

Los Derechos de los Niños¹

“La vida de los niños se sustenta en una mezcolanza incoherente de principios legales y políticas gubernamentales”
(J. Fortin, *Children’s Rights and the Developing Law*, 2009)

I. Introducción

No cabe duda que la idea más revolucionaria y duradera, promovida por la dogmática contemporánea y reconocida en la Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño (en adelante, “la Convención”), es que los niños y las niñas son personas legales, es decir, sujetos portadores de derechos. Esta idea, reconocida generalmente bajo el paradigma de la protección integral, es el en la práctica, el tiro de gracia al viejo sistema tutelar de la infancia: Sistema basado en la satisfacción de las necesidades de los niños y el aseguramiento de su bienestar general, en base a la identificación objetiva (sin referencia a la propia experiencia legal subjetiva del niño) de aquello que garantiza su vida adecuada en la sociedad.

Se ha dicho que el sistema tutelar o de la minoridad – que, en lo pertinente para los niños pobres, sin cuidados parentales o en vulnerabilidad social, vendría a ser el paradigma de la “situación irregular”⁻² se caracteriza, precisamente, por su pretensión de autonomía respecto de los principios y reglas general del derecho constitucional moderno. Bajo este paradigma tutelar el Derecho nombra a los niños como “menores”, aclarando de entrada, la clara diferenciación (en lo legal) entre niños y adultos. Los niños son, al final de cuenta, “no-adultos”, carecen de una característica esencial que habilita la titularidad y goce de los derechos fundamentales: plena capacidad, competencia, autonomía y racionalidad. Por lo mismo, se les puede tratar de manera diferenciada, prescindiendo así, del respeto a su personalidad legal (sus derechos). Se trata, como se puede apreciar fácilmente, de una justificación teórica que, en la práctica, permite autonomizar el trato que se le da a los niños de las reglas generales que impone un sistema democrático y constitucional de derecho.³

* Ph.D. WARWICK, M., St. Oxford, LCJS UDP, Abogado. Visiting Fellow, Oxford University; Investigador Asociado al Centro de Estudios Justicia y Sociedad, de la Universidad Católica de Chile; Consultor de UNICEF.

¹ Próximamente en Marshal, P. y Salgado, C. (coordinadores), *Derechos Fundamentales: Parte Especial, Derechos Civiles y Políticos*, 2019.

² GARCÍA (1997).

³ Cfr., Varios Autores (GARCÍA Y BELOFF (1999); CILLERO (2003)).

Una manifestación palpable de esta perspectiva *sui generis* sobre el tratamiento legal hacia los niños es el del paternalismo. Cualquiera sea el punto de vista que se tome sobre el paternalismo hacia los adultos, el rasgo central que tradicionalmente señala a la *minoría* como estatus legal es que los adultos tienen poder legal general (ejercible ya sea por los padres o por las autoridades legalmente habilitadas para ello) de imponer una línea de acción sobre los niños basándose en la valoración del interés superior de éstos. Ningunos otros individuos están normalmente sometidos a esta responsabilidad excepto en circunstancias especiales (tal vez enfermedad mental, discapacidad intelectual o cognitiva o inconsciencia).

Esta distinción entre adultos y niños se sustenta en una concepción específica sobre la “niñez” en cuanto categoría social diferenciada respecto de la “adultez”. De hecho, todas las sociedades (y en distintos momentos históricos) han justificado un trato diferenciado y específico a quienes ocupan el espacio social llamado “infancia”. En lo que respecta a la construcción moderna y occidental consolidada, esa concepción es la de sujetos que, por su “incompletitud” y vulnerabilidad, requerían ser considerados como objetos de protección, cuidado y amor.⁴ Se advierte así lo rupturista que vino a ser la idea central de la Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Niños: la infancia es, también, una cuestión de derechos.

II. Titulares: ¿Quién es Niño?

La vida de una persona comienza al nacer. Ergo, el feto no es una persona. Pero ello no significa que el feto sea "nada"; es un "organismo único", cuya protección el Derecho garantiza de diversas formas, aunque no necesariamente por medio de la prohibición del aborto.

Esta interpretación sobre el comienzo de la vida humana frente al Derecho es compatible con la Convención de Naciones Unidas Sobre Derechos del Niño. En efecto, al momento de acordar el texto definitivo de la Convención, los Estados Miembros escogieron no agregar ningún reconocimiento legal en la sección *operativa* del tratado, respecto a la idea que la vida del niño comienza desde la concepción o antes del nacimiento. Sólo se hace una mención de deber general de protección legal del que está por nacer, en el *preámbulo* de dicho tratado. Al ser este tratado, el texto madre de cualquier interpretación sistemática respecto de otras normas internacionales en la materia, es necesario estar atentos a su sentido y alcance.

El artículo 1 de la Convención (definición de “niño”), sólo menciona una “edad límite” para determinar qué persona debe ser considerada como niño: todo ser humano menor de dieciocho años de edad. Es tan clara esta opción que los redactores del texto rechazaron explícitamente las propuestas de Malta y Senegal, que proponían definir al niño como

⁴ Una presentación general de esta transformación en la filosofía política y moral en, ARCHARD y MACLEOD, (2002).

“todo ser humano desde la concepción”.⁵ A su vez, al momento de acordar el texto del artículo 6 de la misma Convención (supervivencia y desarrollo) los Estados decidieron no reabrir el debate sobre un posible inicio de la vida humana antes del nacimiento, rechazando la propuesta de Italia, que buscaba “atar” el derecho a la supervivencia, al derecho a la vida.⁶ Correspondientemente, se prefirió reconocer la idea que todo niño - cuya definición ya es dada en el artículo 1 de la Convención- tiene derecho intrínseco a la vida y que es obligación del estado garantizar la supervivencia y el desarrollo del niño. Finalmente, al acordar el artículo 41 del mismo tratado (respeto de las normas vigentes de cada Estado), los redactores del texto rechazaron la propuesta de la Santa Sede en torno a hacer una formulación directa a “los derechos antes y después del nacimiento”.⁷ Con ello, y al igual que en los otros dos artículos, los Estados Parte de la Convención acordaron un texto que permitiese un “punto intermedio”, entre Estados que reconocen y no reconocen el aborto, pudiesen ratificar este instrumento internacional.

Con todo, y coherentemente con lo indicado en el primer párrafo de esta columna (el feto no es irrelevante desde una perspectiva jurídica) los Estados acordaron agregar una disposición relativa a la protección del que está por nacer, pero sólo en el *preámbulo* del tratado. Así, dicha sección de la Convención sostiene (entre otras cosas) que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Se trata de una formulación que reconoce la importancia de otorgar protección jurídica al niño no nacido, pero con dos características específicas: a) Que al encontrarse dicha protección en el preámbulo y no en la sección operativa del tratado, tal declaración no constituye, en sí misma, una regla legal y; b) Que, consecuentemente, la Convención no contiene ninguna obligación legal referida a la posibilidad de reconocer el aborto.⁸

Esta interpretación resulta coherente, por lo demás, con dos fuentes adicionales. Por un lado, con lo registrado en los propios trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*) de la Convención, como ha quedado registrado en su historia fidedigna. Como ejemplo de lo anterior, basta ver la forma en que finalmente se decidió adoptar el artículo 24 de la Convención, en lo referido a la atención sanitaria prenatal. Precisamente para evitar cualquier contradicción entre las legislaciones de los Estados que reconocían el aborto y un eventual derecho “del niño” al cuidado prenatal, los redactores prefirieron sólo reconocer la obligación de adoptar medidas apropiadas para asegurar atención sanitaria pre y post natal “a las madres”.⁹ Por otro lado, esta interpretación es la que se ha consolidado en la práctica jurisprudencial del órgano llamado a interpretar (con autoridad final) las normas de la Convención, que es el Comité de Derechos del Niño. En efecto, este órgano a ha llamado la atención sobre los efectos negativos de las legislaciones restrictivas sobre el aborto y que llevan a cientos de miles de niñas y adolescentes pobres

⁵ U.N. Doc.E/CN.4/1989/48, párrafo 76.

⁶ U.N. Doc.E/CN.4/1988/28, párrafos 18 y 21.

⁷ *Ibidem*, párrafo 25.

⁸ ALSTON (1990), pp. 156-178.

⁹ DETRICK (1992), p. 61.

en el mundo, a exponerse a daños irreversibles en su salud e incluso, en su vida.¹⁰ Específicamente en el caso de Chile, el mismo Comité ha recomendado el año 2015 que:

“c) Despenalice el aborto, revise sus leyes para garantizar el interés superior de las adolescentes embarazadas y asegure, en la ley y en la práctica, el acceso de las niñas a abortos en condiciones de seguridad y a servicios de atención después del aborto, y que las opiniones de las niñas se escuchen y se tengan siempre en cuenta en las decisiones relativas a los abortos;”¹¹

La obligación legal de proteger la vida del que está por nacer, en consecuencia, no constituye una regla legal a favor de la prohibición del aborto. Tal declaración, en cambio, debe ser leída como una posibilidad amplia concedida a los Estados para dictar las medidas legales y de otra especie que consideren deseables para otorgar protección al feto o *nasciturus*. Tal es el ejemplo, en el caso chileno, de la Ley No. 20.370 que crea, entre otros subsistemas de protección social, el Chile Crece Contigo y que acompaña el proceso de desarrollo de los niños y niñas que se atienden en el sistema público de salud, desde su primer control de gestación.

