

Desafío(s)

Desafío(s) es una publicación semestral del OSPDH coordinada por **Roberto Bergalli** e **Iñaki Rivera**, en el marco del proyecto editorial *Utopías del control y control de las utopías*, acordado entre el *Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans* de la *Universitat de Barcelona* y la Editorial Anthropos.

Como miembro del **CHALLENGE Project** (*The Changing Landscape of European Liberty and Security*), el OSPDH difunde periódicamente a través de esta publicación, entre otros, los resultados de sus intervenciones en el marco del Challenge.

FASCÍCULO
Desafío(s) 5
JÓVENES Y ADULTOS
El difícil vínculo social

Vigilar y Castigar...: el Poder de corrección de los padres

por **Marisa Herrera*** y **Verónica Spaventa****

“Era Navidad, y un señor suizo había regalado un reloj suizo a su hijo menor.

El niño desarmó el reloj sobre su cama. Y estaba jugando con las agujas, el resorte, el cristal, la corona y demás engranajitos, cuando el padre lo descubrió y le propinó tremenda paliza.

Hasta entonces, Nicole Rouan y su hermano habían sido enemigos. Desde esa Navidad, la primera Navidad que ella recuerda, los dos fueron amigos. Aquél día, Nicole supo que también ella sería castigada, a lo largo de sus

* Abogada. Doctora en Derecho, UBA. Especialista en Derecho de Familia, UBA. Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Dr. Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA.

** Abogada UBA. Doctoranda por la Universidad de Salamanca. Ex docente UBA. Integrante de los Equipos de Investigación coordinados por la Dra. Cecilia P. Grosman.

años, porque en vez de preguntar la hora a los relojes del mundo, iba a preguntarles cómo son por dentro.”

(GALEANO 1997: 294).

En el marco de las sociedades occidentales modernas, tomando la clásica distinción entre mecanismos formales e informales de control social, proveniente de un área aparentemente no conflictiva de la sociología criminal, el control social de niños, niñas y adolescentes, se ejerce prioritariamente a través de los mecanismos propios del control informal. Sólo frente al fracaso de éstos, se disparan los resortes característicos del control formal¹. En cualquier caso, tanto uno como otro están estructurados diferencialmente en razón del *género*² y de la clase.

El estado moderno asegura los vínculos familiares y protege a la familia (en el plano jurídico argentino, *vg.* arts. 3.2, 5, 9, 10, 16, 18 y 27, Convención sobre los Derechos del Niño —en adelante CDN—, art. 14 *bis* de la Constitución Nacional y art. 33, ley 26.061), porque es en ésta en quien se delega la trascendente función de la *primera* socialización del ser humano, esto es, de preparar al individuo para que pueda vivir en sociedad³.

Tal vez esto explique, al menos en parte, el lugar central que desde los inicios de la modernidad ocupa la preocupación por definir el concepto de familia, tarea en la cual el derecho tuvo y aún tiene un rol destacado, pero en la cual a su vez intervinieron las múltiples disciplinas (especialmente, la medicina y el psicoanálisis), que nacen con la sociedad burguesa. De otro modo, no se entiende como es que en este contexto se tornan inteligibles preguntas tales como ¿pueden las parejas de gays o lesbianas criar a sus hijos/as? O las preferencias judiciales por los matrimonios heterosexuales⁴ que compiten con hombres y/o mujeres que a través del instituto de la adopción aspiran a

¹ En nuestro país, y en general en Latinoamérica, especialmente desde la década del '90, es vasta la bibliografía sobre la *informalidad* de los mecanismos formales de control social de los *menores*. Al respecto, entre otra, puede consultarse: AAVV (1990), *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*, Buenos Aires, Depalma; AAVV (1992), *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*, Buenos Aires, Galerna; GUEMUREMAN, S. y DAROQUI, A. (2001), *La niñez ajusticiada*, Buenos Aires, del Puerto.

² No se nos escapan las críticas que el concepto de género despertó desde perspectivas antiesencialistas como la del feminismo deconstructivista o la *Queer Theory*, y es en ese marco en el cual lo usamos.

³ Tomamos aquí los tradicionales conceptos de socialización primaria y secundaria, desarrollados por BERGER, P. y LUCKMANN, T (1968), *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu.

⁴ El principio del fin parece vislumbrarse con la novedosa sentencia, recientemente dictada el 15/11/2006, por el Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de Rosario, Santa Fe, Argentina, donde se decreta la inconstitucionalidad de las normas del Código Civil que habilitan la adopción conjunta sólo a parejas unidas en matrimonio (*conf.* Boletín electrónico, *Diario Judicial*, 5/12/2006).

fundar familias homoparentales; o los estudios de corte positivista que vinculan las dificultades escolares y/o las adicciones de los jóvenes y/o la delincuencia juvenil con *disfunciones* familiares, como los divorcios o la crianza uniparental.

Quizá también esa función ayude a entender el proceso de ocultación del carácter histórico, político, jurídico, ideológico y social de la familia, *célula básica de la sociedad*.

Desplazada hacia el campo de lo *natural*, recluida en el ámbito de la *vida privada*, la familia moderna permaneció *alejada* de la intervención estatal. Como si al trazar los límites y el alcance del denominado poder o derecho de corrección de los padres, o más en general de la autoridad parental, el Estado no fuese partícipe activo de la forma que históricamente adopta el poder que los adultos despliegan sobre los jóvenes en el espacio *íntimo* de la organización familiar. Como si al legitimar ciertas familias en detrimento de otras, o al perpetuar el rol masculino de proveedor del hogar, o al sacralizar la maternidad, o al mirar hacia otro lado frente a la violencia intrafamiliar, no se fijasen las reglas *legítimas* del juego de la *intimidad*. Como si al responsabilizar y castigar⁵ a las familias pobres por las condiciones *indignas* de vida que tienen para ofrecerles a sus hijos, no se estuviese diseñando e instrumentando una política estatal precisamente determinada, cuya nocividad se ve reforzada decididamente en contextos neoliberales como los especialmente padecidos durante la década del '90⁶.

La operación de *develamiento* o *visibilidad* de los *mecanismos de normalización* del poder, en el campo del derecho de familia es más bien joven y se produce en paralelo con las luchas libertarias (teóricas al tiempo que políticas) desatadas en torno a la ampliación del concepto de ciudadanía, reducido al hombre adulto, blanco, propietario, heterosexual. E implica no sólo a los operadores del derecho, sino también —fundamentalmente— a los y las asistentes sociales, pedagogos/as y psicólogos/as que intervienen activamente en el proceso de *disciplinamiento* social a través del trazado de la familia *normal*.

Desde esta perspectiva, nos proponemos analizar el derecho de orientación de los padres como una de las tantas aristas que presenta el *difícil vínculo social entre*

⁵ Por ejemplo, *expropiándoles* sus hijos e hijas para reubicarlos en las familias *bien* acomodadas según el barómetro socio-económico.

⁶ La ley de presupuesto recientemente sancionada por el Parlamento de Argentina reedita la discusión acerca del espacio político-ideológico dónde encuadrar la política económica del gobierno actual. En efecto, no modifica el esquema regresivo de la política fiscal y aunque con mejores porcentuales no altera sustantivamente la distribución de la renta nacional.

jóvenes y adultos. En el marco del proceso de democratización de las relaciones de familia, aún inacabado, cuyo origen, en el ámbito jurídico, podemos ubicar en el ocaso de la Segunda Guerra Mundial, cuando logra abrirse camino el discurso de los derechos humanos. En particular, tras la aprobación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —en adelante CEDAW— y la CDN⁷, como así también tras la inclusión de las cláusulas de igualdad (que incluyen la consecuente prohibición de discriminar) y protección a la familia en los distintos instrumentos internacionales y regionales.

