados a aceptar ni acatar lo que el niño quiere. Solo a tener en cuenta y considerar lo que él dice. Para ellos por lo tanto, las manifestaciones de voluntad de las personas menores de edad, carecen, respecto de todos los asuntos, de validez y de eficacia; tornándose válidas y eficaces respecto de todos los asuntos en el mismo instante en que se cumple los 18 años de edad.

En relación al inciso segundo del citado artículo 12, se manifiesta un diferendo análogo al que se plantea entre las dos corrientes interpretativas referidas en este trabajo, con algún nivel mínimo de matización. Quienes se afilian a la corriente autonómica plantean que el inciso segundo del artículo 12 viene a reconocer el derecho de los niños, no solo a ser escuchado por las autoridades administrativas o judiciales en los asuntos que los afecten, sino además, el derecho a comparecer, a plantear su propia pretensión jurídica sea en calidad de actor, de demandado o como un tercero de interés principal, convocado cuando entre sus progenitores se entabla una contienda referida a un asunto que le interesa a él

de manera primordial, más que a sus progenitores, como puede ser un proceso de visitas o de tenencia. Así mismo, plantean que, de acuerdo a la edad y al grado de desarrollo de las facultades intelectivas que ella determina, cuando se trate de cuestiones que le interesan de manera primordial, la opinión del niño debe tener un efecto vinculante para el magistrado.

En cambio, para los seguidores del paradigma de la escucha, lo que se consigna en el inciso segundo es solamente el deber que tiene la autoridad administrativa o judicial de escuchar al niño, de recibir sus impresiones respecto del asunto y de tenerlas en cuenta al momento de fallar. Algunos de los apólogos de esta corriente de la escucha, han llegado a plantear que el artículo 12 establece el deber del Estado de habilitar la participación de las personas menores de edad como sujetos procesales plenos. Pero quienes se afilian a dicha corriente no admiten que se desprenda de esta disposición el carácter vinculante de la manifestación de voluntad de las personas menores de edad. Para esta corriente en ningún caso el querer del niño o de adolescente obliga al magistrado, pudiendo éste siempre apartarse de lo que el niño o adolescente manifiesta, aunque el asunto interese principalmente a él y solo a él.

La citada divergencia interpretativa condiciona, sobre-determina los posicionamientos, las visiones y las conceptualizaciones, sobre una amplísima gama de asuntos en el ámbito del Derecho de Infancia.

Las preferencias por una u otra corriente interpretativa tienen consecuencias de gran envergadura en el ámbito de las praxis forenses; con efectos claramente determinantes sobre el delineamiento del rol del abogado del niño, función que se asumirá y practicará de forma bien distinta de acuerdo a la posición interpretativa a la que se afilie.

El objetivo de este trabajo ha sido el de evidenciar la convivencia polémica de estos dos paradigmas interpretativos en el campo del Derecho de Infancia, a fin de contribuir a evitar equívocos y malos entendidos, que pueden llegar a producirse si no se tiene en cuenta que buena parte de las polémicas y de los diferendos que tienen lugar en el foro y en la academia se originan en esa divergencia hermenéutica fundamental que estructura opiniones y organiza el campo del debate.