III. Objeto: Interés Superior del Niño

El principio del interés superior del niño (en adelante, el “ISN”) posee una larga historia jurisprudencial, especialmente en la tradición jurídica angloamericana.¹² En su formulación más acabada, y en la actualidad, el ISN se ha llegado a concebir como la priorización de los derechos (intereses) de los niños, por sobre otras consideraciones (inclusive, otros derechos).¹³ En otras palabras, el ISN no busca determinar qué es lo que la justicia determina en cada caso sino, en cambio, que es lo que demandan específicamente *los derechos de los niños* en cada situación concreta.¹⁴ Así entendido, el ISN pasa a ser un principio elemental para la consecución de dos fines: a) respetar, con carácter prioritario, los derechos de los niños y; b) incluir otros derechos o intereses en el juicio de ponderación, pero en base a una regla de prioridad a favor de los derechos de los niños.

En su más reciente recapitulación respecto de la naturaleza, composición y efectos del ISN, consagrado en el artículo 3.1. de la Convención Sobre los Derechos del Niño¹⁵, el

¹⁰ ONU: Comité de Derechos del Niño (Observación general n°4, 2003), p. 11.

¹¹ ONU: Comité de Derechos del Niño (Observaciones finales, octubre 2015), pp. 15/23.

¹² Para el caso de los Estados Unidos de América, *Chaspky v Wood* (1881) 26 Kan. 650. Para el caso de Gran Bretaña, *Re McGrath (Infants)* [1883] 1 Ch 143; *F v F* [1902] 1 Ch 688 y; *Ward v Laverty and Another* [1925] AC 101.

¹³ Cfr. EEKELAAR (2005), p. 66.

¹⁴ S (BD) v S (DJ) (*Infants: Care and Consent*) [1977] 1 A11 ER 656 y; *Re K (Minors) (Wardship: Care and Control)* [1977] 1 A11 ER 647.

¹⁵ Convención Sobre Los Derechos del Niño, Artículo 3.1. “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades

Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante “el Comité”), ha identificado una triple caracterización de este principio, en cuanto derecho sustantivo, principio y norma de procedimiento.¹⁶ El Comité ha indicado:

6. El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

En otras palabras, del ISN se deriva un derecho sustantivo, esto es, a los niños les asiste un poder, derivado de una posición jurídica privilegiada, para buscar la imposición de restricciones normativas sobre los actos y actividades de terceros, respecto del respeto de los propios intereses de los primeros¹⁷. Tales restricciones, a su vez, se manifiestan concretamente en la obligación jurídica de maximizar los intereses de los niños (y no de los adultos, incluidos sus padres), como una consideración primordial en toda decisión que se adopte a su respecto¹⁸.

Del mismo ISN se deriva, a su vez, un principio jurídico interpretativo del que se colige la obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

¹⁶ ONU: Comité de Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013).

¹⁷ Cfr. Varios Autores (MACCORMICK 1982, p. 154; RAZ, 1988, pp. 165-192).

¹⁸ ARCHARD (2004), p.62.

la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial (lo que incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión).¹⁹ Finalmente, el ISN importa una norma de procedimiento que genera la obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas, inclusive por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño.²⁰

a) Derechos e intereses

Si queremos evitar defender la idea de derechos del niño por mera referencia a su reconocimiento legal expreso, es necesario prestar atención al desacuerdo existente sobre la naturaleza de los derechos mismos. Dicho desacuerdo, a su vez, nos deriva a la controversia sobre el lugar de la elección o la voluntad, al interior de una teoría sobre los derechos en general, y de los derechos de los niños en particular.²¹

Afirmar que *X* tiene un derecho equivale a sostener que sus intereses, o un aspecto de ellos, son razón suficiente para la imposición de deberes hacia otros, sea para impedir la interferencia en la acción de *X* o para garantizarle algo.²² En otras palabras, una persona tiene un *derecho* cuando sus *intereses* son protegidos de determinadas formas por la imposición -legal, cuando hablamos de derechos legales o moral, para referirnos a los derechos morales- de restricciones normativas sobre actos y actividades de otras personas y con respecto al objeto de tales intereses.²³ Lo anterior, aun cuando se pueda afirmar que la sola existencia de los intereses de una persona no es razón suficiente, por si misma, para reconocer algo como un derecho (como podrían ser, por ejemplo, determinados intereses generales o públicos).²⁴

De modo tal que, si es que lo que los derechos (fundamentales) hacen es, de hecho, proteger intereses (también fundamentales), la pregunta evidente que sigue es la siguiente: ¿Cuáles son los intereses esenciales de los niños? Respondiendo esa pregunta, podremos advertir el lugar esencial, pero no exclusivo, que juega la autonomía al interior de una teoría de los derechos de los niños.

b) Autonomía y Derechos

Michael Freeman ha sugerido que una teoría plausible sobre los derechos necesita tomar en cuenta no sólo la igualdad (de dignidad y de derechos), sino también el valor normativo

¹⁹ONU: Comité de Derechos del Niño, *Observación general N° 14 (2013)*.

²⁰*Ibid.*, Párr. 14, letra c).

²¹FORTIN (2009), pp. 3-32.

²²RAZ (1984), p. 238.

²³MACCORMICK (1982), p. 154.

²⁴RAZ (1997), p. 75.

de la autonomía. Esto es, la idea que las personas como tales tienen un conjunto de capacidades que les permiten tomar decisiones independientes en relación con las opciones de vida convenientes. Así, Freeman cree que la integridad moral de los niños sólo se alcanza cuando les reconocemos derechos y sobre ellos configuramos su autonomía.²⁵ En otras palabras, existiría autonomía cuando, primero, les reconocemos el goce de derechos constitucionales y, segundo, cuando son ellos mismos, los niños, quienes deciden cómo ejercer tales derechos.

El postulado de Freeman no parece una idea descabellada. Si es que reconocemos derechos legales a los niños, entonces es esperable que en más de una ocasión ellos puedan desear participar en actividades y organizar sus vidas de manera inconsistente con las preferencias sociales, incluidas aquellas de quienes tienen la responsabilidad de su cuidado. En una sociedad abierta, los derechos individuales son triunfos políticos de los individuos. En otras palabras, los individuos tienen derechos cuando los objetivos colectivos no constituyen una justificación suficiente para negarles lo que ellos desean tener o hacer, como individuos, o no es una justificación suficiente para imponerles una pérdida o daño.²⁶

Con todo, tratándose de niños, la autonomía debe ser entendida en un sentido *sui generis*. El respeto por la autonomía individual de los niños es un componente esencial de cualquier sistema de protección de los derechos de la niñez. En otras palabras, una teoría (o sistema legal concreto) que postule reconocer los derechos de los niños a la vez que les niega a ellos la posibilidad de ejercer dimensiones sustanciales de su autonomía individual, sería una contradicción en los términos. La autonomía individual es, en consecuencia, una condición *sine qua non* (sin la cual no) de cualquier sistema de derechos de la niñez. Sin embargo, el respeto a la autonomía individual de los niños no es, por sí misma, una condición *per quam* (por la cual no) los derechos de la niñez resultan reconocidos o respetados. Me explico.

c) Autonomía Dinámica

Una sociedad que busca otorgar protección integral a los niños, no solo reconoce intereses asociados a su autonomía individual. En realidad, es posible sostener que los niños tienen, a lo menos, tres tipos de intereses:

- (1) **intereses básicos**: que surgen de la reclamación de los niños relacionadas con su cuidado y bienestar inmediato en el ámbito físico, emocional e intelectual;
- (2) **intereses por el desarrollo**: que giran en torno a sus expectativas frente a la comunidad, de poder maximizar todos sus recursos y potencial humano y;

²⁵ FREEMAN (2006), p. 271.

²⁶ DWORKIN (1977), p. xi.

- (3) **intereses por la autonomía:** relacionados a la libertad de escoger su propio estilo de vida y entrar en relaciones sociales de acuerdo a sus propias inclinaciones, sin el control de la autoridad del mundo adulto, sean sus padres o alguna institución.²⁷

En otras palabras, en la vida de un niño, no todo es libertad individual (en general) ni autonomía actual (en particular). Por ello es que una buena teoría de los derechos de los niños -y del interés superior- no puede reducir su justificación final a un puro argumento sobre la autonomía individual de un niño, actual o presente. Los niños poseen un interés en decidir o escoger sus preferencias, a la vez que desarrollan una habilidad específica para adoptar tales decisiones.²⁸ Se trata de una comprensión gradualista de la autonomía (o sobre el interés en escoger) que dialoga coherentemente con lo que sabemos sobre el desarrollo cognitivo y moral de los niños, desde su temprana infancia hasta la adolescencia.²⁹ Mientras el derecho de autonomía “ahora” de un adulto toma preferencia sobre su probable buen futuro, el respeto por la autonomía futura de los niños, como adulto, a menudo puede significar rechazar una elección actual de un niño.³⁰

Tomando en cuenta lo anterior, y para evitar las contra-intuitivas consecuencias prácticas de un liberacionismo teórico que coloque la autonomía de los adultos al mismo nivel que la autonomía de los niños³¹, parece razonable sostener que, en caso de conflicto grave entre los intereses por autonomía de un niño y sus intereses básicos o por el desarrollo, ha de preferirse los primeros. Pocos adultos estaríamos dispuestos a aprobar, retrospectivamente, decisiones que hubieren podido comprometer seriamente nuestras posibilidades u oportunidades de vida durante la adultez.³² Por ello es que, tratándose de niños, la autonomía debe entenderse en una *dimensión dinámica*: no podemos prescindir de la opinión, deseos y preferencias de los niños a la hora de aceptar o validar una decisión. Pero el interés por autonomía en la niñez no sólo importa proteger las decisiones actuales (y sus razones) sino velar por el impacto permanente que, decisiones con consecuencias serias o irreversibles, pueden generar en la autonomía futura de los niños (como niños o como adultos).