1. De la *familia nuclear* a la *familia plural*: un modelo para desandar y otro para armar

La familia nuclear, como defiende ENGELS, significó el triunfo de la propiedad privada sobre la propiedad comunitaria característica de otras formas familiares de la antigüedad. Asimismo, aseguró el poder paterno (*el propietario*) y su descendencia (futura guardiana de la fortuna familiar).

El matrimonio moderno, sentó las bases de la subordinación de las mujeres y los niños, niñas y adolescentes respecto del *jefe* de familia y su contracara, la obligación masculina de garantizar la subsistencia y protección de aquellos y aquellas. También perpetuó la heterosexualidad normativa, al presuponer la *complementariedad desigual* de los sexos.

Por otra parte, el *dispositivo familiar*, sirvió de soporte a las grandes *maniobras* destinadas al control malthusiano de la natalidad, a las políticas poblacionistas, a la medicalización del sexo, a la psiquiatrización de sus formas no genitales (FOUCAULT 2001: 122), al adiestramiento del cuerpo (el cuerpo productivo contra el cuerpo del placer), del comportamiento y de las actitudes (FOUCAULT 1996: 63-64).

El modelo autoritario familiar, como anticipábamos, entra en crisis fundamentalmente a mediados del siglo pasado con las legítimas pretensiones de igualdad que reivindican las mujeres y con la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho. Y —un poco más tarde— con las demandas de *normalización* de gays, lesbianas, bisexuales, travestis, transexuales e intersexs.

⁷ Estas convenciones fueron aprobadas el 18 de diciembre de 1979 y el 20 de noviembre de 1989, respectivamente. Da cuenta de la revolución cultural que implicó la aprobación de la CEDAW, la intensa y prolongada batalla que tuvieron que dar las organizaciones de mujeres argentinas para que nuestro país aprobara el Protocolo Facultativo de la CEDAW (aprobado por la ONU en el año 1999), meta a la cual se arribó muy recientemente, el 15/11/2006, tras sancionarse la ley 26.171.

Sin embargo, como es obvio, las resistencias se apuntalan desde diversos ámbitos, como el económico, el cultural, el político, el jurídico, el religioso, el médico. Instrumentar políticas públicas destinadas a descomprimir las responsabilidades domésticas que pesan sobre las mujeres, en especial en lo referente a los cuidados de niños/as, ancianos/as y personas con necesidades diferentes, tiene un costo económico que los gobiernos y empresarios no están dispuestos a asumir. También lo tiene el diseño e implementación de adecuadas campañas mediáticas dirigidas a producir transformaciones socio-culturales, por ejemplo, para erradicar la violencia que a diario se reproduce en el ámbito familiar, en especial en razón del género y de la edad. O el abrir el sistema de la seguridad social a un nuevo universo de la población, constituido por los convivientes homo u heterosexuales supérstites. Por otra parte, son por todos conocidos los esfuerzos de la Iglesia Católica y de los grupos allegados y/o sostenidos por ella destinados a preservar una autoridad paterno-materno filial que comprenda la facultad de decisión sobre áreas que hacen a la intimidad de cualquier ser humano, incluidos los/as más pequeños/as. En otro orden, igualmente difundida está —al menos en nuestro país— cierta complicidad de la corporación médica con esas aspiraciones conservadoras (cuando por ejemplo se oponen a aplicar las leyes de salud sexual y reproductiva en tanto permiten a los/as adolescentes a recurrir a la atención profesional aún sin contar con el consentimiento de sus padres). En lo que respecta al plano jurídico, en líneas generales es posible afirmar que el nuevo proyecto que puede representar en el terreno de la familia la articulación entre las disposiciones de la CEDAW y de la CDN, tuvo un impacto que si bien alcanzó ciertas prácticas, no fue capaz por ahora de cristalizarse en la trama del derecho.

Con mayor intensidad se hacen sentir esas múltiples y al mismo tiempo unívocas defensas que se levantan frente a los cuestionamientos que hacen tambalear el heterosexismo del paradigma familiar tradicional. Si bien la homosexualidad fue erradicada del catálogo de enfermedades de la Organización Mundial de la Salud en el año 1991, por doquier se reproducen explicaciones de tipo positivistas que intentan ubicar en algún sitio la *causa* de la *conducta* homosexual. Las diferentes disciplinas que nacieron de la mano de la sociedad burguesa, aún se atrincheran en resguardo de la familia heterosexual⁸. Y el derecho se vale de todas ellas para *justificar* la *exclusión* de

⁸ Pese a que en el año 1973 la Asociación Americana de Psiquiatría eliminó la homosexualidad de su repertorio de patologías y, un año después, lo hizo la Asociación Americana de Psicología, aún la

lo *patológico*, manteniendo la vigencia de lazos familiares que tejen una red social cargada de violencia, al expulsar sistemáticamente al *diferente*.

Pero esta realidad, no obstante, nos deja muchos cabos por atar: las voces contemporáneas ya irrumpieron ineludiblemente en el lenguaje de la *ley*, jaqueando sus funcionamientos hegemónicos. Aunque básicamente aún permanezcan ajenas al derecho, ya fueron formuladas preguntas que con incisiva puntería nos interpelan. Así por ejemplo, en relación con las familias monoparentales u homoparentales, Judith BUTLER se interroga en voz alta (y sólo razones ideológicas, morales, religiosas, culturales o políticas explican las evasivas): “*en el caso de una mujer que es madre soltera y tiene una hija sin un hombre, ¿está el padre aún presente, en una ‘posición’ o ‘lugar’ espectral que permanece sin ocupar, o no hay tal ‘lugar’ o ‘posición’? ¿Está el padre ausente o esa niña no tiene ni padre, ni posición, ni habitante? ¿Se trata de una pérdida que asume la norma incumplida, o se trata de otra configuración de apego primario, cuya pérdida principal es no tener un lenguaje en el que articular sus palabras? Y cuando hay dos hombres o dos mujeres que están realizando funciones de padres o madres, ¿tenemos que asumir que existe alguna división primaria de roles de género que organiza sus lugares psíquicos en la escena, o que la contingencia empírica de dos padres del mismo género de todas formas es puesto en orden por el lugar psíquico presocial de Madre y Padre? ¿Tiene sentido en estas ocasiones insistir en que hay posiciones simbólicas de Madre y Padre que cada psique tiene que aceptar independientemente de la forma social que implica el parentesco? O ¿hay alguna manera de reestablecer una organización heterosexual del rol parental a nivel psíquico que pueda acomodar cualquier forma de variación de género a nivel social?” (BUTLER 2001: 95). “*¿El parentesco es siempre heterosexual de antemano?*” (BUTLER 2006: 149).*

En tiempos en los que querían hacernos creer que las utopías habían llegado a su fin, el paradigma de la familia plural nos presenta un programa audaz donde la heterosexualidad, la conyugalidad, el verticalismo, el autoritarismo, la biparentalidad⁹ se

psicología nos proporciona un catálogo de razones que nos ilustran acerca de las *disfunciones* que pueden estar en el origen de la homosexualidad.

⁹ Biparentalidad cuya estructuración jerárquica y estigmatizante incluso se enciende cuando se produce la ruptura de la pareja, al tornarse operativa la normativa civil que privilegia el rol de la mujer como principal cuidadora de los más pequeños, a través de la figura de la “*tenencia*” —o trofeo— del hijo, restándole al padre un claro rol secundario o periférico a través del “*poder de control*” que se le reconoce.

disipan dando lugar a los proyectos de vida que basados en sentimientos de cooperación, solidaridad y afecto, cobran *legítimamente* forma a través de la familia.

