

EL ESTATUTO DEL NIÑO EN LA FAMILIA

Susana Falca y Fabián Piñeyro

El instituto de la patria potestad. Breve reseña de su genealogía. Del Derecho Romano hasta la Convención sobre los Derechos del Niño.

El instituto de la patria potestad no es otra cosa que el marco regulatorio de las relaciones entre padres e hijos, de carácter personal y patrimonial. Ordena los deberes que asumen tanto el padre como la madre para la protección de los derechos de los hijos y de sus bienes.

Este conjunto de obligaciones y derechos está orientado a la protección de los hijos menores de edad y pensado en función del rol que la familia cumple en la sociedad, en tanto ámbito natural y prioritario de socialización y desarrollo de los niños.

La forma en que este instituto ha sido regulado ha variado a través de la historia. Los cambios en la estructura política, social y económica han impactado en las relaciones humanas, en la organización de la familia y en cómo se relacionan sus distintos miembros entre sí.

La patria potestad no siempre incluyó únicamente a los hijos; bajo el mismo estatuto fueron colocados en algún momento las mujeres y también los esclavos. Los cambios que se introducen a lo largo del tiempo en el instituto son consecuencia de la evolución de los procesos económicos y políticos, que han ido colocando a hombres, mujeres y niños en distintas posiciones respecto del ordenamiento jurídico.

En este capítulo no se pretende hacer un análisis exhaustivo de la evolución histórica de la patria potestad porque excede el objetivo de la publicación, pero sí es interesante observar cómo un instituto que nació como instrumento indicativo del dominio, de la propiedad de un patrimonio por parte de un hombre, el *paterfamilias*, se transforma en el correr del tiempo en un estatuto que regula las relaciones entre los padres, madres e hijos,

en igualdad de condiciones, en tanto ambos, adultos y niños, reúnen la condición jurídica de sujetos de derechos.

Breve reseña de su genealogía

Para el Derecho Romano el *paterfamilias* es el titular del patrimonio familiar, entendiéndose por *familia* a todos los que habitan en una misma casa, y que están sujetos a la autoridad de una persona, lo que le da unidad a ese conjunto de personas que viven en una misma casa y es a la que el derecho romano reconoce.

El *paterfamilias* es el único sujeto titular de derechos; las mujeres gozan del título de *mater* pero no ejercen la *potesta*, al contrario están bajo la patria potestad de sus padres si son solteras y pasan a la de su esposo cuando se casan.

El estatuto le concede al *pater* un poder cuasi absoluto sobre la vida de sus hijos, comprendiendo aquellos aspectos tan personales como las relaciones afectivas, su carrera profesional militar o de negocios. La *patria potesta* sobre los hijos es temporalmente ilimitada, de carácter vitalicio, la permanencia bajo la *potesta* del padre se interrumpía con la muerte o con la emancipación¹.

Resulta esencial tener presente que el estatuto de la *patria potesta* en el Derecho Romano otorga al *paterfamilia*, ciudadano romano, casado, el poder sobre los hijos habidos dentro del matrimonio o sobre el *adoptado*. La adopción se produce cuando una persona extraña pasa a formar parte de otra familia ocupando la posición de hijo u otro grado descendiente².

La familia romana es la unidad jurídica de bienes y de personas; el *pater* es el único propietario de los bienes de la familia, sin embargo los hijos pueden actuar en representación del padre en los negocios de la familia, esta actuación de los hijos en la administración de los bienes de la familia es reconocida por el Derecho Romano a través

¹ La emancipación consistía en la venta del hijo hasta por tres veces, a la tercera adquiría el carácter de emancipado. Para que ello ocurriera los romanos crearon una ficción por la que el *pater* vendía al hijo a un conocido de su confianza quién a su vez se lo volvía a vender al *pater*, sucesivamente hasta que por la tercera venta el hijo se emancipaba. <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Adame.pdf>

² Existen en el Derecho Romano varias formas de adopción, pero por exceder el objetivo de este trabajo no se entrará al detalle de las mismas. Lo que interesa a los efectos de este capítulo es la idea de que la patria potestad se ejercía también sobre las personas adoptadas por el *pater* de una familia. <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Adame.pdf>

del instituto del *peculio*, acciones que son fuentes de obligaciones para el *pater* frente a terceros.