Esta idea parece ser capturada por Lord Donaldson en el caso *Re W*. En dicho caso, la Corte de Apelaciones se ocupaba del tratamiento médico de un adolescente anoréxico de dieciséis años de edad, que se rehusaba a ser trasladado a una unidad especializada en el tratamiento de desórdenes alimenticios. Lord Donaldson MR comentó sobre la capacidad de respuesta de la crianza al desarrollo de la independencia del niño a medida que éste madura:

²⁷ EEKELAAR (1986), pp. 170-1.

²⁸ BRENNAN (2002).

²⁹ Varios Autores (GULLOTA, 2000, et al ; FERGUSON, 2004).

³⁰ FEINBERG (1980), pp. 126-127. En un sentido similar, MACCORMICK (1982), p. 166.

³¹ Cfr; FOSTER Y FREED (1972), *A Bill of Rights for Children in 6 Family Law Quarterly* 343.

³² EEKELAAR, *op. cit.*, nota 25.

“La adolescencia es un periodo de transición progresiva desde la niñez hasta la adultez y a medida que se adquiere experiencia de vida y la inteligencia y el entendimiento aumentan, también lo hará el alcance de la toma de decisiones que debe ser permitido al niño, porque es solamente mediante la toma de decisiones y la experimentación de sus consecuencias que se adquieren habilidades de toma de decisiones...”³³

Con todo, esa misma consideración hacia los intereses por una autonomía progresiva, no puede llevarnos a esconder el supuesto básico y diferenciado del tratamiento de la libertad, en el caso de las niñas, niños y adolescentes. Por ello, para Lord Donaldson:

“[U]na buena parentalidad implica darles a los niños tanta cuerda como puedan manejar, sin el inaceptable riesgo de que -con esa cuerda- se vayan a colgar”³⁴

Este ejercicio dinámico –de lo actual a lo futuro y vuelta atrás- no debe, con todo, relativizar o minimizar el rol esencial que juega la opinión actual del NNA. La diferencia central entre este nuevo sistema de derechos de la niñez y el viejo sistema tutelar estriba en que la tutela de esos derechos ya no puede descansar exclusivamente en lo que el Estado, los jueces y los padres de esos niños y niñas opinan que constituye una buena vida para ellos, pudiendo decirse que sus derechos se encuentran (solo) formalmente tutelados.³⁵ Titularidad de derechos, por una parte, y su ejercicio y goce por otro lado, es lo que reconoce estatus legal a los niños, en un nuevo esquema jurídico de reconocimiento.

En el Derecho Inglés esta cuestión de la autonomía ha sido tratada de un modo similar al modelo propuesto a nivel teórico por Eekelaar. En 1982, Victoria Gillick llevó a su autoridad de salud local (West Norfolk y Wisbech Area Health Authority) y al Departamento de Salud y Seguridad Social ante los tribunales con miras a impedir que los médicos proporcionasen asesoramiento o tratamiento anticonceptivo a su hija menor de 16 años, sin el consentimiento de los padres. Al decidir, la Cámara de los Lores resolvió que:

“... si un niño es capaz o no de dar el consentimiento necesario dependerá de la madurez y comprensión del niño y de la naturaleza del consentimiento requerido. El niño debe ser capaz de hacer una evaluación razonable de las ventajas y desventajas del tratamiento propuesto, por lo que el consentimiento, si se otorga, puede describirse de manera adecuada y justa como verdadero consentimiento.”

En sus discursos sobre el caso, los Lores adoptaron la perspectiva del desarrollo progresivo de la niñez³⁶. Así, por ejemplo, Lord Fraser observó:

³³ *Re W (Un menor) (tratamiento médico)*. *England Law Reports [All ER]* (4), 1992, 627, 637-8.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ LOVERA (2009), p. 15.

³⁶ BRIDGEMAN (2000), pp. 207-226.

“Es, en mi opinión, contrario a la experiencia común de la humanidad, por lo menos en la Europa occidental del presente siglo, decir que un niño o joven permanece de hecho bajo el completo control de sus padres hasta que cumple la mayoría de edad definitiva, ahora de 18 en el Reino Unido, y que una vez cumplida esa edad, repentinamente adquiere independencia. En la práctica, la mayoría de los padres sensatos relaja su control gradualmente a medida que el niño se desarrolla y lo alientan a que sea cada vez más independiente”³⁷.

Con todo, y como se ha dicho, la autonomía en la niñez y la adolescencia es una autonomía *sui generis*. Eso significa que la autonomía que debemos considerar no puede prescindir de su condición dinámica, especialmente si las consecuencias derivadas de su ejercicio, resultan irreversibles.

IV. Destinatarios

1. Estado

Una de las principales formas que adopta la humillación social es la exclusión estructural de los derechos fundamentales.³⁸ Las manifestaciones de dicha exclusión son diversas y van desde la declaración de incapacidad civil o política de las personas con discapacidad intelectual o de los niños, la restricción a derechos civiles, patrimoniales y familiares de las minorías sexuales o la exclusión de derechos fundamentales a inmigrantes y refugiados, entre otros. Particularmente en el caso de la infancia, esta forma dañada de reconocimiento se manifiesta a través de la idea de los niños, niñas y adolescentes como meros “objeto de protección” (tutelar)³⁹ y no como sujetos de derechos (protección integral).⁴⁰

El impacto de un sistema que no reconoce a los niños como sujetos de derechos es grave. Se trata de un desconocimiento de la expectativa intersubjetiva que los niños tienen de ser reconocidos como sujetos capaces de formarse juicios morales progresivos, ser escuchados en la toma de decisiones que les afecta y participar activamente en las discusiones públicas.⁴¹ Más importantemente, de esta falta de reconocimiento del estatus legal de los niños se sigue una pérdida de su propio *auto-respeto*: la habilidad de

³⁷ *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another*. op. cit. (n. 105), según Lord Fraser, 171.

³⁸ Cfr., ESPEJO (2017), pp. 11-43.

³⁹ Una idea extendida históricamente es que los niños son adultos *incompletos*, esto es, seres que aún no poseen los poderes y capacidades que caracterizan a los seres humanos en propiedad. Cfr., Varios Autores (AXTELL (1960) párrafo 41; STEINER (1994), p. 248). Para una revisión crítica de la tesis de John Locke sobre la infancia, ver, ARCHARD (1993), pp. 1-15.

⁴⁰ Cfr., CILLERO (1999), pp. 69-85.

⁴¹ Cfr., ONU: Comité de Derechos del Niños, Observación General No. 12 (2009), párrafo 12: “Las opiniones expresadas por niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, por lo que deben tenerse en consideración al adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como al realizar labores de evaluación.”

relacionarse consigo mismos como agentes morales en la interacción legal con los demás seres humanos, aun cuando, a su vez, deban ser velados en sus demás intereses esenciales.⁴²

La figura central asociada a la idea de auto-respeto, es la de *persona legal*: ego y alter se reconocen mutuamente como personas legales en el sentido de compartir el conocimiento de que aquellas normas en virtud de las cuales la comunidad asegura derechos y responsabilidades, se otorgan a todos por igual.⁴³ En otras palabras, a dicha forma de reconocimiento legal adecuado se corresponde la idea de “persona legal”, representada en la estructura tri-partita de la titularidad de los derechos legales: civiles (garantizando libertad), políticos (garantizando participación) y sociales (garantizando bienestar).⁴⁴

El enunciado del respeto de los derechos de los niños, garantizados por medio de un sistema de protección integral a tales derechos, no excluye la existencia de necesidades y expectativas de los niños que van más allá de esos mismos derechos (como el amor, los cuidados, la felicidad y el bienestar). La estructura de los derechos, como sugiere Waldron, no es constitutiva de la vida social, sino que debe ser comprendida, en cambio, como una posición de “respaldo” y “seguridad” en caso que los demás elementos constitutivos de esa relación social (el cuidado) se desintegre.⁴⁵ Es en este último entendido sentido que surge un sistema de derechos de la niñez: los niños son, también, sujetos legales, portadores de derechos fundamentales que deben ser garantizados, en última instancia, por el Estado.⁴⁶

Una de las características propias del *Estado Constitucional y Democrático de Derecho* es que los derechos fundamentales no quedan sometidos a la sola mayoría parlamentaria (Congreso) o a la discreción de la Administración (Gobierno). Y si es que, tal y como lo establece la CDN, ya no es posible prescindir del reconocimiento a los derechos de los niños, entonces se entiende como ellos no pueden quedar reducidos a meros mandatos políticos contingentes o, con suerte, a normas de efecto indirecto, cuya exigibilidad jurisdiccional resulta supeditada a una previa interposición legislativa y administrativa.⁴⁷ En dicho Estado los derechos de los niños pasan a tomar la estructura y contenido de los *derechos fundamentales*; es decir, se consideran como posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria.⁴⁸

⁴² EEKELAAR (1994), pp. 42-61.