Para quienes operamos desde el derecho propulsando la multiplicación de los valores democráticos, el desafío transformador está asumido, concientes de que “*el parentesco asegura las condiciones de inteligibilidad por las que la vida se convierte en vivible, y por las que también se condena y se cierra*” (BUTLER 2001: 41). Y de que “*la norma no puede existir sin perversión, y sólo a través de la perversión puede la norma ser establecida. (...) El problema (...), es que lo perverso permanece enterrado precisamente ahí, como característica esencial y negativa de la norma, y la relación entre ambos permanece estática, sin posibilitar ninguna rearticulación de la propia norma.*” (BUTLER 2001: 103)

Apostamos, entonces, por una familia *situada* en el contexto de “*una alternativa democrática radicalizada*” que —como afirma Alicia RUIZ— “*exige pluralidad, otras relaciones sociales, la construcción de nuevas formas de subjetividad y de ciudadanía, la búsqueda de respuestas a las demandas de igualdad real y no sólo formal*” (RUIZ 2001: 34).

2. Autoritarismo, abuso y *poder de corrección*

¿Cuál es el impacto que en orden a la relación paterno-materno filial tiene ese pasaje de una concepción de familia autoritaria hacia una pluralista y democrática? ¿Cómo se inscribe el tránsito del niño/a – joven *objeto de protección* a *sujeto de derechos*¹⁰ en este aspecto del derecho de familia? ¿Cuál es la dimensión actual de la facultad de orientar a los hijos/as? ¿Cuál el alcance y los límites de su reconocimiento?

La infancia, la adolescencia, la juventud no son categorías atemporales. Las distintas configuraciones sociales generan niños/as – adolescentes - jóvenes diferentes, con posibilidades y capacidades diversas. Es preciso adecuar los estándares relativos al derecho de guiar a los/as hijos/as. No sólo la nueva condición jurídica de la infancia – adolescencia – juventud reclaman tal transformación. Otros factores inciden en ese llamamiento. El avance de la ciencia y de la técnica y el acceso de los niños/as y jóvenes a tales elementos, con la consecuente brecha generacional que se abre entre éstos/as y los adultos (especialmente pertenecientes a las clases más acomodadas)

¹⁰ Sobre este tema la bibliografía también es abundante. Entre mucha otra producida en nuestras latitudes, recomendamos: AAVV (1998), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá, Temis/Desalma; GARCÍA MÉNDEZ, E. (2004), *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Buenos Aires, del Puerto; BELOFF, M. (2004), *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto.

encargados de educarlos; las largas horas de ausencia materna-paterna que impone un modelo de producción capitalista que exige dedicación *full time* a los mayores de edad que *afortunadamente* lograron insertarse en el mercado de trabajo; la difusión masiva de información por múltiples medios, fuentes válidas que *compiten* con los padres y las madres; el heterogéneo marco de proyectos vivenciales que circulan en las sociedades urbanas, sobre todo en las más cosmopolitas, que inducen a los/as niños/as y adolescentes a formularse preguntas más o menos completamente desestabilizadoras para sus progenitores; entre tantos otros...

En este apartado, haremos un breve recorrido por el ordenamiento jurídico argentino y por algunos otros del derecho comparado. Tras ello, intentaremos explicitar las razones que fundan la elección del término que hemos elegido para referirnos a las facultades de crianza que titularizan los progenitores en relación con sus hijos/as.

2.1. La cuestión en el derecho argentino

El Código Civil originario, redactado por Dalmacio VÉLEZ SANSFIELD y sancionado en el año 1871, disponía en el art. 264 que “*La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados*”. Como se advierte, la normativa civil viene a consagrar en el plano legal la *objetivación* del niño/a en la relación paterno-filial, tanto en el aspecto personal como patrimonial, en consonancia con la autoridad marital, que al marido se le reserva respecto de *su* mujer y de sus hijos/as *legítimos/as*.¹¹

En consonancia con esa superioridad masculina, el art. 278 del mismo cuerpo normativo consagra el *poder de corrección parental*, gestado en paralelo a conceptos ligados al *ius punendi*, como son la idea de sanción, represión y encierro: “*Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir moderadamente a sus hijos; y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes. La autoridad local debe reprimir las correcciones excesivas de los padres*”.

Años más tarde, en 1919, la ley 10.903 —conocida como ley Agote¹²—, modificó el art. 264 del Código Civil, al disponer que: “*La patria potestad es el*

¹¹ Siendo que la mujer es considerada una *incapaz de hecho*, la madre es privada del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos/as. Esta *capiti diminutio*, también explica que sólo en el ámbito del matrimonio la paternidad tenga sentido o, en otras palabras, que la paternidad dependa del matrimonio.

¹² Que reemplazó el Patronato del Estado, vigente hasta su reciente derogación por ley 26.061, de 28/9/2005, sobre “*Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*”.

conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos". Si bien esta nueva definición fue importante en tanto introdujo la noción de obligación al instituto de la *patria potestad* y suprimió la referencia a los/as hijos/as legítimos/as, no alteró el texto del art. 278.

Algunas décadas después, en el año 1985, con la sanción de la ley 23.264, se cambia sustancialmente el régimen jurídico relativo a las relaciones paterno-materno filiales. El nuevo y actual art. 264 redefine la *patria potestad* como "*el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado*". Y el nuevo y también vigente art. 278 limita el poder de corrección parental: "*Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deben resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes, si correspondieren*".

La actual fisonomía del régimen materno-paterno filial, merece varios reparos.

En primer término, cabe preguntarse qué debemos entender por *corregir*. El diccionario de la Real Academia nos dice, en sus primeras dos acepciones: "*Enmendar lo errado*"; "*Advertir, amonestar, reprender*". En ese sentido, se ha considerado que "*El padre corrige la conducta del hijo reencauzándola en la dirección adecuada*" (BUERES y HIGHTON 2003: 505). ¿Hay una dirección adecuada? ¿Los padres deberían reencauzar a un/a hijo/a hacia el *sendero correcto*? Si estas respuestas fueran afirmativas, la crianza de los/as hijos/as constituiría una tarea mucho más sencilla. Sin embargo, y por suerte, las relaciones humanas —en este caso entre padres e hijos/as— no son ni lineales, ni unicasales, ni campechanas, ni ingenuas. Todo lo contrario, son más bien tan complejas como enriquecedoras.

¿Cuáles son los parámetros para medir si el uso del *poder de corrección* toma una forma moderada o excesiva? En primer lugar, debemos señalar que la norma está asumiendo la corrección a través del castigo, de lo contrario no se entiende por qué se preocupa por fijar límites a aquél poder parental para que no devenga *abusivo*. En ese sentido, coincidimos con quienes entienden que el art. 278 admite, de modo implícito, como medio educativo, la producción de un daño a los/as hijos/as (GROSMAN 1980). El Código Civil no exige *moderación* cuando tipifica otro tipo de actos, como cuando

consagra la obligación de entregar la cosa vendida al comprador o cuando alude a la figura del heredero aparente. En estos supuestos, sólo rige la restricción proveniente del principio general del derecho, que nos previene contra el abuso del derecho previsto en el art. 1071. Por lo tanto, el encorsetamiento legal al *poder de corrección* esconde el temor por el castigo corporal *desmedido*, que excede los contornos del enderezamiento filiatorio legitimado por aplicación de esta normativa. De forma tal que la norma queda atrapada en una ideología violenta, que transversalmente contamina la cultura de occidente, y que “organiza y condiciona no sólo el funcionamiento familiar, sino, además, la organización relacional de la vida cotidiana de la mayoría de las personas”, sirviendo “de base para que padres incompetentes y con comportamientos de maltrato expliquen sus acciones y atribuyan su causalidad a la víctimas” (BARUDY y DANGTAGNAN 2005: 107).¹³

¿En el marco normativo vigente sentado sobre la doctrina internacional de los derechos humanos es posible defender el *poder de corrección de los padres*?