Con la aparición del cristianismo comienza un proceso de flexibilización de las facultades cuasi absolutas del instituto de la *patria potesta*, que pasa fundamentalmente por limar aquellos aspectos referidos al poder de disposición del padre sobre la persona de sus hijos, reduciéndolo a un derecho de corrección. En cuanto a los bienes, no se produce variación alguna en tanto la propiedad de los bienes de la familia continúa bajo la égida del *paterfamilia*.

Esta forma de regular las relaciones entre padre e hijos en el Derecho Romano responde a una concepción política, filosófica y religiosa y a una forma de organización de la producción y de la distribución de los bienes que está concentrada en manos de los *hijos de Roma*, es decir de sus ciudadanos, aquellos varones nacidos de hombres y mujeres romanos, propietarios de bienes y de personas, a los únicos que el derecho les reconoce capacidad de participación en la vida política del imperio. La patria potestad garantizaba la transmisión de la propiedad de los bienes de la familia. Una vez muerto el *pater* los hijos varones mayores, púberes, ocupan el lugar del padre.

El instituto de la patria potestad en el Derecho Romano se articula con un marco de conceptualizaciones que definen un modo de *ser*, una forma de entender la socialidad muy distinta a la de los tiempos actuales.

La noción de individuo cuyo amanecer está intrínsecamente vinculada a la génesis de la modernidad, no existe como tal en la cultura clásica, griega o romana; y el derecho mismo no es concebido como una construcción racional producto del acuerdo intersubjetivo sino que es visualizado como un artefacto derivado de la capacidad del hombre para comprender el orden natural de las cosas y ceñirse a ello.

El carácter estamentario de la sociedad romana que divide a los ciudadanos en plebeyos y patricios, que integran además distintas tribus conformadas por *familias*, explica las complejas particularidades del instituto de la patria potestad en el Derecho Romano, lo que torna complejo y en algún sentido anacrónico cualquier análisis comparativo porque muchos de sus soluciones no tienen *traducción* en los marcos culturales vigentes en la actualidad.

La crisis del Imperio romano, históricamente acompasado con profundas transformaciones en el plano cultural, material y demográfico, signó el tránsito de una sociedad estructurada en el instituto de la esclavitud a otra vertebrada por las relaciones de servidumbre y vasallaje. Este proceso se desarrolla en la vorágine de varios siglos en los que las instituciones romanas se fueron haciendo cada vez más fluidas hasta disolverse en un nuevo entramado simbólico y político.

En la Edad Media las nociones de juridicidad y derecho fueron profundamente resignificadas, no obstante la pervivencia de algunos aspectos del Derecho Romano, que en las áreas cristianas de la Europa mediterránea se manifestó con mayor intensidad.

El orden feudal pulverizó la noción misma de lo público, el concepto romano de la *res pública* se evaneció. La reconocible frontera que separa las nociones de imperio y de dominio, de poder político y propiedad, se fueron haciendo cada vez más porosas hasta desaparecer ya bien entrada la Alta Edad Media, podría decirse que las relaciones políticas se convierten en relaciones patrimoniales, pero en verdad ello no es del todo correcto. En concreto lo que sucedió fue que las relaciones patrimoniales y las políticas se confundieron; el estado, el reino, el feudo, devino en patrimonio personal y heredable del soberano; que era rey, duque o conde y a su vez propietario del reino o del condado. En un sentido distinto tenía en el Derecho Romano y tiene en las sociedades actuales.

Todo este conjunto de cambios tuvo hondas repercusiones en la organización de la familia. El rol de la mujer se modifica, la relación de los padres con los hijos se transforma. En una sociedad fuertemente estatificada y de carácter estamentario estos cambios son vividos de forma muy diferente en el ámbito campesino, en el de la nobleza o en el de las ciudades. Pocos elementos en común se pueden encontrar entre la forma en la que el hijo de un campesino se relaciona con sus padres con el rol del *primer infante* de una familia noble o con el de un joven de una familia de la ciudad.

