

Autonomía progresiva como estándar normativo e interés superior como carga argumental.

Los principios jurídicos del Derecho de Infancia y la resolución del caso.

Dr. Fabián Piñeyro

En el plano estrictamente dispositivo, la principal innovación jurídica que aparejó la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, es el reconocimiento del derecho a la autonomía personal de los niños y adolescentes. Expresión de una nueva simbolización en torno a lo humano, a la infancia y a los procesos de producción de subjetividad. Ese es el pilar axiológico que organiza y vertebró todo el cuadro jurídico dispositivo que desarrolla la Convención.

El conjunto de soluciones y formulaciones que la Convención consigna, en materias tan disímiles como la relación entre padres e hijos, o la política criminal respecto de las personas menores de edad, tiene como ratio, como fundamento, el principio de la autonomía progresiva. Mandamiento jurídico que posee una indubitable primacía, que lo ubica en la cúspide de la pirámide normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, y consecuentemente del derecho de infancia, cuya norma fundante es la propia Convención.

Todo ejercicio de corte exegético orientado a determinar los alcances de cualquiera de las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, debe practicarse teniendo presente esa primacía, de lo contrario se corre el riesgo de arribar a conclusiones interpretativas que traicionen los objetivos, los horizontes, las lógicas y las orientaciones cuya realización en el orden práctico la Convención persigue. Esto vale para todas las disposiciones, incluso para la labor de tipo hermenéutica encaminada a desentrañar la naturaleza y los alcances de los otros principios que la Convención consigna, y que están subordinados a aquel que define el horizonte principal que explica al instrumento todo y que lo organiza.

Partiendo de estas premisas, habrá de emprenderse la tarea de significar de manera concreta el principio del interés superior del niño, mediante un ejercicio exegético encaminado a obtener un producido heurístico consistente con el telos de la Convención. Para ello ha de pesquisar la trama lingüística mediante la que se consigna la obligación de considerar el interés superior del niño en todas las decisiones que se tomen por parte de las autoridades estatales o privadas.

El artículo 3° dispone en su numeral primero que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

De la simple lectura de la disposición transcrita se desprende que, en esencia, lo que normalmente denominamos principio del interés superior, es en puridad una carga de

demostración argumental que pesa sobre toda autoridad administrativa y judicial, la que está obligada a acreditar que la decisión que toma se corresponde con el interés superior del menor.

Pero, cuándo la autoridad administrativa y judicial puede decidir respecto del destino de una persona menor de edad; qué es el interés superior; cuándo corresponde a atribuir una carga argumental adicional y por qué, son todos asuntos que requieren de un análisis profundo, que necesariamente debe formularse a partir de las siguientes premisas.

1. El denominado principio del interés superior es una carga argumental establecida para cuando va a decidirse una cuestión que impacta en la vida de una persona menor de edad. Esta carga argumental no se impone cuando se va a decidir alguna cuestión que hace a los intereses, a los derechos de una persona mayor de edad. Ello en sí mismo implica que la respuesta a las preguntas consignadas anteriormente ha de hallarse en los elementos diferenciadores que existen entre los modos de ser adultos y los modos de infancia y adolescencia.
2. Que, el principio del interés superior se encuentra bajo la primacía de la autonomía progresiva, por ello cualquier ejercicio encaminado a desentrañar qué es el interés superior, debe organizarse teniendo presente que este mandamiento sirve a aquel otro principal y fundante. Por lo que no puede válidamente invocarse éste para desconocer el principal.
3. Las personas menores de edad, por su condición de sujeto están investidas de las facultades jurídicas necesarias para auto-determinarse, para practicar por sí mismo su gobierno personal. Únicamente cuando por las particularidades de los modos de niño y adolescente el individuo no se encuentra, por el cruce entre su edad y la complejidad del asunto, en condiciones de formarse un juicio propio será legítimo que las autoridades públicas se sustituyan en la voluntad del niño.

Estas premisas son las que deben organizar la labor analítica encaminada a determinar las respuestas correctas a las interrogantes planteadas.

La respuesta a la pregunta de cuándo la autoridad administrativa o judicial puede sustituirse en la voluntad de la persona menor de edad, define los contornos del ámbito objetivo de aplicación del denominado principio del interés superior. Y ese límite es la consecuencia de la operativización, en este campo, del principio de la autonomía progresiva, por cuyo imperio cuando una persona menor de edad se encuentra en condiciones de formarse un juicio propio, de tomar una decisión y fundarla, respecto de algún asunto que le interesa primordial y exclusivamente a ella, habrá que estar a su voluntad. Porque las personas menores de edad son sujetos, y esto significa que están investidos de la facultad de ejercer su propio gobierno personal, de auto-determinarse, de auto producirse, de ser sujetos.