La CDN obliga a los Estados Partes a adoptar “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” (art. 19, párr. 1º). De acuerdo con ese estándar internacional, el art. 9 de la ley 26.061 reconoce los derechos a la dignidad y a la integridad física, sexual, psíquica y moral de las niñas/os y adolescentes y correlativamente: 1) prohíbe todo acto que tienda a someterlos a tratos violentos, discriminatorios, vejatorios, humillantes, intimidatorio; a explotarlos económica, o sexualmente; a que sean víctimas de cualquier forma de tortura, abuso o negligencia; y 2) obliga a comunicar a la autoridad local de aplicación de la ley a toda persona que tome conocimiento de los malos tratos o situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos.

¹³ Testimonia la clínica terapéutica: “el castigo con dureza, (...) es necesario para que se eduquen adecuadamente y no se vayan por el mal camino, como los miembros de la familia de su madre, explicaba una madrastra cuando le señalábamos que los tres hijos de su marido, dos varones y una niña, presentaban huellas de haber sido golpeados con objetos contundentes. Lo impactante de este caso no es sólo la constatación del daño en los tres niños, sino que la autora, a partir de su adhesión a una ideología educativa violenta, cree que es útil y sano golpear a los niños para que sean buenos ciudadanos” (BARUDY Y DANGTAGNAN 2005: 107).

Por lo tanto, el art. 278 del Código Civil está en abierta contradicción con el plexo normativo vigente que brega por una lógica familiar bien diferente a la existente cuando la normativa en análisis se gestó. La actual, se funda en una concepción democrática donde el ejercicio de las responsabilidades parentales relativas al cuidado y la educación de los hijos es más abierta, participativa o plural y, por sobre todo, horizontal en lo que respecta a la idea de respeto y no de orden. Esta tesis caló uno de los trabajos presentados en el Primer Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR, realizado en junio de 2005, donde se propuso derogar la disposición mencionada: “*Queda prohibido al padre, madre, representante legal o personas encargadas del cuidado, atención, educación o vigilancia de personas menores de edad, utilizar el castigo corporal contra éstas como método de educación o disciplina*” (LÓPEZ FAURA 2006: 265).

La derogación propuesta, además, evita y termina con debates acerca de cuándo el poder de corrección es o no moderado y cuándo excesivo. ¿Una cachetada excede el límite permitido por el art. 278? ¿Sólo si deja marcas visibles? ¿Y si las huellas quedan presentes en la psiquis? ¿Cómo probar estas últimas?¹⁴.

No desconocemos los usuales *fraudes de etiqueta*. El camino que pretendemos recorrer con la modificación legal defendida, no avanzará más allá de la etapa inicial si no logra consolidar una nueva concepción acerca de las relaciones paterno-materno filiales. La actual dinámica familiar, perfilada fundamentalmente por los instrumentos internacionales de derechos humanos, reclama la sustitución del *poder de corrección* por el *derecho de orientación o guía de los padres*. Pero tal cambio terminológico no

¹⁴ Este debate, a nuestro entender absurdo, denigrante y contrario a los derechos humanos, se filtró por ejemplo en el fallo dictado por el Juzgado Penal Correccional n° 8 de Rosario (en autos “J., L. F.”, con fecha 25/8/2005, publicado en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, n° 33, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 253 y ss.), donde se condenó a pagar una multa de 1000 pesos argentinos, por el delito de lesiones, a un padre de dos chicos de 10 y 11 años de edad, a quines les pegó porque le habían sustraído una ínfima suma de dinero —10 pesos argentinos— de su negocio: “*El poder de corrección de los padres sobre sus hijos no puede exceder el marco de una reprimenda o castigo —entendido como prohibición— pero nunca puede el golpe dejar marcas físicas y secuelas psíquicas en los menores. Si bien los niños poseen una conducta conflictiva, esto no autoriza a los padres a propinar golpes a los mismos (...) [E]l límite a la potestad correctiva está dado por que exista una relación causa efecto entre la conducta reprochada y la sanción impuesta, siempre atendiendo a los límites de razonabilidad y moderación que impone la salud psicofísica del niño*”. ¿O sea que si los niños hubieran sustraído todo el dinero recaudado por el padre en el negocio en el mes la golpiza recibida podría haber sido una respuesta acorde con el poder de corrección permitido por la ley? ¿Es diferente castigar a un niño de 5 años que a uno de 10 o de 15 porque la salud psicofísica de estos dos últimos está más desarrollada que la del primero y por ende, también ingresaría dentro del campo de aceptación legislativa y razonabilidad judicial?

tendrá más que un impacto formal o eufemístico si no logra correr en paralelo con una transformación más profunda.

Este cambio sustancial debe repercutir, asimismo, en el instituto de la *patria potestad*, pilar de aquel poder correctivo parental, al que de acuerdo con los nuevos estándares jurídicos internacionales debiera sucederle el régimen de la *responsabilidad parental*, en tanto resulta coherente con la idea de *derecho-deber* que le cabe a los padres en su rol de adultos a cargo de orientar y guiar sus hijos/as hacia la autonomía.¹⁵ Como bien se ha señalado, la palabra *potestad* remite al poder que evocaba la potestad romana, que acentuaba la dependencia absoluta del/a niño/a en una estructura familiar eminentemente jerárquica, en la que se producía “una suerte de ‘cosificación’ de uno de los extremos (el sujeto pasivo) de la relación paterno filial” (MIZRAHI 2006: 184). Del mismo modo, se ha criticado el concepto de *autoridad parental*, alguna vez pensado para reemplazar al de *patria potestad*¹⁶, pues no deja de aludir de manera perimida al poder del padre (GROSMAN 1999)¹⁷.

Estando entonces, intrínsecamente relacionados el *poder de corrección* y la *patria potestad* —en tanto la lógica de una, la patria potestad, ha servido de base para el nacimiento y consolidación de la otra, el poder de corrección—, debemos bregar por una reformulación del régimen jurídico que regula el vínculo entre padres e hijos. De ese modo, caerá por su propio peso el texto del art. 278 del Código Civil.

Por último y para dar lugar al próximo subapartado, cabe destacar que las legislaciones más modernas receptan el término *responsabilidad parental*, a tono con la doctrina de los derechos humanos. Por citar un ejemplo, el derecho comunitario europeo en el Reglamento del Consejo Europeo n° 2201/03 del 27/03/2003 (también denominado “*Nuevo Bruselas II*”) se refiere a la “*Competencia, el Reconocimiento y la*

¹⁵ En igual sentido se afirma que colocar el acento “en la responsabilidad parental parece definir más adecuadamente esta institución de acompañamiento en el crecimiento del hijo hacia su autonomía y desarrollo propio” (ROTONDA 2006: 113).

¹⁶ Reemplazo que, por ejemplo, tuvo lugar en el derecho francés, tras la reforma de 2002: el título 9° del libro I del Código Civil, “*De la autoridad parental*”, define esta figura en el art. 371-1 como “*un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad el interés del hijo*” (BELLUSCIO 2002).