La noción de individuo es ajena a la cultura de esta época, el orden jurídico se concibe como el producto de la ordenación divina. La obediencia de los hijos a sus padres es reflejo de la obediencia a dios. Aunque se reconocen al menos discursivamente, límites y horizontes teleológicos que condicionan el ejercicio del poder paterno, este es omnipotente aunque está axiológicamente orientado. Este tiempo es la era de los poderes limitados, de las facultades condicionadas, no obstante los padres disponen en verdad de inmensas facultades. Pero todo ello en un marco cultural, jurídico y político muy peculiar;

esta es una sociedad en la que no existe una separación entre lo público y lo privado. El matrimonio de un noble es un hecho eminentemente “*político*” pero el gobierno es una derivación de una cierta posición patrimonial.

El tránsito del orden feudal a la era moderna viene acompañado de transformaciones económicas y culturales en extremo profundas. En la génesis de la modernidad está la aparición del individuo, la resignificación de las relaciones de las personas particularmente consideradas con la comunidad. La mercantilización del trabajo, la separación entre el *imperius* y el *dominius*, el predominio en el plano económico de las relaciones de tipo contractual que como recién se expresara vienen a sustituir a las de fuerzas en el campo de la producción. El trabajo pasa a ser un bien de cambio, el gobierno una cosa muy distinta de la propiedad y el espacio de lo público y el ámbito de lo privado se transforman en dos territorios claramente diferenciados.

El derecho es resignificado como un límite que protege al individuo y su esfera de autonomía personal. Se producen cambios en las distintas esferas de la normatividad que permiten distinguir moralidad de *ethos*, lo que implica el reconocimiento del derecho de los individuos a cultivar su propia concepción del bien, a vivir de acuerdo a su peculiar forma de estar en el mundo. La moral se define como un área de consenso y su contenido está constituido por una colección de valores básicos que en última instancia vienen a garantizar el derecho de todas las personas a vivir de acuerdo a su *ethos* particular.³ El orden jurídico condensa ese pacto moral, le confiere estabilidad y lo torna obligatorio.

El mundo de la producción, de la circulación y distribución de bienes y servicios es junto con las relaciones personales y patrimoniales derivadas de los vínculos de parentesco remitidas al ámbito de lo privado.

El Estado se abstiene de intervenir en este campo, define un conjunto de reglas abstractas que se aplican con generalidad y con total prescindencia de las circunstancias de vida concretas de los individuos. El mercado y la herencia son las instituciones básicas a través de las que se distribuyen los bienes, se definen periplos vitales y se condicionan las biografías.

³ DE ZAN, Julio, *La ética, los derechos y la justicia*. Argenjus, Fores y Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, 2004.

Algunas clásicas nociones jurídicas que Occidente heredó de la cultura clásica romana como los conceptos latinos de propiedad, *dominiun*, son revitalizados por las prestaciones que ofrecen en el nuevo escenario societal, consolidándose el proceso de *redescubrimiento* del Derecho Romano que comenzara en el Renacimiento con el impulso que cobrara en aquel tiempo el comercio y la vida urbana.

Pero el proyecto emancipatorio de la Modernidad lleva incito una clara vocación universalista que impulsará el avance hacia el igualitarismo normativo. La configuración de un único estatuto jurídico para todas las personas. Con marchas y contramarchas, todo el siglo XIX estará signado por progresos en ese sentido, particularmente en los países europeos y en los estados de la periferia liberados del dominio colonial directo. Este proceso tiene sus momentos culminantes ya entrado el siglo XX con la universalización del sufragio masculino primero y femenino después.

Las nociones y categorías del Derecho Romano son incorporadas pero luego de haber sido profundamente resignificadas en tanto las mismas devienen de un orden jurídico que reflejaba una sociedad organizada en estamentos.

El derecho civil devenido de las revoluciones liberales persigue una clara orientación: proteger al individuo de las intervenciones arbitrarias del Estado, reguardar su esfera de autonomía.

