

Perspectiva de Derechos. Una reflexión desde el enfoque de Familia.

En tiempos en que nuestra discusión pública se encuentra inunda por un discurso de derechos individuales, ¿Existe la posibilidad de afirmar la existencia de algún derecho que sea propio de las familias?

Agradezco enormemente que el título de la ponencia por la cual se me invita a conversar con ustedes hoy se refiere a una reflexión y no a respuestas definitivas. Y les pido desde ya disculpas porque yo particularmente detesto cuando las exposiciones comienzan con la prevención de que se viene a plantear más preguntas que respuestas, pero lo cierto es que en este caso no podría ser de otra forma pues, al menos desde mi experiencia profesional a la fecha, es que es una pregunta que poco y nada se ha planteado, específicamente desde la familia.

Me parece que la perspectiva correcta desde la cuál dar inicio a la conversación es el preguntarnos primero si existe la familia como una unidad social distintiva o si tan sólo existen individuos aislados entre sí. Me lo pregunto porque, por obvio que suene, y como ya decía, hoy nuestro discurso público está enteramente basado en la idea de los derechos de subjetivos de los individuos, y olvidamos completamente que entre las personas y el Estado existe cientos de miles de organizaciones, grupos, sociedades intermediarias entre uno y otro.

La primera nota al respecto es lo que dice nuestra Constitución, en cuanto reconoce en su artículo 1 que la Familia es el núcleo fundamental de la sociedad y que el Estado debe propender al fortalecimiento de ella. Aquí ya surge una primera idea. Nuestra Constitución asegura derechos a las personas, y sobre eso no hay duda. Pero en cuanto el artículo 1 reconoce a la familia como una unidad en sí misma, bien podría afirmarse que también le reconoce derechos.

¿Cuales son los fundamentos de una idea como esta?

PRIMERO: Reconocer que la familia existe como una entidad real que debe tener un tratamiento acorde a su realidad. **La familia como una entidad moral, que existe y que podemos reconocer.**

Las personas entran a la existencia por medio de la familia. Es una pequeña sociedad. **Porque exige la asociación de al menos 1 hombre y una mujer para que de esa asociación se proyecte la existencia de un tercero.** Ningún hombre existe por generación espontánea. A partir de una de estas micro sociedades se construye la sociedad. Pues dos de ellas también se asocian entre sí para sobrevivir, para beneficiarse mutuamente a lo largo de la vida, **y de la asociación de un hombre y una mujer también se deriva la asociación de familias, lo que las hace crecer.**

SEGUNDO: Ya que la familia es en sí una pequeña sociedad que constituye base de la sociedad política, entonces al igual que la sociedad política ella tiene **un bien común** que le es propio y que no es la mera agregación del bien individual de cada uno de sus miembros. Es decir, que el bien de la familia exige en alguna medida el abandono del individualismo total por la vida propia de la comunidad, que en ocasiones exigirá sacrificios del interés propio por el bien común.

TERCERO: Reconocida la existencia de la familia como entidad, cabe la pregunta de si de este hecho PUEDE derivarse alguna consecuencia. Mi intuición es que sí.

Pues ya que se trata de una **sociedad intermedia**, corresponde que apliquemos el **principio de subsidiariedad**, y que ella tenga autonomía y capacidad de gobernarse a sí misma.

PRIMERA CONCLUSIÓN: De todo lo que digo hasta el momento, a mi juicio se siguen dos conclusiones.

1.- Que las Familias como tales tienen derecho a exigir al Estado que las promueva y fortalezca, lo que no siempre será sinónimo del reconocimiento de derechos individuales, cuando existe un bien común distinto al de cada individuo por separado.

2.- Que las familias tienen derecho a desarrollarse sin intervención del Estado, salvo en casos de gravedad cuando no queda otra alternativa. La **no intervención arbitraria** del Estado en su vida interna, el cuál se encuentra reconocido en los artículos 19 y 6 de la CDN, así como también puede inferirse del texto de nuestra Constitución, en cuanto la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, el Estado tiene un rol subsidiario, y los padres tienen el derecho y deber preferente de educar a sus hijos.

¿Y CÓMO BAJAMOS ESTO A LA PRÁCTICA?