Cuando una persona menor de 18 años evidencia poseer las habilidades y destrezas necesarias para tomar una decisión respecto a un asunto que le incumbe únicamente a

ella, verbi gracia con qué progenitor vivir, si quiere concurrir a un establecimiento confesional o laico, o sostener una relación afectiva sexual con determinado individuo, habrá que estar a lo que esta persona decida. Cualquier intervención institucional, mediante la que se pretenda impedir la ejecución de esas decisiones, importa un accionar ilegítimo, un desconocimiento del principio de la autonomía progresiva y un avasallamiento del derecho a la libertad.

El principio de la autonomía progresiva es la peculiar manifestación del derecho a la libertad en el ámbito de las personas menores de edad. Autonomía que significa estar al juicio propio y una progresividad que está dada por la peculiaridad de los modos en que se manifiesta lo humano en la infancia y en la adolescencia. Es por tanto una autonomía creciente, que se ha de ir ampliando paralelamente a que el sujeto vaya creciendo, se vaya desarrollando y adquiriendo las destrezas y habilidades cognitivas y emocionales necesarias para practicar un ejercicio efectivo de su derecho a auto determinarse. En función del tránsito etario ese ámbito de autonomía ha de ir expandiéndose, y de forma concomitante, se irán restringiendo las hipótesis en que los padres o las autoridades públicas pueden legítimamente sustituir la voluntad de las personas menores de edad por la propia.

Cuando en función de la edad y de la complejidad del asunto, un individuo menor de 18 años no se encuentra en condiciones de conformar una voluntad propia, entra en liza la cláusula consignada en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, imponiéndole al magistrado, que debe sustituirse en la voluntad de la persona menor de edad, una carga argumental adicional; esa sustitución, que no debe operar jamás respecto de una persona adulta que se encuentra en pleno goce de sus facultades de discernimiento, pero que forzosamente ha de tener lugar en el caso de las personas menores de edad, cuando éstas no han alcanzado todavía un grado tal de desarrollo de sus estructuras cognitivas que les permita comprender una situación y tomar una decisión.

Como se señalara *ut supra*, el ámbito objetivo de aplicación de ese principio se define por lindes que dibuja la operatividad del principio de la autonomía progresiva, únicamente cuando proceda legítimamente una sustitución de la voluntad del niño por el decidor institucional cobra sentido, adquiere efectiva vincularidad, se pone en activo el principio del interés superior. Precisado esto, habrá que avanzar en la construcción de sentido respecto de qué es decidir de acuerdo al interés superior, interrogante que solo se puede responder luego de definir qué es el interés superior, cuál es su sustancia jurídica, su ontología axiológica.

Esta labor de corte puramente hermenéutico, debe ejecutarse partiendo de la premisa de que el horizonte jurídico y moral que persigue e inspira la Convención sobre los Derechos del Niño, es el de garantizar a todas las personas las condiciones para su pleno desarrollo como sujetos autónomos. Ese es el objetivo que persigue la Convención. Esa es la *ratio* que la fundamenta y la estructura, y que por tanto, ha de organizar toda labor encaminada a desentrañar el contenido concreto de cada una de las disposiciones que la conforman.

El derecho, en el sentido objetivo de norma jurídica, tiene un carácter, una naturaleza eminentemente instrumental, definir por tanto su telos es una premisa fáctica de cualquier operación exegética. Todo ejercicio de hermenéutica jurídica debe comenzar por la determinación del objetivo concreto que la comunidad pretende alcanzar mediante aquel dispositivo normativo cuyo sentido y alcances se quiere desentrañar. Porque de lo contrario, se corre el riesgo de traicionar esa voluntad consignada en palabras, petrificada y fosilizada en convenciones, constituciones, leyes, decretos.

Pero, ¿cómo determinar ese telos? El único instrumento heurístico válido es el de la hermenéutica, la definición de ese horizonte solo puede surgir mediante una praxis interpretativa que debe abarcar no solo al “derecho escrito” sino también a la escenografía cultural y política en la que aquel se produjo. Sin un adecuado entendimiento de los programas, las ilusiones, y las aspiraciones, no será posible alcanzar una comprensión cabal de los sentidos que organizan y pautan la normativa social.

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño se inscribe dentro de un cuadro de mutaciones simbólicas y axiológicas, cuyo telos es propiciar el tránsito hacia una sociedad abierta, de identidades autodefinidas, ello requiere de una reconfiguración profunda de los modos y las formas en que se ha construido sentido en torno al vínculo entre los padres e hijos, una relación que ha estado ancestralmente vertebrada en el concepto de la herencia, edificada en la idea de que los hijos han de ser la continuación en la tierra de la personalidad de sus padres. Una transformación que demanda la aprobación de una nueva maya regulatoria que limite el poder, que de facto detentan los padres, a fin de generar las condiciones para que los niños y adolescentes puedan producirse a sí mismos; esa es la ratio, la razón de ser, de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento que persigue el objetivo de hacer posible que las personas menores de edad puedan constituirse en artífices de sí mismas; es el objetivo y la ratio, es lo que define el horizonte y lo que justifica la existencia misma de la Convención, en tanto instrumento jurídico.