Desde estas premisas la patria potestad, en tanto estatuto que regula las relaciones de los padres con sus hijos, va a estar imbuida de la preocupación por asegurar el derecho de los padres a criar a sus hijos de acuerdo a su *ethos* particular. Esto tiene en el campo de las creencias religiosas una zona de particular interés y sensibilidad, pero no se agota en ello.

La afirmación de este derecho deviene de concebirlo como el ejercicio de una libertad básica de los padres, faltando aún mucho tiempo para que se le reconozca al niño derecho para ir formando su propia concepción del mundo.

Esta forma de pensar la patria potestad permanece vigente hasta el mismo epílogo del siglo XX y en términos facticos se puede afirmar que al día de hoy posee fuertes signos de vitalidad.

Este derecho de los padres en forma progresiva deriva en un *poder-deber*. Las facultades y prerrogativas que se les atribuyen a los padres aparecen teleológicamente condicionadas.

Esas facultades y potestades son conferidas para el cumplimiento de una finalidad, esta es el cuidado, la protección y el desarrollo de sus hijos.

A los padres se les atribuye un poder omnímodo en todo lo que tenga que ver con el destino actual y el diseño del destino futuro de sus hijos. Administran sus bienes, eligen el centro educativo y hasta la clase de formación y capacitación que quieren para sus hijos. Las decisiones que los padres toman respecto de estos asuntos poseen el carácter de irrevocable y obligatorio para los hijos. El Estado asume la obligación de auxiliar a los padres para que sus decisiones sean debidamente observadas por los hijos.

Esto tiene implicancias de gran envergadura en la forma en la que la sociedad concibe el proceso de construcción de la subjetividad, a los padres se les atribuye la facultad de moldear la personalidad de sus hijos. Estos adquieren una identidad dada por sus padres, heredada del entorno familiar y comunitario.⁴

Esta forma de entender las relaciones de los padres con los hijos no admite la posibilidad de que devenga alguna clase de conflicto entre padres e hijos como consecuencia de diferendos vinculados a los modos de pensar, a las definiciones identitarias, a la definición del propio destino personal, etcétera.

Esta armazón se sostiene en una representación y simbolización de los niños que fundamenta su incapacidad jurídica. El pensamiento *ilustrado* asocia libertad con educación y saber y en función de la premisa de que los niños todavía no han completado su proceso de adquisición de saberes y destrezas cognitivas no están en condiciones de tomar sus propias decisiones.

Ello va a determinar que uno de los logros fundamentales de la modernidad, el reconocimiento del derecho de los individuos a profesar su particular concepción del mundo, no alcance a los niños frente a sus padres. Habrá que esperar a la Convención sobre los Derechos del Niño para que se les reconozca la titularidad de una autonomía creciente, lo que va a modificar sustancialmente las relaciones entre padres e hijos.

⁴ *Ibidem*.

Hasta tanto no llegue ese momento, la patria potestad se caracteriza por la relación de subordinación de hijos a padres, con una finalidad protectora y rectora.

Los padres tienen la obligación, el deber, de cuidar de sus hijos y el derecho de inculcarles su particular visión de la vida. Los hijos hechos a imagen y semejanza de sus padres. Continuidad y preservación de una identidad adquirida por el origen y que define el sentido del *nosotros* al que adscribe la familia.

Es así como a los padres les corresponde la facultad de elegir desde el centro educativo, el oficio y hasta la religión que profesen sus hijos; su círculo de amistades, espacio de pertenencia social y hasta los aspectos más privados de la vida afectiva de sus hijos.

El progenitor varón primero y ambos padres después, son a todos los efectos los representantes naturales de los intereses de sus hijos y están investidos de amplísimas facultades para disponer sobre los derechos patrimoniales de los que aquellos sean titulares. Con variantes en las distintas legislaciones nacionales, a los padres, salvo algunas excepciones, se les atribuye el manejo de todos los bienes de sus hijos, el usufructo de los mismos, sin ni siquiera imponerles en el caso del derecho positivo uruguayo la obligación de rendir cuenta.