⁴³ HONNETH (1995), p. 118.

⁴⁴ YOUNG (2007), p.196.

⁴⁵ WALDRON (1993) p. 374.

⁴⁶ Una presentación general de esta transformación en la filosofía política y moral en, ARCHARD y MACLEOD, (2002).

⁴⁷ En relación a esta idea respecto de los derechos fundamentales en general, ver, PISARELLO (2003), pp. 20-28.

⁴⁸ Cfr., ALEXY (1997).

a) Garantías primarias

De este modo, y en cuanto destinatario esencial de los derechos de la niñez, el Estado opera como garante final de los derechos de la niñez. Para cumplir con este mandato, el Estado debe dotar a los niños con dos tipos genéricos de garantías: a) Garantías primarias y; b) Garantías Secundarias. Las *garantías primarias* pueden ser políticas, legales, presupuestarias y administrativas, y buscan reconocer los derechos y dotar de aquellos mecanismos específicos que permiten su efectividad universal para todos los NNA. Ejemplos de ello son los principios de “reserva de ley”, que exige de toda regulación respecto de los derechos de los niños, el respeto del “contenido esencial” de los derechos de la niñez establecidos en la CDN, garantías presupuestarias prioritarias para la infancia y la “prohibición de regresividad” o retroceso en los niveles de protección de tales derechos.⁴⁹

Algunas constituciones contienen cláusulas que otorgan protección constitucional a las familias o al cuidado y protección de la infancia o los niños, pero sin establecer derechos constitucionales formales a favor de los “derechos” de los niños. Es el caso, por ejemplo, de las constituciones de Croacia⁵⁰, Italia⁵¹, República Checa⁵², Grecia⁵³, España⁵⁴ y del propio Chile⁵⁵. Frente a estos ejemplos, otros sistemas constitucionales han avanzado hacia un reconocimiento formal de los derechos de los niños, aun cuando al referirse a la infancia no lo hagan *sólo* en términos de derechos. En el contexto europeo, los mejores

⁴⁹ Cfr; ESPEJO, *Op. Cit.*, nota 32, pp. 3-32.

⁵⁰ *Constitución Política de Croacia (1990)*, Art. 62, que otorga protección a la “familia”.

⁵¹ *Constitución Política de Italia (1947)*, Art. 31, que provee reconocimiento y protección a la “infancia”.

⁵² *Constitución Política de la República Checa (1993)*, 32 (1) que otorga protección especial a los niños y los adolescentes y sólo refiere a los “derechos” de los niños en el contexto familiar (igualdad de derechos entre niños nacidos dentro y fuera del matrimonio y derecho a crecer en familia), Art. 32. (3) y (4).

⁵³ *Constitución Política de Grecia (1975)*, Art. 21 (3) que reconoce la necesidad de adoptar medidas especiales de protección para la juventud.

⁵⁴ *Constitución Política de España (1978)*, Sección 39, que establece el deber de las autoridades públicas por asegurar la protección social, económica y legal de la familia, la protección de los niños y el deber de los padres de proveer asistencia a los hijos menores de edad. Aun cuando la misma Sección 39, en su numeral 4, establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

⁵⁵ *Constitución Política de la República de Chile (1980)*, Art. 1 (2) que reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. A pesar de la ausencia de una referencia formal a los derechos de los niños, el Tribunal Constitucional ha ido consolidando la aplicación material de los tratados de derechos humanos en su interpretación de las disposiciones constitucionales nacionales, incluida la CDN. Por esta vía, se ha pronunciado directamente sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes en el caso del sistema de responsabilidad penal de adolescentes, las normas nacionales sobre fertilidad y, más recientemente, en materia de guarda de menores de edad. Cfr; Tribunal Constitucional de Chile, *Rol N° 786-2007* de fecha 13 de junio de 2007; *Rol N° 740-2008* de fecha 18 de abril de 2008 y; *Rol N° 2867-15*, de 12 de abril de 2016, respectivamente.

ejemplos de esta técnica de protección constitucional son los de Hungría⁵⁶, Austria⁵⁷, Irlanda⁵⁸, Portugal⁵⁹, Eslovenia⁶⁰ y Polonia⁶¹. A su vez, en el ámbito Latino Americano existen buenos casos de avances en el reconocimiento constitucional formal de los derechos de los niños, en particular, Brasil⁶², Colombia⁶³, Bolivia⁶⁴ y México⁶⁵.

Junto a estas disposiciones constitucionales, los sistemas legales y administrativos garantizan los derechos de la niñez por medio de un instrumento de política pública esencial: los *sistemas de protección integral a la infancia*. Se trata del establecimiento formal de un conjunto de órganos, entidades, mecanismos e instancias a nivel nacional, regional y local (incluido un órgano rector) orientados a respetar, promover, proteger, restituir y restablecer los derechos de los niños y niñas y reparar el daño ante la

⁵⁶ *Constitución Política de Hungría (2011)*, Artículo XV (1), que establece el “derecho” de cada niño a la protección y el cuidado necesarios para su desarrollo.

⁵⁷ *Ley Federal Constitucional de Austria Sobre los Derechos del Niño*, la que reconoce una serie de derechos específicos, más allá del ámbito estrictamente proteccional (incluido el derecho a ser oído y participar).

⁵⁸ *Constitución Política de Irlanda (1937)*, Artículo 42-A (1), que reconoce los derechos “naturales e imprescriptibles de todos los niños”.

⁵⁹ *Constitución Política de Portugal (1976)*, Artículo 69, que reconoce el “derecho” de los niños a la protección por parte del Estado y la Sociedad, frente al abandono, la discriminación o la opresión, así como del ejercicio abusivo de la autoridad en la familia o en cualquier otra institución.

⁶⁰ *Constitución Política de Eslovenia (1991)*, Artículo 56, que reconoce no sólo derechos en el ámbito de protección, sino todos aquellos que resulten “consistentes con su edad y madurez”

⁶¹ *Constitución Política de Polonia (1997)*, Artículo 72 (1), que asegura la protección de los derechos de los niños (sin reducir su ámbito a algunos en especial).

⁶² *Constitución Política de la República Federativa de Brasil (1988)*, Artículo 227: “Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida a la salud, a la alimentación, al a educación, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”.

⁶³ *Constitución Política de Colombia (1991)*, Art. 44: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

⁶⁴ *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009)*, Art. 60: “Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado”.

⁶⁵ *Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos (1917)*, Art. 4: “(8). En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.”

vulneración de los mismos establecidos por las legislaciones nacionales de infancia (sea por parte de instituciones públicas o privadas).⁶⁶ El sistema de protección integral permite priorizar respuestas administrativas de carácter preventivo y evitar judicializar –tardíamente– los problemas sociales subyacentes a la situación de vulneración de derechos cuando estos problemas puedan ser abordados de modo más eficiente y adecuado a partir de políticas sociales de protección y de apoyo a las familias y comunidades.⁶⁷ En este sentido, las autoridades administrativas deben colaborar con las familias en general (preventivamente); velar por que los responsables del NNA cumplan con los deberes de protección (a través de programas universales y voluntarios); e intervenir subsidiariamente, a través de sus servicios locales, si no se observa esta función de cuidado. En este último caso, el grado de desatención o desprotección de los derechos del NNA determinará el tipo de intervención pública (subsidiariedad progresiva).⁶⁸

b) Garantías secundarias

En un sistema constitucional y democrático de Derecho, las garantías políticas o primarias son debidamente complementadas por *garantías jurisdiccionales o secundarias*. Estas garantías otorgan a los niños titulares de derechos la capacidad de someter denuncias de incumplimiento de las obligaciones emanadas de los mismos ante un poder independiente de los sujetos obligados primariamente (públicos o privados) y, dado el caso, confieren competencia a ese poder independiente para forzar el cumplimiento y establecer reparaciones o sanciones.⁶⁹ Se trata, en otras palabras, de complementar las garantías políticas o primarias con garantías jurisdiccionales o secundarias, es decir, con garantías que sólo entran en juego cuando los poderes encargados de concretar e implementar derechos incumplen con su obligación –lo que implica, a su vez, que las garantías políticas han fallado. Siguiendo la lógica contractual, podría decirse que la solución de controversias vinculadas con alegados incumplimientos se inicia con el diálogo entre los contratantes, y –dado el carácter contencioso, los costos y el tiempo que puede insumir este recurso – sólo cuando queda claro que no hay solución posible por otra vía se acude al litigio judicial.⁷⁰

Las garantías jurisdiccionales son de mucha importancia para la efectividad de los derechos de los niños. Ello, dada las especiales barreras que los niños, niñas y adolescentes suelen enfrentar para poder reclamar por el incumplimiento de las obligaciones legales de las agencias del Estado, así como respecto de sus adultos responsables. Si bien la gran mayoría de las garantías jurisdiccionales suelen estar

⁶⁶ Cfr., MORLACHETTI (2013).