La facultad de ejercer el gobierno personal es un bien moral supremo que merece la máxima tutela por parte del derecho, porque luego de la vida, es el valor jurídico más importante, en tanto remite a la esencia misma de lo humano. De allí que la Convención preceptúe que ha de garantizarse a todas las personas menores de edad, las posibilidades concretas de constituirse en hacedoras de sí misma; manifestación primaria y suprema de la libertad e interés superior que ha de ser, luego de la vida, el más tutelado por el derecho.

El autodomínio, la autoproducción de sí es el rasgo que define el ontos del hombre, su propio ser le es negado cuando se le impide auto-determinarse. Por esa razón, toda atribución de poder realizada con el objeto de adjudicarle a alguien la posibilidad de disponer, respecto de algún asunto inherente a la esfera personal de otro individuo, ha de estar fundada en la incapacidad de éste para tomar una decisión respecto de ese asunto. Solo así adquiere legitimidad una praxis que implica, que importa, una negación

de humanidad, en tanto el rasgo definitorio de la dignidad del ontos humano es el gobierno personal y la producción de sí.

Pero esa incapacidad cuando resulte eminentemente transitoria no habilita al subrogante a condicionar de manera irreversible el destino personal de ese individuo; cuando resulte presumible que ese sujeto va a salir de ese estado de incapacidad, el decidor subrogante ha de optar por un camino, por una vía, por una opción, transida en el menor grado posible por la definitud, a fin de garantizar que ese individuo, todavía incapaz de tomar esa decisión por sí mismo, pueda reverla en el futuro. Esto significa que ha de preferirse siempre aquella opción que obture en menor grado las posibilidades de que esa persona en el futuro pueda ejecutar su propia decisión; porque de lo contrario se estaría operando una reificación de ese sujeto, en tanto un aspecto de sí mismo, una parte de sí, estaría dada por una decisión tomada por otra persona, operándose así una negación parcial de su propia humanidad.

A esto último es a lo que remite el principio del interés superior, ese es su telos, un horizonte que persigue mediante el establecimiento de una carga argumental adicional que pesa sobre los magistrados cuando van a decidir respecto de algún asunto referido a la esfera personal de un individuo menor de edad. En esos casos, el decidor tiene el deber de acreditar que la decisión que está tomando es la que menos obstruye las posibilidades de que en un futuro ese individuo menor de edad pueda ejecutar su propia decisión respecto del tópico de autos, garantizándole de esta manera una adecuada protección a ese interés superior que es la libertad.

El fundamento de la carga, deriva de la necesidad de establecer un mecanismo de sobre-determinación de la decisión judicial, que impida que se opere una negación de humanidad mediante la imposición de decisiones que signen de manera irreversible el periplo vital de un individuo; y se explica en la particularidad inherente a los modos de infancia y adolescencia generadores de escenarios de incapacidad, que el mero paso del tiempo revierte.

En la práctica esto ha de traducirse en la tonalidad de las decisiones, pero también, en el establecimiento de mecanismos que operen como salvoconductos que garanticen, que en un futuro, ese niño o adolescente, pueda ejecutar su propia decisión.

Al operador le corresponde, en el cuadro impredecible de la casuística, conferirle operatividad concreta a ese mandamiento. El mecanismo definido para su operativización, le impone al abogado del niño, el deber de apreciar mediante el análisis de los fundamentos del fallo judicial, si el magistrado ha efectivamente acreditado que esa decisión es la que más se corresponde con el interés superior, en tanto es la que menos obstruye las posibilidades de que en un futuro ese niño o adolescente pueda realizar en el orden fáctico su propia decisión. De lo contrario, se menguan las posibilidades de aplicación práctica de dicho principio, lo que amplifica el riesgo de que se opere un avasallamiento de la condición de sujeto de derecho derivado de un hacer que produzca reificación y negación de humanidad.

Por ello resulta, lógica y jurídicamente, improcedente invocar el interés superior del niño, con el objeto de justificar un avasallamiento del derecho a la autonomía personal; práctica que se deriva de formulaciones de neto cariz tutelar, que propugnan le sea atribuida a los magistrados la facultad de sustituirse en la voluntad del niño, toda vez que éste tome, según el criterio del juez, una mala decisión. Planteamientos que antagonizan con los mandamientos convencionales y que resultan abiertamente contrapuestos a la axiología que le da forma al orden democrático liberal