Todo este edificio jurídico descansa sobre el axioma del derecho de los padres de imbuir a sus hijos su peculiar manera de entender y de ver el mundo y tiene como presupuesto una representación en extremo ilusoria respecto de cómo se desarrolla el proceso de adquisición de aptitudes y capacidades.

La única capacidad que el derecho reconoce como factor atributivo del derecho a la autodeterminación es la capacidad plena; previamente apenas se establecen algunas excepciones relativas, como por ejemplo la posibilidad de contraer matrimonio, pero las mismas están en todos los casos condicionadas a la voluntad de los padres.

Esta forma de concebir la relación entre padres e hijos, estructurada en la noción de poder-deber, es el pilar de la construcción social de un modelo de familia, basada en la autoridad de los padres y en la obediencia de los hijos. Define reglas, normas y hasta conductas orientadas a la sustentación de dicho modelo. Resulta incuestionable la decisión paterna o materna sobre aquellos aspectos que definen de alguna manera el presente y el futuro de un hijo, como por ejemplo la educación, la trasmisión de valores y conceptos religiosos que determinan un *ethos* particular.

La decisión paterno-materna no puede ser revisada salvo que el padre o la madre incurran en conductas lesivas para la integridad física o emocional de sus hijos.

El derecho a la libertad de los padres de *transmitir e imponer* su particular concepción del mundo a sus hijos está protegido por el Estado, y es a la vez una garantía de no intervención de este en la vida privada de la familia. El ámbito familiar es en esta concepción un territorio en que, salvo excepciones, la autoridad pública no tiene legitimidad para intervenir.

El Estado asume el deber de preservar la continuidad en el tiempo de las distintas singularidades sociales, lo que viene a rimar con una de las simbolizaciones posibles en torno a la reproducción biológica que responde a muy arraigadas formas de pensar los dilemas esenciales de la existencia. El hijo como un continuador de la personalidad de los padres.⁵ La transmisión de la herencia, la administración de los bienes de los hijos, la filiación, se organiza en función de esa premisa.

En el derecho internacional se recoge esta concepción en algunos instrumentos de protección de los derechos humanos como lo son los Pactos Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.⁶ Ambos instrumentos establecen el deber de los Estados Partes de respetar la libertad de los padres o de los representantes legales en la elección moral o religiosa de la educación de sus hijos o representados.

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷ apareja la positivización de una nueva racionalidad política jurídica en torno a las relaciones de los padres con sus hijos, vertebrada en la noción de autonomía progresiva.

⁵ Miguel de Unamuno, *La agonía del cristianismo*. Biblioteca clásica y contemporánea. Losada Buenos Aires, Argentina. 1969.

⁶ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: Artículo 18. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales: Artículo 13.3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

⁷ La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprueba el texto el 6 de diciembre de 1989. Uruguay la ratificó en el mes de noviembre de 1990.

La consagración normativa de la noción de autonomía progresiva⁸ implica una alteración de todo el edificio jurídico de la patria potestad. A partir de esa noción la relación de los padres con sus hijos se sustenta en el respeto a la singularidad de estos; los deberes de los progenitores ahora están orientados a la promoción de la personalidad de los hijos. Ello significa que los padres tienen la obligación de garantizar a sus hijos un grado creciente de autonomía para que estos libremente vayan elaborando su propia identidad de acuerdo a sus singulares elecciones en torno a la forma de entenderse a sí mismo y de entender al mundo.

Los padres ya no son titulares del derecho de reproducir en sus hijos su particular concepción del bien. Ni están facultados para moldear la subjetividad de sus hijos. Ahora pesa sobre aquellos el deber de orientarlos en este proceso.

Los padres tienen el derecho y el deber de guiar y asistir a sus hijos pero se les está vedado sustituir su voluntad. Conforme los hijos van adquiriendo capacidad para formular una manifestación de voluntad jurídicamente relevante el ámbito decisorio y competencial de los padres se va restringiendo. La adquisición creciente de autonomía por parte de los hijos tiene su correlato en una asunción creciente de responsabilidad por sus propias decisiones.

⁸ Artículo 5. 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 12 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.

Artículo 18 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.