⁶⁷ Cfr. CIDH (2013): “Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas” pp. 231 y 232.

⁶⁸ DE PALMA (2004), pp.104-105. Esta autora señala, entre las medidas de intervención de carácter general, la de intervención comunitaria (p. 117).

⁶⁹ Cfr., Varios Autores (FERRAJOLI, 1999; PISARELLO, 2007).

⁷⁰ Para la utilización de la metáfora del contrato social y sus implicancias para las condiciones de la cohesión social contemporánea, ver, COURTIS y ESPEJO (2007).

reconocidas y reguladas a nivel de la legislación común, si es posible distinguir algunas de ellas a nivel constitucional.

En el caso de Chile, las acciones de protección y amparo, reguladas respectivamente en los artículos 20⁷¹ y 21⁷² de la Constitución Política de la República, reconocen la posibilidad que cualquier persona (incluidos los niños) concurra ante la autoridad judicial para la cautela de los derechos y garantías que ahí se indican. En un sentido formal entonces, los niños, niñas y adolescentes cuentan con una garantía jurisdiccional a nivel constitucional para exigir el cumplimiento de sus derechos constitucionales. Sin embargo, es preciso formular dos precisiones que restringen seriamente esta afirmación.

De un lado, el *listado de derechos* (o garantías constitucionales) que estas acciones protegen es reducido y deja sin posibilidad de reclamar en sede judicial la efectividad de una serie de derechos de capital importancia para los niños. Por ejemplo, el derecho a identidad, el derecho a ser oído y que su opinión se tome en cuenta, el derecho a obtener protección frente a la violencia y una serie de dimensiones fundamentales de sus derechos económicos, sociales y culturales y que la acción de protección no protege (como el derecho a exigir acceso a educación y salud “de calidad”, el derecho a la vivienda adecuada, el derecho al agua o el derecho a crecer bajo condiciones de interculturalidad).⁷³ De otro lado, la disponibilidad formal de las acciones constitucionales

⁷¹ *Constitución Política de la República de Chile*, Artículo 20.- “ El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.”

⁷² *Constitución Política de la República de Chile*, Artículo 21.- “Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.”

⁷³ Como indica LOVERA (2015), p.21, ninguna de las leyes que con protección reforzada en materia de igualdad exhibe un reconocimiento adecuado a la vulnerabilidad particular de los NNA, con la sola excepción de la Ley No 20.422, sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad. Cfr;

de protección y amparo en Chile contrastan con las dificultades materiales de *acceso a la justicia* para los niños. En la gran mayoría de los casos, las acciones constitucionales de amparo y protección son ejercidas por adultos y aquellos que suelen obtener una decisión favorable por parte de los tribunales, ha contado con representación legal. No es casualidad, entonces, que las acciones de protección y amparo (quizás con la excepción de la protección del derecho a la no discriminación en el ámbito educacional) hayan tenido tan bajo impacto en el ejercicio de los derechos de los niños en Chile.

2. Padres

Los niños, desde su nacimiento hasta la mayoría de edad, son inevitablemente dependientes de otros, físicamente, emocionalmente y económicamente. Si han de sobrevivir y desarrollarse, los niños requieren cuidados. Cuidar de, velar por, y dar atención a un niño implica alimentarlo, vestirlo, proporcionarle un hogar, atenderlo cuando está enfermo, garantizar su tratamiento médico, tomar decisiones sobre su crianza, asegurar su educación, proporcionar orientación moral y disciplina, protegerlo del peligro, promover su bienestar físico y mental, y promover su desarrollo social e intelectual. La naturaleza de la dependencia del niño y los cuidados que requiere varían según la edad del niño, sus necesidades, su desarrollo físico y mental. Así, como sugiere Bridgeman, el contenido práctico de las responsabilidades parentales cambia dramáticamente desde su nacimiento hasta su mayoría de edad: el cumplimiento cotidiano de las responsabilidades de la parentalidad será muy diferente si su hijo tiene una discapacidad, condición crónica o una enfermedad con riesgo vital.⁷⁴

Como es fácil de advertir, el amor o los cuidados como responsabilidad parental no constituyen, en sentido estricto, una institución legal, sino ética. En otras palabras, no existe tal cosa como la obligación legal de amar, cuidar, guiar u orientar a alguien, ni el derecho legal que habilita a exigir el reconocimiento afectivo del cual se deriva dicho cuidado. Sabemos que los padres harán todo lo posible por cuidar y proteger a su hijo, no debido a la imposición de algún deber legal, sino porque estarán interesados en el bienestar de su hijo.⁷⁵ A su vez, mientras una persona responsable sigue sus obligaciones legales, la responsabilidad no termina ahí: una persona responsable considerará el efecto que pueda tener sobre los otros y ajustará su comportamiento, incluso si esto significa renunciar a sus derechos legales.⁷⁶

Con todo, el cuidado así entendido si es *objeto* de regulación legal, a través de la institución de la *responsabilidad parental*⁷⁷: el conjunto amplio de derechos y deberes

Ley 20.422 Título I, párrafo 2. La eventual aprobación de la Ley de Identidad de Género podría llegar a constituir otra excepción relevante, aun cuando es probable que ella excluya de su aplicación, a los NNA menores de 14 años de edad.

⁷⁴ BRIDGEMAN (2007).

⁷⁵ BRIDGEMAN (2017).

⁷⁶ EEKELAAR (2006), pp. 128; 130-131.

⁷⁷ Sobre la idea de responsabilidad parental y sus diversas implicancias legales, ver, Espejo y Fabiola (2017).

orientados hacia la promoción y salvaguarda del bienestar del niño, los que incluyen: a) cuidado, protección y educación, b) mantenimiento de las relaciones personales, c) determinación de la residencia, d) administración de la propiedad y, e) representación legal.⁷⁸ O si se quiere, de un modo más simple, como aquellos derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridades que, por ley, tiene un padre o madre de un niño, en relación al niño y sus bienes.⁷⁹ Derechos y deberes que poseen un contenido práctico: “tomar responsabilidad por la seguridad, educación y crianza del niño”⁸⁰.

¿Cómo entender, entonces, la idea de responsabilidad parental de un modo coherente con los derechos de los niños?⁸¹

Los adultos responsables (a quienes el Derecho, en la mayoría de los casos, nombra como “padres”) tienen, en relación a los niños bajo su cuidado, un *deber*. Dicho deber (cuyo cumplimiento legitima la potestad asignada) deriva de la posición de adulto encargado de ejercer el cuidado primario del desarrollo y bienestar del hijo dependiente (es decir, de su responsabilidad parental). A su vez, los adultos responsables tienen, en relación a otros adultos y al propio Estado, el *privilegio* de ejercer preferentemente tales deberes parentales. Es decir, en una sociedad liberal, son los “padres” (no el Estado o un tercero) quienes ejercen preferencialmente las funciones de cuidado esenciales para el desarrollo emocional e integral de los niños. Y este privilegio puede ser ejercido en contra del Estado o respecto de un tercero, a través de un derecho de no intervención en el ámbito de las funciones parentales, salvo hipótesis de amenaza grave o daño a los derechos de los niños. Adicionalmente, la responsabilidad parental no se ejerce, como ya se ha indicado, con discrecionalidad absoluta, sino en el marco del respeto de los *derechos* de los niños.

a. Deberes

Resulta fundamental comprender que aquello que los padres poseen en relación a sus hijos es un *deber*, no un derecho, cuya génesis moral o ética se encuentra en la satisfacción de las expectativas de amor y cuidado que están a la base del ejercicio de las funciones parentales.⁸² Así entendidos, resulta evidente que la motivación central del cumplimiento de los deberes parentales es el amor o el cuidado voluntario o espontáneo (y no, en cambio, la mera obediencia al Derecho). Dichas motivaciones, a su vez, pueden surgir tanto de la expectativa de cumplimiento de deberes derivados del hecho biológico y/o gestacional del parentesco (como en el caso de un padre biológico o de una madre biológica y/o gestacional), así como de las obligaciones morales adquiridas en virtud de la

⁷⁸ Commission on European Family Law (CEFL) (2007), *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Principio 3.1.

⁷⁹ Tomo esta definición de la versión legal establecida en la Children Act de 1989 (Inglaterra y Gales). Cfr., *Children Act 1989, s. 3.1*.

⁸⁰ HALE (2011), p. 26.

⁸¹ Cfr; Espejo (2017).

⁸² HONNETH (2007), p. 148.

expectativa y/o desarrollo de relaciones morales de cuidado o amor parental (como en el caso de los padres adoptivos o de padres “sociales” o “morales”).

Sin embargo, los deberes parentales no se reducen a meras obligaciones morales o éticas. Debido a que ‘responsabilidad parental’ no es sólo un término moral, social o cultural sino que también “legal”, ella genera normas jurídicas que generan consecuencias legales más o menos precisas (alimentos, protección, representación legal, entre otras) dependiendo de los contextos normativos de que se trate.⁸³ Lo que esto significa en este contexto es que alguien con ‘responsabilidad parental’ está obligado por una norma o normativa en lo que se refiere a su comportamiento respecto de sus hijos. Y cuando dicho adulto cumple con el deber asignado, legitima su autoridad.