¹⁷ En consonancia con esta revisión terminológica-ideológica, a la que adscribimos, esta autora también propone modificar los términos de *tenencia* por el de *convivencia con los hijos, cuidado de los hijos o residencia habitual* y el de *régimen de visitas* por el de *derecho de comunicación entre padres e hijos*.

Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”¹⁸.

2.2. El derecho comparado

¿Qué acontece con el poder de corrección o castigo parental en el derecho comparado? Lamentablemente debemos afirmar que la mayor parte de los países del globo —con distintos matices, usos lingüísticos y mayor o menores excepciones—, admiten el uso de la fuerza por parte de los padres como forma de relacionarse con los hijos.

Con la mirada puesta en América Latina, varios países extranjeros siguen la línea legislativa adoptada por Argentina, enfocada en la intensidad o graduación del poder de corrección, tomándose como medida o límite la *moderación*: Chile (arts. 219 y 276 del Código Civil), Colombia (art. 262 del Código Civil), Costa Rica (art. 143 del Código de Familia), Cuba (arts. 86 y 152 del Código de Familia), El Salvador (art. 215 del Código de Familia); Honduras (art. 191 del Código de Familia), Panamá (art. 319 del Código de Familia) y Uruguay (art. 216 del Código Civil).

Fuera del ámbito civil, visibiliza la conexión entre el *poder de corrección* y el castigo corporal el art. 276 del Código Penal de Bolivia cuando dispone que: “*No se aplicará ninguna sanción, cuando las lesiones fueren leves y hubieren sido causadas por los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos, afines en línea recta, cuñados, cuando vivieren juntos*”.

Regresando al derecho privado, llama la atención que ciertas legislaciones civiles posteriores a la incorporación de la CDN mediante la sanción de códigos o leyes de niñez y adolescencia, hayan reiterado la facultad de los padres de *corregir moderadamente* a sus hijos. Así lo hizo, por ejemplo, el art. 1643 del Código Civil de Brasil del año 2002, en vigencia desde el año siguiente¹⁹.

¹⁸ Si bien el Código de la Niñez y Adolescencia colombiano, sancionado el 8/11/2006, recepta la denominación que aquí propiciamos, recrea una concepción autoritaria de las relaciones paterno-materno filiales.

¹⁹ En relación con este país, el órgano de seguimiento de la aplicación de la CDN —el Comité de los Derechos del Niño—, en sus Observaciones Finales del 1/10/2004, al informe remitido por el gobierno brasilero, expresa “*su preocupación ante el hecho de que el castigo corporal es practicado ampliamente en el Estado Parte, y que no existe legislación explícita en el Estado Parte que lo prohíba. El castigo corporal es usado como medida disciplinaria en las instituciones penales, en las escuelas se aplica el castigo ‘razonable’, y el castigo ‘moderado’ es legal en la familia*”. En consonancia con esta afirmación, “*El Comité recomienda que el Estado Parte Prohíba explícitamente el castigo corporal en la familia, la escuela y las instituciones penales, y que emprenda campañas educativas que eduquen a los padres en formas alternativas de disciplina*” Cf. Informe para la consulta Regional de América Latina: *Acabar con la violencia legalizada contra los niños y niñas*, Estudio del Secretariado General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, Save the Children Suecia, informe presentado en Buenos Aires, junio

Cruzando el Atlántico no se observa tal polarización a favor del mantenimiento del poder de corrección parental. Varias legislaciones europeas han derogado o erradicado el castigo corporal en el ámbito familiar. La primera experiencia se produjo en Finlandia en el año 1983, cuando al introducirse varias reformas legislativas en materia de infancia y adolescencia, se estableció que *"El niño deber ser traído la mundo con un espíritu de comprensión, seguridad y amor. No debe ser subestimado, corporalmente castigado o humillado. Su crecimiento debe estar orientado a la independencia y la responsabilidad y, debe ser estimulado, apoyado y asistido hacia la adultez"*. Esta línea siguieron otras tantas legislaciones: Noruega en 1987; Austria en 1989; Chipre en 1994; Dinamarca en 1997; Croacia en 1999; Alemania, Bélgica y Bulgaria en el 2000; Islandia en el 2003; Ucrania en el 2004; Rumania y Hungría en el 2005.

Veamos algunas de ellas. El Parlamento austríaco, el 15/3/1989, se pronunció a favor de la introducción de enmiendas a la ley familiar y al Acta de Bienestar Juvenil, que fueron aprobadas por unanimidad y sin mediar controversia, en el sentido de calificar como ilegal *"el empleo de la violencia y la infracción del sufrimiento físico y mental"*, en la crianza de los/as niños/as. Dinamarca, en mayo de 1997, estipuló en su ley sobre Custodia y Cuidado Parental: *"El niño tiene derecho al cuidado y a la seguridad. El o ella deberán ser tratados con respeto como individuos y no deberán ser sometidos al Castigo Corporal ni a otras formas de tratamiento degradante"*. En Alemania, el 2/11/ 2000, entró en vigencia el siguiente texto del Código Civil: *"Los niños tienen el derecho a una educación no violenta. El Castigo Corporal, los daños psicológicos y otras medidas humillantes están prohibidas"*²⁰.

En el ámbito jurisprudencial, la máxima instancia judicial italiana, el 16/5/1996, dictó un fallo donde, en relación al concepto de *poder de corrección*, dijo que: *"cualquier sea el significado que se el reasigne a este término en la familia y las relaciones pedagógicas, el uso de la violencia para propósitos educaciones no puede ser más considerada legal. Existen dos razones para esto: la primera es la importancia primordial que el sistema legal italiano le atribuye a la protección de la dignidad*

de 2005, p. 19. Versión digital en <http://www.endcorporalpunishment.org/pages/pdfs/Report-LatinAmerica-sp.pdf>.

²⁰ Se sostiene que en la reforma alemana *"[e]l punto de quiebre ocurrió poco tiempo después de las elecciones del nuevo gobierno en 1998, cuándo la coalición del partido demócrata y los Verdes, se comprometieron a prohibir el Castigo Corporal. Existió una pequeña oposición por parte del parlamento o del público, a pesar que las encuestas de opinión pública mostraban, que la mayoría se oponía a su prohibición"*. Cf. <http://www.acabarcastigo.org/iniciativaglobal/pages/frame.html>.

individual. Eso incluye a los ‘menores’ que ahora tienen derechos y no son más simples objetos que deben ser protegidos por sus padres o pero aún, objetos a disposición de sus padres. La segunda razón, es que de acuerdo al objetivo educativo, el armónico desarrollo de la personalidad del niño, que asegura que él y ella abracen los valores de paz, tolerancia y coexistencia, no puede ser conseguido a través del empleo de la violencia que contradice, estas metas”.

En este sentido se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso “A. c/ Reino Unido”, de 23/9/1998, en relación con un niño de 9 años, víctima de malos tratos de la pareja de la madre, quien resultó absuelto por aplicación de una norma inglesa que permitía el castigo corporal familiar, siempre que éste fuera moderado y razonable, recayendo la *onus probandi* en quien alegara la desproporcionalidad de los castigos infligidos. El TEDH consideró que el Estado inglés no había actuado correctamente ante la situación de maltrato físico sufrido por el niño, contrariándose el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Recordó asimismo, que los Estados Parte del Convenio deben adoptar las medidas necesarias para asegurar cada uno en su jurisdicción, que las personas no sufran daños por parte de otras, incluso cuando los perpetradores provienen del ámbito familiar (GROSMAN 2002: 173 y SANZ CABALLERO 2006: 222 y 223).