Esta calificación del título legal de los padres *qua* adultos responsables es lo que permite evitar un indebido uso de la expresión “derechos” cuando se pretende describir las relaciones parento-filiales. Ello es así puesto que si entendiéramos que aquello que detentan los padres respecto de sus hijos es un derecho, equivaldría a considerar a los niños como su propiedad o, en el mejor de los casos, como mera extensión de sus padres.⁸⁴ Y dicha idea, como bien sabemos, atenta contra el status de persona legal que la CDN y el Derecho de Familia e Infancia moderno, reconoce a los niños.

Para decirlo de otra manera, en condiciones jurídicas modernas, los padres o adultos responsables tienen, un deber (moral y jurídico) de ejercer las funciones de cuidado respecto de sus hijos. Y al hacerlo, transforman su mera potestad, en autoridad. ¿Y en qué consisten, en término legales, tales funciones parentales? En impartir al niño, en consonancia con la evolución progresiva de su autonomía, dirección y orientación apropiadas para que el propio niño ejerza sus derechos.⁸⁵ Por ello es que la Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño (en adelante “la CDN”), reconoce una serie de *derechos* para los niños, de aplicación directa e indispensable en el ámbito de las relaciones familiares y que generan deberes específicos para sus padres o adultos responsables. Entre otros derechos que los niños tienen en contra de sus padres destacan

⁸³ Cfr., EEKELAAR, “La responsabilidad parental como privilegio”, en Lathrop F. Y Espejo, N., *Op.Cit.* En cuanto deber, la responsabilidad no es renunciable, sin perjuicio de que el Estado pueda asignar (en excepcionales circunstancias) el cumplimiento parcial o total de la misma, en aquellas hipótesis de desprotección de derechos del niño debido a la negligencia o ausencia total de responsabilidad parental.

⁸⁴ Para una justificación contemporánea de esta idea, a la que me opongo, Cfr. Varios Autores (NARVERSON, 1998, pp. 272-274; SIMON Y SCHUSTER, 1989, p.28).

⁸⁵ Cfr., Artículo 5.1. de la CDN (1989). No analizo aquí, el lugar que juegan los deberes (especialmente el deber de obediencia) en el caso de los niños. La razón de esta omisión no deriva, necesariamente, de la inexistencia de tales deberes morales por parte de los niños. Se debe, más bien, a la falta de deberes “legales” que puedan ser exigidos en su contra. Mientras el incumplimiento de un deber parental genera una consecuencia jurídica (que incluso puede llegar a la supresión de sus privilegios parentales), el incumplimiento de deberes de obediencia por parte de un niño y en relación a sus padres, no genera consecuencia jurídica alguna.

el derecho a no ser objeto de violencia o maltrato (incluido el castigo corporal)⁸⁶, y a que su voz sea oído y tomada en cuenta.⁸⁷

b. Privilegios y Derechos Parentales

Los deberes que surgen de la responsabilidad parental generan, a su vez, *privilegios* a favor de sus titulares. En este caso, el privilegio consiste en el derecho oponible por los padres contra otros adultos o el Estado (no contra los niños), a que se respete (no interfiera) en el ejercicio de sus deberes parentales preferentes.

La conceptualización de los deberes o responsabilidades parentales como un set de obligaciones legales de las que se deriva un privilegio captura de mejor manera el uso de la expresión “derecho”, cuando ella es utilizada para describir aquello que los padres poseen en relación a terceros o el Estado. Aun cuando una forma adicional de comprender la acepción de la expresión “derecho” en este caso, sea la de describir la posición o poder de los adultos responsables como una “autoridad” (con la consecuente responsabilidad derivada del incumplimiento) y/o como una inmunidad (en términos de ser oponible frente a la intervención del Estado o de terceros, salvo en las hipótesis de daño a los derechos del niño).⁸⁸ Sea cual sea el caso, el punto central acá radica en advertir el uso de la expresión *derecho* como generadora de consecuencias u obligaciones jurídicas de abstención por parte del Estado y no, en cambio, sobre los hijos.⁸⁹

Es precisamente ésta la idea que se desarrolla en los artículos 5 y 18 de la CDN, del siguiente modo:

⁸⁶ Artículo 19. de la CDN (1989) “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

⁸⁷ Artículo 12. de la CDN (1989) “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”.

⁸⁸ Cfr., HOHFELD (1917).

⁸⁹ “[...] los derechos parentales para el control de un niño no existen para el beneficio del padre (genérico). Existen para beneficio del niño y se justifican sólo en la medida en que habiliten al padre (genérico) para llevar a cabo sus deberes con el niño, y con otros niños de la familia.” *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another* [1986] AC 112, opinión de Lord Fraser, 170.

Artículo 5º:

“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.”

Artículo 18º:

“1. 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 el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 8

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.”

Estos dos artículos han ser de leídos, precisamente, como la primacía de la responsabilidad parental sobre la responsabilidad de otros terceros o del Estado.⁹⁰ Dicha primacía surge, a su vez, como corolario fundamental de un supuesto esencial en una sociedad liberal: la sociedad confía en que ciertos sujetos (los padres) están mejor situados y cumplirán debidamente con las funciones de cuidado, guía y orientación de sus hijos.⁹¹

En otras palabras, estos artículos no deben ser interpretados como oponibles en contra de los niños (es decir, generando derechos de los padres sobre sus hijos). Más bien, estos artículos se orientan a reconocer el derecho (en cuanto privilegio) que detentan ciertos adultos (a quien el Derecho sindicca como “adultos responsables”) para ejercer la serie de deberes que describen una relación de cuidado, guía y orientación respecto de los niños.

⁹⁰ Primacía que, como bien sabemos, no excluye la posibilidad de que la misma sea vencida en determinados casos excepcionales y cuando el interés superior del niño así lo justifique. En tales casos normalmente será un tribunal de justicia el que, o bien autorice una determinada decisión respecto del niño (por ejemplo, en el caso de decisiones médicas importantes respecto del niño y cuando exista desacuerdo entre la recomendación médica para proceder con un determinado tratamiento y la opinión negativa de los padres) o, más generalmente, cuando se dispone la suspensión de la responsabilidad parental de un determinado padre (o ambos) y su reasignación a otro adulto responsable o al propio Estado. Cfr., Herring, J, “Responsabilidad Parental y Decisiones Médicas” en, Lathrop F., y Espejo, N., *Op.Cit.* y, Sección 31 de la *Children Act* (Inglaterra y Gales).

⁹¹ Esta idea es conocida como la “Regla de Optimismo” o la presunción que los padres tratan a sus hijos de manera adecuada. Cfr, DINGWALL, et al. (1983) en EEKELAAR (2006), pp. 90-1.

La relación legal entre los adultos y los niños, en otras palabras, deriva de su responsabilidad de actuar en su interés superior y no, de un derecho absoluto sobre ellos.⁹²

Esta cuestión puede ser comprendida prestando atención a los casos sobre decisiones médicas que afectan a NNA. Tratándose del bienestar sanitario de los niños, la causa que suele hacer que los casos que llegan a las cortes no es la diferencia de opinión entre los padres, sino más usualmente, las diferencias de opinión entre los padres del niño y los médicos tratantes. En tales casos, la relación, funciones, experticia y experiencia de los padres y profesionales, los conduce a diferentes conclusiones respecto del interés superior del niño. Cuando no es posible llegar a un acuerdo, el asunto debe ser remitido a tribunales, los cuales tienen la obligación de determinar la manera de proceder en el interés superior o bienestar del niño, y en el contexto de todos los hechos relevantes, incluyendo la consideración y valoración de las opiniones de los padres⁹³. En estos casos, la evaluación del interés superior debe incluir “asuntos médicos, emocionales y todos los otros asuntos de bienestar”⁹⁴, incluyendo si el tratamiento propuesto va o no en “beneficio emocional, psicológico y social”⁹⁵ del niño. De este modo, el interés superior del niño es determinado a través de la revisión independiente del tribunal, en la cual el bienestar del niño (incluida su opinión) siempre resulta primordial.

En los casos médicos, los niños, en especial, deben ser tratados estando conscientes de las relaciones que tienen, sus peculiaridades y necesidades. Los padres proporcionan una fuente invaluable de información sobre sus hijos. Por ejemplo, como se señaló anteriormente en este artículo, en *An NHS Foundation Trust v AB, CD y EF*,⁹⁶ la evidencia de los padres sobre la experiencia con el uso de la bolsa de ventilación fue crucial. Por lo tanto, los padres desempeñan un papel fundamental como proveedores de información sobre sus hijos. No podemos, por lo tanto, separar fácilmente el bienestar de los padres del bienestar de los hijos.⁹⁷

Sin embargo, esta consideración fundamental hacia las opiniones y autorizaciones de los padres no es total. En *NHS Trust v Bebé X*⁹⁸, un niño pequeño estaba con ventilación asistida y tenía daño cerebral profundo. Era alimentado por tubo nasogástrico. El personal del hospital determinó que era mejor retirar la ventilación, pero los padres se opusieron. Ellos pensaban que podían verificarse signos de mejoría y su fe religiosa no les permitía consentir un procedimiento que llevaría a la muerte. El tribunal apoyó a los médicos, pero es de notar que el juez Hedley otorgó peso a la necesidad de una buena muerte y contrastó ‘muerte en los brazos y presencia de los padres con muerte conectado a una

⁹² NEWELL Y HODGKIN (2008), p. 76.

⁹³ *Re T (un menor) (tutela: tratamiento médico)*. WLR 1, 1997, 242, 250.

⁹⁴ *Re A (Esterilización Masculina)*. FLR, 1, 2000, 549, 555, Dame Butler-Sloss P.

⁹⁵ *Re Y*. WLR, 2, 1997, 556, 562.

⁹⁶ [2014] EWHC 1031 (Fam). Véase, también, *An NHS Trust v R* [2013] EWHC 2340 (Fam).

⁹⁷ HERRING (2014), cap 6.

⁹⁸ [2012] EWHC 2188 (Fam).

máquina y aislado de todo contacto humano en el transcurso de un tratamiento inútil'. Como sugiere Herring, este es un caso difícil. Es posible que el juez Hedley tuviera razón en reconocer más valor al cuidado que los padres pudieran ofrecer al morir, que dar peso a la esperanza de un milagro. La posición de "cuidar" tuvo mayor valor en este caso que la de "preocuparse", propia de las plegarias.⁹⁹

V. Sistema de protección especial, vida familiar y derechos de la niñez en Chile.

Un sistema de protección especial refiere al régimen legal vigente que determina las hipótesis de intervención a favor de toda persona menor de 18 años de edad, cuando ella ha sido objeto de grave vulneración o amenaza a sus derechos, debido a negligencia, abuso, maltrato u otra forma de violencia por parte de los adultos responsables de su cuidado. En el caso del ordenamiento jurídico chileno, se permite la intervención pública en casos de vulneración o amenaza de derechos de NNA. Esta intervención es de carácter judicial y se caracteriza por la adopción de "medidas de protección."

El Art. 30 de la Ley de Menores¹⁰⁰ (en adelante, la LM) se refiere a tales mecanismos al establecer que en los casos previstos en el Art. 8 N° 7 de la Ley que crea los Tribunales de Familia¹⁰¹ (en adelante, la LTF) podrán decretarse las medidas que sean necesarias para proteger a los "(...) menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos (...)". A su vez, el Art. 8 N° 7 de la LTF determina que corresponderá a los Juzgados de Familia conocer y resolver de "todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al Art. 30 de la Ley de Menores"¹⁰².

El Art. 30 inciso segundo de la LM contiene el elenco de tales medidas:

"1) (...) la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;

2) (...) el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial".

El catálogo de las medidas de protección de derechos de NNA contenidas en el mencionado Art. 30 de la LM no es taxativo. En efecto, establece que: "En particular, el juez podrá: (...) " disponer alguna de las dos medidas enumeradas. Al utilizar el vocablo "en

⁹⁹ HERRING (2013), cap 2.

¹⁰⁰ Ley N° 16.618 (1967).

¹⁰¹ Ley N° 19.968 (2004).

¹⁰² El procedimiento judicial es especial y está regulado en el Párrafo Primero del Título IV de la mencionada Ley de Tribunales de Familia (Arts. 68 a 80 bis).

particular”, el Art. 30 de la LM solo sugiere al juez que preste especial atención a aquellas medidas establecidas en los números 1 y 2 del mismo artículo. Sin embargo, la textura abierta de dicha norma faculta al juez a dictar cualquier otra medida que estime “necesaria” para proteger los derechos del NNA que hayan sido vulnerados o amenazados.

Por otra parte, sin perjuicio de las medidas de protección señaladas, el Párrafo primero del Título IV de la LTF –que regula la aplicación judicial de las medidas de protección de derechos de los NNA–¹⁰³ permite adoptar “medidas cautelares especiales” en cualquier momento del procedimiento de protección especial, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del NNA. Así, el Art. 71 inciso primero de la LTF enumera como medidas cautelares especiales de este procedimiento:

- a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;*
- b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente en cuidado provisorio a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;*
- c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima;*
- d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación para enfrentar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;*
- e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;*
- f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;*
- g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudios del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará las medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos;*
- h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e*
- i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección”.*

¹⁰³ El Título IV de la LTF regula también los siguientes procedimientos especiales: el procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar (Párrafo segundo); los actos judiciales no contenciosos (Párrafo tercero); y el procedimiento contravencional ante los Tribunales de Familia (Párrafo cuarto).

a. Vida familiar, sistema de protección especial y derechos de la niñez.

El sistema de protección especial debe tener como eje central la protección de los derechos de los NNA, de una manera compatible con el goce del derecho a la vida familiar. Este derecho se encuentra consagrado en diversas disposiciones del sistema internacional de Derechos Humanos. En especial, la vigencia y contenido de este derecho se desprende de los Arts. 5, 18, 19, 20 y 27 de la CDN; del Art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; del Art. 15 del Protocolo de San Salvador y; del Art. 11 letra b) de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad.

Las normas anteriores reconocen a la familia como el medio prioritario en que debe desarrollarse el NNA; afirman que el Estado debe propender a que ella cumpla la función de cuidado del NNA y que, en consecuencia, puede y debe intervenir solo cuando ella falle en este cometido y siempre que se cumpla con las exigencias del Derecho y dentro de los límites previstos en él.¹⁰⁴ A su vez, la normativa internacional eleva los estándares de exigencia en la intervención, reforzando la vigencia del derecho a la vida familiar, toda vez que conlleve separar al NNA de su familia. Así, una medida de esta naturaleza debe ser la última alternativa de intervención disponible y estar autorizada por la satisfacción del interés superior del NNA. La Directriz N° 3 sobre las Modalidades de Cuidado Alternativas de Niños es meridianamente clara en este aspecto:

“Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados principalmente a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, bajo la de otros familiares cercanos, o que vuelva a ella (...)”¹⁰⁵.

En el sistema regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, y que ella debe ser protegida por la sociedad y el Estado;¹⁰⁶ agregando que “dada la importancia del derecho a la protección a

¹⁰⁴ Cfr. LÁZARO (2011), pp. 263 y 265.

¹⁰⁵ Contendida en la Resolución de Naciones Unidas aprobada por la Asamblea General N°64/142-2009 (énfasis añadido).

¹⁰⁶ El Art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica establece: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

la familia, el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. Así, el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”¹⁰⁷.

En el ámbito europeo, el artículo 8 del Convenio Sobre Derechos Fundamentales reconoce el derecho a la vida familiar. Una vez que se haya establecido si existe o no la vida familiar¹⁰⁸ pueden haber, además, obligaciones positivas inherentes al “respeto” efectivo por la vida familiar¹⁰⁹. Estas obligaciones pueden incluir adoptar medidas diseñadas para asegurar el respeto por la vida familiar en las relaciones entre particulares, incluyendo tanto la disposición de un marco regulatorio de adjudicación y aplicación para proteger los derechos individuales¹¹⁰. La mayoría de los casos concernientes a estos derechos han tratado sobre la supuesta interferencia con el derecho de un padre y un niño de disfrutar de la mutua compañía¹¹¹.

Al decidir sobre supuestas violaciones del derecho a la vida familiar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que el Estado nacional debe ser cuidadoso al evaluar el impacto que la medida de alejamiento puede causar en el NNA y en sus padres; que esta medida debe ser considerada como temporal, por lo cual se le debe poner término tan pronto como las circunstancias lo permitan; y que cualquier medida alternativa de cuidado temporal debe encaminarse a que el NNA vuelva a estar bajo la crianza de sus padres.¹¹² En particular, el Tribunal Europeo ha reiterado que el juez debe conceder particular importancia al interés superior del niño, el que, dependiendo de la naturaleza y gravedad de la situación, puede superponerse al interés del progenitor.¹¹³ Asimismo, ha afirmado que la toma a su cargo de un niño por la autoridad pública no pone fin a sus relaciones familiares naturales, debiendo propenderse a la reintegración en su familia.¹¹⁴

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”)

¹⁰⁷ Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro versus Guatemala* (2012) Párrafo 145. Esta Corte ha señalado también que el mencionado Art. 17 reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general; agregando que el derecho de protección a la familia “es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas”. Cfr., Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) versus Costa Rica* (2012), Párrafo 145.

¹⁰⁸ La existencia o inexistencia de “vida familiar” para los propósitos del artículo 8, es, por lo tanto, esencialmente un asunto de los hechos que dependen de la existencia real, en la práctica, de vínculos personales cercanos. ECHR. *K. and T. v. Finland* (2001), par. 150.

¹⁰⁹ Véase: ECHR. *X and Y v. the Netherlands*. (26 de marzo de 1985) op. cit. (n. 253), par. 235.

¹¹⁰ ECHR. GLASER, *The United Kingdom* (2000), par 63.

¹¹¹ ECHR. *Johansen v. Norway* (1996), par 52.

¹¹² ECHR, *P., C. and S. versus United Kingdom* (2002), Párrafos 116 y 117.

¹¹³ ECHR, *Johansen versus Noruega* (1996), par 78.

¹¹⁴ ECHR, *Couillard Maugery versus Francia* (2002), Párrafo 270.

b. ¿Protección o Servicios? Dos modelos para la protección del derecho a la vida familiar.