¿Por qué a pesar de la indiscutible operatividad internacional de la CDN²¹ en algunas legislaciones latinoamericanas, no así europeas, subsisten normas que legitiman el castigo corporal de niños/as causado por sus referentes afectivos —padres, tutores o responsables—? ¿Cómo democratizar la familia en los términos de la CDN, si se reproduce normativamente el uso parental de la fuerza *moderada*?

Incluso en aquellos países donde la CDN carece de fuera constitucional, como acontece en Argentina (de conformidad con el art. 75, inc. 22, de su Constitución Nacional), y en consecuencia se encuentra ubicada en la misma posición que las leyes ocupan en la pirámide normativa, el instrumento internacional de protección a la infancia y a la adolescencia, suele ser una norma posterior a la legislación civil o de familia. Por lo tanto, la superioridad de aquella deriva del aforismo jurídico “*lex posterior derogat priori*”.

²¹ Instrumento que cuenta con el máximo apoyo de los países, siendo que tan sólo Estados Unidos y Somalía no la ratificaron.

Es incongruente que, siendo que todos los países de América Latina receptan la CDN, y que todos excepto Chile adecuaron sus ordenamientos jurídicos internos, el *poder de corrección* —concebido con o sin límites— haya salido incólume y continúe arraigado en la cultura jurídica y en el imaginario social. Política, economía, derecho, cosmovisiones culturales e ideológicas, se entrecruzan nuevamente. El producto: otra deuda con la infancia, adolescencia y juventud latinoamericanas, mayoritariamente sumida en la exclusión, la marginalidad, el desamparo, el hambre, el analfabetismo, la ausencia de proyectos, de expectativas, de alegrías...

3. El *derecho de orientación o guía. Amor y límites...: hacia la construcción de sujetos autónomos e independientes*

Como lo hemos adelantado, el ejercicio de todo tipo de poder, cualquiera sea, involucra alguna dosis de violencia. El derecho en tanto *discurso del orden*²² legitima ciertas formas de vinculación paterno-materno filial en detrimento de otras. En el proceso de *normalización* de los/as ciudadanos/as intervienen junto al derecho otras disciplinas²³. Sin embargo, asumir como *verdaderas* estas premisas no nos exime de la conflictiva tarea de pensar los límites y el alcance con que el derecho de orientación de los padres debiera ser concebido. *Vigilar y castigar...* Verbos irremediabilmente relacionados con los roles de *Padre y Madre*, en tanto el cuidado, la crianza y educación de los/as más pequeños/as y de los/as jóvenes integren el catálogo de funciones que en nuestras sociedades conllevan la maternidad-paternidad. ¿Pero con qué intensidad, bajo qué forma?

Antes de intentar respondernos a la pregunta que precedentemente nos formulamos, debemos explicitar otra alerta que se enciende al imaginar el diseño del nuevo derecho de orientación o guía que los padres tienen en relación con sus hijos/as. El poder en algún punto suele anudarse con el deseo, seduce, incluso se muestra *natural*, ajeno a cualquier tipo de operación de imposición; salvo que esté dispuesto a resignar cierta cuota de efectividad. Ya en el pensamiento de Jeremy BENTHAM no basta con que las normas sean entendidas como mandatos, sino que es ineludible recurrir a las múltiples técnicas que convierten al imaginario en el más eficiente resorte de la

²² En el sentido elaborado por Enrique MARÍ en “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden”, publicado en su obra *Papeles de Filosofía*, Buenos Aires, Biblos, 1993, ps. 219-247.

²³ Con el desarrollo de la psicología freudiana, que sobredimensiona el significado de la experiencia de la niñez temprana para la vida adulta, en las urbes occidentales, especialmente para las clases medias y altas la palabra de los *expertos* en infancia y adolescencia se convirtió en la nueva guía de crianza infanto-juvenil.

obediencia, el control y el poder.²⁴ Más tarde, Michel FOUCAULT dedicará buena parte de su obra a investigar sobre el modo en que en las sociedades modernas la *vieja potencia de la muerte*, en la que se simbolizaba el poder soberano, es sustituida por la era del *bio-poder*. Esto es, el ejercicio del poder pasará a estar más fundado en las *disciplinas*, más sutiles y menos violentas, que en la represión abierta; de forma tal que la *dominación* se parezca más al consenso, la sumisión y la aceptación. (FOUCAULT 2002: 169).

En ese contexto, y en el marco del potencial que desde una hermenéutica emancipadora nos proporciona la normativa internacional de los derechos humanos, es saludable que como operadoras del derecho nos interroguemos acerca de los contornos con los que trazaremos *el derecho de orientación de los padres* como una de las *técnicas de disciplina* (en sentido foucaultiano) que se desarrollan en el interior de la familia, probablemente la que puede llegar a resultar más violenta, al menos en tanto puede implicar la manifestación *desnuda* de la violencia, por tanto tiempo prolijamente invisibilizada. Una nueva organización del poder intrafamiliar, un nuevo orden familiar, plural y democrático, nos aclama.

Paulo FREIRE, si bien en relación con la educación formal, describe dos modelos educativos bien distintos, que responden a ideologías bien diferentes: una *opresiva*, otra *libertadora*. Identifica al primero —hacia el cual dirige su crítica— con la *concepción bancaria de la educación*, que al concebir el vínculo entre educador y educando en términos contradictorios y rígidos (sujeto activo – sujeto pasivo) pretende controlar el pensamiento y la acción conduciendo a las personas a la adaptación dogmática del mundo, inhibiendo sus potenciales creativos y la acción. El segundo en cambio, se corresponde con la *educación como práctica de la libertad* que implica un juego relacional dialógico y flexible entre educador-educando, donde el proceso de aprendizaje se desarrolla en un marco problematizador. (FREIRE 2005).

El preámbulo y el art. 5 de la CDN parecieran estar imbuidos del tipo de pedagogía propuesta por este gran pedagogo brasileño. O, en todo caso, el potencial hermenéutico que como texto presenta, nos permite leerlo desde esa perspectiva teórica. En efecto, la Convención establece que: “*el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales*

²⁴ No obstante, en el caso del poder estatal o *del soberano*, es cierto que en determinadas circunstancias históricas, las ideologías que tienden a motivar, movilizar e impulsar creencias a favor del poder, suelen perder su eficacia material o disminuir su valor conceptual y ser reemplazadas por lo que ALTHUSSER llamó los “*aparatos represivos del Estado*” (ALTHUSSER 1974).

proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad” (preámbulo, párr. 7º, sin el destacado)²⁵. Por su parte, el art. 5 obliga a los Estados a respetar el derecho de los padres y madres de impartir a sus hijos/as, “*en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.*”

Entonces, considerado el *derecho de orientación* de los padres desde este prisma ideológico, los límites se vuelven más tangibles. *Vigilar* y *castigar* no ya para dominar o someter, sino para liberar y generar seres pensantes, reflexivos, autónomos e independientes, preparados para afrontar el angustioso camino de la vida, de modo tal que cuenten con las herramientas que les permitan forjarse un mundo cálido y confortable. “*La autoridad y la puesta de límites no significa sumisión*” (GROSMAN 1983). Es posible, deseable e incluso actualmente obligatorio, orientar en el marco de un proceso dialógico donde el/la niño/a, el/la adolescente y el/la joven pueden expresarse, en ejercicio del derecho a ser escuchados²⁶ y a opinar en cada uno de sus asuntos (art. 12, CDN), aún a riesgo de contradecir la voluntad de sus padres y madres. Un proceso de aprendizaje donde estos pequeños o jóvenes sujetos exigen algo más que meros *argumentos de autoridad*, porque la autoridad reconocida —y por tanto respetada— es aquella que promueve las libertades y la deliberación constructiva y democrática, no aquella que pretende avasallarlas. No es posible, “*dar clases de democracia y al mismo tiempo considerar como absurda e inmoral la participación del pueblo en el poder*” (FREIRE 1982: 19).