Algunos modelos de intervención comparados, en casos de abuso y negligencia respecto de NNA, se centran en la “protección” del niño, o bien en “servicios” orientados a la familia. El primero de estos sistemas predomina en países como Estados Unidos, Canadá y Reino Unido, y tienden a concentrar los esfuerzos en respuestas ante situaciones de “crisis”¹¹⁵. La experiencia vivida en el pasado en países como Suecia, demuestra que este sistema de “protección” redundaba en un alto número de NNA alejados de sus familias. En cambio, el segundo modelo, dominante en Dinamarca, Finlandia, Alemania, Bélgica, Holanda y Suecia en la actualidad, intenta canalizar los recursos en la provisión de condiciones para la familia, de manera de reducir el surgimiento de las “crisis” que la vulneración de derechos de NNA produce. De esta forma, resulta claro que una intervención temprana en el conflicto y la prevención de situaciones de riesgo requieren la utilización de mecanismos centrados en las familias y en la anticipación de potenciales problemas¹¹⁶.

En materia de participación familiar y del NNA, la gran parte de los ordenamientos jurídicos modernos desarrollan estos principios. En general, la aplicación de las medidas de protección de derechos del NNA prevé una intervención primaria en su contexto familiar, sea para evaluarlo como para determinar medidas dirigidas a los adultos responsables de su cuidado. En este sentido, cabe mencionar la existencia de mecanismos que tienden a reforzar las habilidades parentales, como, asimismo, aquellos destinados a informar y orientar a los miembros significativos del entorno del NNA. En particular, se observa que el Legislador promueve que las medidas de protección sean acordadas con la familia del NNA, estimulando la conciliación entre sus miembros.

Así, por ejemplo, en Argentina, una vez que el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos toma conocimiento de la denuncia de vulneración o amenaza de derechos de un NNA, debe citar tanto al NNA como a sus familiares o responsables a una audiencia con el equipo técnico de dicho servicio. En ella se debe poner en conocimiento de los citados, la denuncia recepcionada, la forma de funcionamiento del Sistema de Protección y Promoción de Derechos, los programas existentes para solucionar el problema y sus formas de ejecución, las consecuencias esperadas, los derechos de que goza el niño, el plan de seguimiento y el carácter consensuado de la decisión que se adopte¹¹⁷. Argentina,¹¹⁸ Brasil,¹¹⁹ Colombia,¹²⁰ España,¹²¹ Francia,¹²² México,¹²³ y Perú¹²⁴ desarrollan

¹¹⁵ Cfr. BROADHURST AND HARWIN (2014), p. 250. Las autoras afirman que el modelo inglés está desplazándose hacia el segundo de estos sistemas.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Ley 26.061 (2005), Arts. 35 y 41 letra a); Ley 13.298 (2005), arts. 7 inciso 2° y 34.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Ley 8069 (1990), art 94.

¹²⁰ Ley 1098 (2006), Art. 26 inciso 2°, 53 párrafo 1°, 56, 79 y siguientes, Arts. 105 y 107 párrafo 2°.

¹²¹ Ley 1/1996 (1996), Art. 22.

ampliamente la participación familiar estableciendo los mecanismos que tienden a la superación de circunstancias familiares, estableciendo sistemas de apoyo y educación en la crianza, y en algunos casos económicos, siempre teniendo en consideración el derecho del NNA a ser oído y a participar de todas las decisiones que le afecten.

c. Responsabilidad Parental e Intervención del Estado: Hacia un sistema integral de apoyos.

Como ya se ha indicado, la responsabilidad parental constituye una institución esencial para la promoción y respeto de los derechos de la niñez. Por ello, y en principio, el Estado debería no interferir en el ejercicio de tales derechos y el cumplimiento de tales deberes, salvo si se trata de garantizar el interés superior del NNA y la observancia de otros principios relacionados con los derechos de los NNA.¹²⁵ A su vez, es deber del Estado es respetar el derecho de los NNA a recibir dirección y guía apropiada en consonancia con la evolución de sus facultades. ¿Cómo resolver entonces la tensión entre estos dos valores?

En este punto deben resaltarse dos cuestiones. La primera es que el desenvolvimiento de los derechos y deberes parentales presupone la existencia de ciertas capacidades en sus titulares; éstos son responsables del modo en que ejercen sus funciones y pueden llegar a asumir ciertas consecuencias de sus actuaciones u omisiones. La segunda es que el Estado, en cumplimiento de este deber de proteger este derecho de los NNA a recibir tal guía y dirección, debe adoptar medidas preventivas y adecuadas a favor del NNA cuando dicho derecho esté en riesgo.¹²⁶

En situaciones de abuso y negligencia, la CDN autoriza al Estado a intervenir para proteger el disfrute de los derechos del NNA y su bienestar (Arts. 19, 34 y 36, entre otros). La falta de cuidado habilitaría así una intervención “subsidiaria”, cuyo grado de intensidad y forma específica se determinará en función del grado de desatención o desprotección a los derechos del NNA en el caso específico (subsidiariedad progresiva).¹²⁷ Con todo, una intromisión ilegítima aduciendo algunas de estas situaciones de negligencia o ausencia del debido cuidado podría redundar en una violación del derecho a la vida familiar. En este sentido, el artículo 18 de la CDN establece en su párrafo segundo, que:

"2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los

¹²² Ordenanza número 2000-1249, Arts. L221-1 letra a).

¹²³ Ley Federal (2000), Art. 24 y Capítulo Décimo Tercero.

¹²⁴ Ley 26.102 (1992), Arts. 9 y 146.

¹²⁵ KAMCHEDZERA (2012), pp. 26-27.

¹²⁶ Cfr., LATHROP (2017)

¹²⁷ El TEDH ha reiterado esta interpretación del derecho a la vida familiar, valorando equilibradamente los intereses envueltos. Así, ha señalado que el juez debe conceder particular importancia al interés superior del NNA, el que, dependiendo de la naturaleza y gravedad de la situación, puede superponerse al interés del progenitor (caso *Johansen versus Noruega* (1996), Párrafo 78). El concepto de “subsidiariedad progresiva” está tomado de DE PALMA (2004) pp. 104-105.

representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.”¹²⁸

De este modo, la CDN obliga a los Estados a proveer asistencia parental y a otorgar ayuda a los padres y/o madres que requieran apoyo para el cumplimiento de sus deberes. Esto se debe a que el Estado está obligado a garantizar el disfrute del derecho del NNA a la dirección y guía apropiada por parte de sus padres y/o madres. En este mismo sentido, el Estado debe facilitar dicho disfrute asegurando la existencia de un ambiente propicio para el desarrollo de la guía y dirección adecuadas.¹²⁹

En suma, el Estado debe asegurar que todos los padres y/o madres y las personas que ejercen funciones de cuidado de NNA son idóneas para ello. Es más, el Estado debe poder detectar cuáles son las causas que impiden el adecuado ejercicio de tales funciones,¹³⁰ así como desarrollar programas e intervenciones integrales y orientadas a evitar la institucionalización de NNA por razones asociadas a la pobreza o la exclusión social.¹³¹ Entre otras medidas integrales, es posible destacar dos en especial: a) Las ayudas materiales como subvenciones, que contribuyan a un mejor cumplimiento de las responsabilidades parentales y a la protección y bienestar de los NNA y; b) Los programas de “parentalidad o crianza positiva”: intervenciones que se centran en desarrollar una relación fuerte y profundamente comprometida entre padres e hijos basada en la comunicación y el respeto mutuo. La parentalidad o crianza positiva se enfoca en enseñar a los niños no solo qué sino también por qué, robusteciendo así sus competencias de auto-agencia individual.¹³²

¹²⁸ El párrafo tercero añade que "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas."

¹²⁹ En un sentido similar, Art 27 de la CDN.

¹³⁰ El Comité de Derechos del Niño ha señalado que entre estas causas se encontrarían los matrimonios y las paternidades/maternidades tempranas; la maternidad/paternidad en soltería; la separación del NNA de sus padres y/o madres; el abuso producido en el propio ambiente familiar; el creciente abandono de NNA en hogares, la negligencia, el abandono y la falta de cuidado del NNA. Cfr., ONU: Comité de Derechos del Niño (Observación general n°3, 2003 ; Observación general n°4, 2003 ; Observación general n°7, 2005; Observación general n°8, 2006).

¹³¹ Como ha señalado la CIDH: “se debería evitar judicializar los problemas sociales subyacentes a la situación de vulneración de derechos cuando estos problemas puedan ser abordados de modo más eficiente y adecuado a partir de políticas sociales de protección y apoyo a la familia, en particular cuando el telón de fondo de muchas de las medidas de protección es la pobreza, la exclusión social, y sus consecuencias en las familias.” INFORME CIDH (2014), párrs. 231 y 232.

¹³² Cfr., <https://positiveparenting.com> Se ha señalado que en la asunción, despliegue y fortalecimiento de las habilidades parentales y en el otorgamiento de estas medidas que el Estado debe adoptar para favorecerlas, adquieren una relevancia primordial la participación del propio NNA y las organizaciones de la sociedad civil. Cfr., Cfr. KAMCHEDZERA (2012) pp.29-30.