La consideración del niño/a y/o adolescente como sujetos de derechos se traduce en una dinámica familiar más democrática y horizontal, donde aquellos/as participan activamente (en voz —en tanto son escuchados— y en acto —por cuanto actúan por sí mismos—), por supuesto de manera diversa de acuerdo con la etapa evolutiva por la que atraviesan. Esta crianza permite que los/as más pequeños/as y los/as jóvenes se comprometan con el proceso de socialización del cual son protagonistas, facilitando la asunción de las responsabilidades familiares y sociales que lo habilitarán para

²⁵ Prácticamente reproduce este mandato el art. 29, inc. d, de la CDN en relación con la educación formal.

²⁶ “[A]unque se emplean indistintamente los verbos ‘oír’ y ‘escuchar’, si nos atenemos a su significado, es indudable que en nuestro caso debemos hablar del ‘derecho del niño a ser escuchado’, pues se trata de una acción que denota ‘poner atención para oír’. Es decir, una actividad voluntaria que implica intencionalidad por parte del sujeto, a diferencia de ‘oír’ que ‘es percibir por el oído un sonido’. Precisamente, lo que esperan los niños y adolescentes es que sus voces comprometan seriamente a los que los entrevistan y no resulten meros trámites burocráticos” (GROSMAN 2006).

convertirse en una persona *independiente y autosuficiente*²⁷. Ubicada la responsabilidad como parámetro educativo, dentro de límites acotados, no se los/as daña sino que se los/as forma (GROSMAN 1983).

Es cierto que a medida que el ser humano crece y se vuelve un poco más autónomo, consecuencia de la actual evolución²⁸, las facultades de los padres dirigidas a educarlo se reducen paralelamente al tiempo que los espacios de independencia e intimidad se ensanchan. En cualquier caso, la orientación familiar tiene que ir en la dirección señalada, proponiéndose como objetivo lograr que el/la niño/a o adolescente sea capaz de ejercer por sí la mayor cantidad de derechos que titulariza. O, en otras palabras, tiene que propiciar “*el ejercicio autónomo progresivo*” (CILLERO BRUÑOL 1999). De esta forma, la pregonada contradicción entre el reconocimiento de los derechos de los/as menores de edad con los derechos y deberes derivados de las responsabilidades paterno-materno filial, se desvanece al venir aquellos derechos a llenar de contenido a estas responsabilidades. “[*L*]os derechos del niño en modo alguno significan el naufragio de las facultades educativas de los adultos. Por el contrario, al mismo tiempo que el niño o adolescente reclama una franja de libertad para el desarrollo de su potencial humano, exige un marco de contención, con reglas y límites (...). [*L*]a función paterna debe ser continente y, a la vez, propiciatoria.” (GROSMAN 1996: 84/85). Porque la ausencia de límites —como sostuvo Catherine DOLTO en su última visita a Buenos Aires durante el año 2006— es una especie de abandono de los/as hijos/as.

Pensar al niño/a o joven como sujeto de derecho requiere tratarlo como un ser humano capaz de interactuar con el adulto, de expresar sus necesidades, de participar en su educación y de gozar de cierto grado de autonomía. Sin duda, los padres tienen el deber de educar y criar a sus hijos/as (art. 265, CCiv. argentino), “*pero el ejercicio de esta función debe ser el resultado de un intercambio donde se tome en cuenta la figura del niño en concreto, su específica personalidad, necesidades y deseos*” (GROSMAN 1996: 84/85). No se borran las facultades paterno-materno filiales sino que se reestructura la ingeniería familiar de acuerdo con nuevos perfiles que habilitan el diálogo intrafamiliar en términos habermasianos²⁹.

²⁷ No recurrimos a estos conceptos desde una ortodoxia liberal. Asumimos por el contrario la existencia de variados condicionantes en cada biografía individual y colectiva.

²⁸ Quizá la ciencia logre modificar el curso evolutivo en un futuro, desconocemos si más o menos cercano.

²⁹ Pensamos claro, en la teoría de la acción comunicativa desarrollada por Jürgen HABERMAS.

La idea es conjugar la diferenciación en la unidad. “[A]mpliar la diversidad y combatir cualquier imposición de criterios monolíticos y autoritarios sobre los niños” (BURT 2000: 28). *Padres y Madres* tienen derecho a criar y educar a sus hijos/as de acuerdo con sus creencias (religiosas, políticas, ideológicas), valores, principios, expectativas y proyecciones, más no a imponerlas ni a transmitirlos como si fueran las únicas. Los contenidos de la educación informal que en el seno de sus familias reciben los/as niños/as y adolescentes durante los primeros años de sus vidas, no pueden ser presentados de un modo dogmático, sino que —como sostienen los liberales igualitarios³⁰— tienen que estar abiertos “al reconocimiento de diferentes valores e ideales del bien.” No anclados “en algún punto de vista en particular, pero sí en la necesidad de que se conozcan distintos puntos de vista” (GARGARELLA 1996: 363). Darles la oportunidad a los menores de edad para que puedan elegir de la forma más amplia posible el modelo de vida que perseguirán. En otras palabras, el poder que los progenitores ejercen sobre sus hijos e hijas a través del derecho a orientarlos, no puede estar enderezado a negarles a aquellos/as la posibilidad de conocer otras maneras de vivir, a “escuchar otras músicas” (GARGARELLA 1996: 364).

Lógicamente, no dudamos en afirmar que otro límite está dado por la prohibición de tratar a los/as hijos/as abusiva, violenta, vejatoria, cruel, inhumana o degradantemente. Explicábamos antes que precisamente esta es una de las razones por las que desechamos otras denominaciones, que remiten a concepciones vetustas. La creencia de que el menor de edad es un incapaz, frágil e inconsciente y por lo tanto que es necesario incluso protegerlo contra sí mismo —cultura que la CDN procura desterrar—, permitió justificar el autoritarismo familiar y la violencia desplegada contra los/as integrantes más pequeños/as y/o jóvenes de la familia. En este punto, también es oportuno recordar el mandato que surge del instrumento internacional dedicado a los derechos de la infancia y la adolescencia: los adultos debemos proteger a niños/as, adolescentes y jóvenes contra toda forma de castigo y explotación (arts. 2, párr. 2°, 19, 34, 36 y 39, CDN).

Una filosofía de protección de los derechos humanos en el ámbito privado contribuye a la cohesión familiar, pues se basa en la horizontalidad y no en el autoritarismo, el sometimiento y la violencia. “La familia no puede defender su estabilidad sobre la base de la degradación de su integrantes. (...) Sostener lo contrario

³⁰ Utilizamos la tradicional clasificación proveniente de la cultura sajona.

es como decir que un país se debilita porque se afirma los derechos humanos de los ciudadanos, lo cual implica, a contrario sensu sostener la necesidad de opresión y dictadura para mantener la unidad nacional.” (GROSMAN 1983)³¹.

Por último, el ejercicio del derecho de orientación que los padres-madres tienen en relación con sus hijos/as, no puede operar como una excusa más para perpetuar estereotipos y roles de género, opresivos y excluyentes. Tampoco para reproducir las desigualdades étnicas, religiosas y económicas. En líneas generales, todos los instrumentos de derechos humanos han incorporado cláusulas destinadas a prohibir la discriminar en razón del sexo, entre otras *categorias sospechosas*³².

4. A modo de cierre...

Desarticular hegemonía no es tarea sencilla. El año pasado, en la edición dominical del periódico *El País*, de 23/8/2005, el filósofo español Fernando SAVATER escribía que *“Ninguna bofetada sustituye la persuasión, pero alguna —en la ocasión y el momento adecuado— puede servir de aldabonzazo para que las razones persuasivas sean mejor atendidas”*. Desde La Prensa de Panamá, el 30/10/2005, el abogado argentino Emilio GARCÍA MÉNDEZ respondía a esta *“pereza intelectual para captar los procesos en curso de democratización de las relaciones familiares”*, que *“no es una posición minoritaria. Por el contrario, ella existe y se difunde como tributaria de una hegemonía cultural que, aún hoy y a pesar de las abrumadoras evidencias en contrario, sólo reconoce la especificidad de los niños por lo que no saben, es decir, por su incapacidad”*.

La nueva condición jurídica de la infancia reclama transformaciones culturales y jurídicas que se proyectan transversalmente en el ámbito de la familia. Pero sin duda, lo prioritario hoy es asegurar a los/as niños/as, adolescentes y jóvenes de nuestro continente la satisfacción de sus necesidades básicas. Mientras la mayor parte de la población menor de edad que habita en América Latina sufra problemas vinculados con la desnutrición infantil, carezca de una vivienda digna, no pueda acceder a estándares mínimos de salud y educación, la actividad académica destinada a teorizar sobre otro

³¹ Discurso autoritario y opresor que, lamentablemente, aún es sostenido por los nostálgicos de un orden social y familiar que no termina de morir. De otra manera, no se comprende que en plena democracia en Argentina desaparezcan testigos claves de los juicios abiertos contra los responsables del último genocidio dictatorial. O que en Chile miles lloren la muerte de un genocida, considerado por muchos/as héroe nacional. Tampoco las estrategias desplegadas por la Iglesia Católica frente a cualquier intento de garantizar la educación sexual de los niños, niñas y adolescentes, la salud sexual y reproductiva de estos y estas pequeños/as y jóvenes actores sociales. O las escasas y débiles propuestas parlamentarias tendientes a legalizar las uniones homosexuales o el aborto.

³² En el sentido con que el concepto apareció en la tradición jurídica norteamericana.

tipo de problemáticas que igualmente afectan a la infancia, la adolescencia y la juventud, y que sin duda nos interpelan, parecerá más ciencia ficción, un diálogo entre sordos o de modo más directo, una hipocresía. Porque sin una redistribución más equitativa de la riqueza mundial, regional y nacional, con la mayor parte de las familias sumidas en la peor de las violencias que es la pobreza, no será posible desterrar una cultura familiar autoritaria, donde el único modo de comunicación que se conoce forma parte de esa trama de violencia social a la que están condenados.

“La retórica de los derechos es útil principalmente para agentes que son, en gran medida, impotentes, pero que, al menos, pueden ejercer una presión, aunque no sea más que una retórica desde abajo. Los niños son más fundamental, pero menos permanentemente impotentes: su remedio es básicamente crecer. Porque este remedio no puede ser logrado rápidamente, son peculiarmente vulnerables y tienen que confiar más que otros grupos impotentes en prácticas e instituciones sociales que aseguren el cumplimiento de otras obligaciones. Las grandes desemejanzas entre la dependencia de los niños y la de otros miembros sociales oprimidos sugiere que la retórica de los derechos rara vez puede conferir más poder a los niños” (O’ NEILL 1988: 463). La responsabilidad es nuestra. El desafío requiere elevados niveles de compromiso, audacia, imaginación, creatividad y rigurosidad.

Se nos acusará probablemente de utópicas. Y sin duda lo somos y no renunciaremos a ello porque de hacerlo, estaríamos aceptando que esta realidad es la mejor posible y estamos muy lejos de sostenerlo. *“[E]l mensaje de la niñez como ciudadanía puede convertirse en el eje de una auténtica revolución cultural en la que, quizás, esté contenida la oportunidad para la transformación de la sociedad, para una sociedad más justa, más humana, más madura.”* (BARATTA 2002: 15).

Bibliografía:

AAVV. (1996), *Vivir en familia*, Buenos Aires, UNICEF/Losada.

BARATTA A. (2002), “La niñez como arqueología del futuro”, en *Justicia y Derechos del Niño* n° 4, Buenos Aires, UNICEF.

BARUDY, J. y DANGTAGNAN, M., (2005), *Los buenos tratos a la infancia. Parentalidad, apego y resiliencia*, Buenos Aires, Gedisa.

BELLUSCIO, A. C. (2002), “Nuevas reformas del derecho civil y penal Francés: filiación, autoridad parental, prostitución de menores, nombre”, en *La Ley*, 2002-D, 1251.

BELOFF, M. (comp.) (2000), *Derechos, infancia y familia*, Barcelona, Gedisa.

BELOFF, M. (2004), *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto.

BUERES, A. (dir) y HIGHTON, E., (coord). (2003), *Código Civil Comentado y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi.

BUTLER, J. (2001), *El grito de Antígona*, Barcelona, El Roure.

BUTLER, J. (2006), *Deshacer el género*, Buenos Aires, Paidós.

CILLERO BRUÑOL, M. (1999), “Infancia, autonomía y derechos. Una cuestión de principios”, en *Derecho a Tener Derechos*, tomo IV, Montevideo, UNICEF-IIN.

ENGELS, F. (1957), *Origen de la familia, de la propiedad y del Estado*, Buenos Aires, Claridad.

FOUCAULT, M. (1996), *La vida de los hombres infames*, Buenos Aires, Altamira.

FOUCAULT, M. (2001), *Historia de la sexualidad I-La voluntad de saber*, Buenos Aires, Siglo XXI.

FREIRE, P. (2005), *Pedagogía del oprimido*, México, Siglo XXI.

FREIRE, P. (1982), *La educación como práctica de la libertad*, México, Siglo XXI.

GALEANO, E. (1997), *Las palabras andantes*, Madrid, Siglo XXI.

GARGARELLA, R. (1996), “Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad”, *Doxa* n° 19, edición digital.

GROSMAN, C. P. (1980), “El castigo corporal y el derecho de corrección de los padres”, en *El Derecho* 88-887.

GROSMAN, C. P. (1993), “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, en *La Ley* 1993-B, 1089.

GROSMAN, C. P. (1999), “Los derechos del niño en las relaciones de familia en el final del siglo XX” en *La Ley*, 1999-F-1061.

GROSMAN, C. P. (2001), “El maltrato infantil en la familia: El encuentro entre lo público y lo privado”, en CADOCHÉ, S. N., *Violencia Familiar*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

GROSMAN, C. (2006) “El derecho del niño a ser escuchado en los procesos de familia”, en AAVV, *Libro Homenaje*, Buenos Aires, FUNDEJUS, en prensa.

LÓPEZ FAURA, N. (2006), “La potestad correctiva de los padres y el castigo corporal: imprecisión normativa y abusos sostenidos de una práctica común” en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, n° 33, Buenos Aires., Lexis Nexis.

MIZRAHI, L. M., (2006), *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires, Astrea, 2da edición actualizada y ampliada.

O' NEILL, O. (1988), "Children's Rights and Children's Lives", *Ethics* 98.

ROTONDA, A. (2006), "Padres menores no emancipados y responsabilidad parental", en AAVV, *Familia y Sucesiones. Enfoque actual. Libro homenaje al Dr. Eduardo Moreno Dubois*, La Plata, Librería Editora Platense.

RUIZ, A. E. C. (2001), *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, del Puerto / Dpto. de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA.

SANZ CABALLERO, S. (2006), *La familia en la perspectiva internacional Europea* Valencia, Tirant lo Blanch.