Pues bien, para que la Familia pueda cumplir con sus fines propios, el Estado debe siempre que sea posible permitir y favorecer el libre desarrollo de las familias y sus relaciones internas, siempre que sea posible, y respetando además los derechos específicos de cada uno de sus miembros.

Cumpliendo con su deber de respetar sus derechos y promover su bienestar, **el actuar del Estado debe buscar, siempre que sea posible, un acercamiento de los miembros de la familia** y no su separación o confrontación.

¿Por qué los papás tienen derechos? Los papás tienen derechos porque tienen deberes. ¿A qué me refiero con es? Que todos nosotros, en cuanto tenemos un deber que cumplir –y ese deber es además exigido por el Estado- entonces tenemos el derecho a ejercer todas las facultades que sean necesarias para cumplir con ese deber.

Papá y mamá son las autoridades de sus propias familias, y son ellos los que están llamados a dirigirla hacia el bien común. Ese es su deber, y por lo mismo tienen derecho a tomar las medidas necesarias para cumplir con ese deber. Por lo tanto, cuando el Estado reconoce y garantiza un derecho como lo es el de los papás a educar preferentemente a sus hijos, lo hace para que en el ejercicio de ese derecho ellos puedan no sólo guiar a sus hijos, sino que a su familia en su conjunto, hacia el bien común.

Si se asume esta posición entonces el Estado debe actuar sobre un principio de respeto hacia la Familia del niño, niña o adolescente en cuanto a sus propias decisiones. ¿Está el Estado llamado a discernir entre estilos y fines de la crianza que puedan querer adoptar los papás? ¿Ni significa eso incurrir en

una indebida intervención en la vida familiar? ¿Una violación además del principio de subsidiariedad y la protección del sano pluralismo social?

La carga está en probar que ellos son eventualmente una fuente de perjuicio para el desarrollo del niño y no al revés. Ningún papá ni ninguna mamá debiera verse en posición de tener que probarle al Estado, en un inicio, que él o ella le hacen bien a su hijo, sino que el contrario.

Esto se vincula directamente **con el gran foco de conflicto en esta materia, que tiene que ver a mi juicio con la toma de decisiones en relación a la educación y formación de los hijos**, fundamentalmente.

¿Existe una desvinculación total entre niños y padres? A mi juicio no. Y la toma de decisiones en base al interés superior del niño no puede desconocer lo que por razón conocemos sobre la familia y lo que la Convención reconoce de todas formas, que es que algunos de los derechos de los niños están mediados por la intervención parental en el proceso de toma de decisiones dada la edad y capacidades específicas de cada niño, niña o adolescente..

En general existen dos posiciones. Están los que creen que los deseos de los niños coinciden siempre con su interés superior. Están los que creen que sus deseos se desvían completamente de su bien superior, y por tanto hay que **balancear**. Pero el establecimiento del problema en términos binarios no es correcto, pues supone a priori y en abstracto que siempre se dará el uno o el otro. La respuesta correcta a mi juicio sólo puede encontrarse en cada caso concreto -que es lo propio de la justicia- y que los primeros llamados a garantizar el bien del niño son precisamente los papás, **con deferencia a su criterio, cuando no sea evidente que materialmente le están haciendo daño al menor.**

Apartar a un niño o niña de su familia o entrometerse en medio de las relaciones entre todos ellos debiera ser una alternativa de última razón, cuando no existen otros medios eficaces para proteger a un menor.

Si hablamos con franqueza, el gran problema siempre se va a producir respecto de la formación espiritual, educacional y de carácter de los niños. La entrega de valores a los niños no se hace sólo mediante canales de comunicación hablados, sino que con los límites que se trazan, por ejemplo

Por otra parte tenemos el problema de la democratización de la familia.

Uno de los temas que se nos plantean en la discusión moderna tiene que ver precisamente con la modificación de la dinámica propia de la familia.

Así, el enfoque de derechos puede llevarnos, aún sin quererlo, hacia la implementación del modelo de familia democrática en que la igualdad de dignidad de todos sus miembros se transforma en una igualdad material que puede resultar perjudicial para la familia en conjunto y para sus miembros en particular.

Depende por supuesto de que entendemos por democratizar la familia. Si ello se entiende como la idea de que las decisiones al interior de la misma han de tomarse bajo un criterio de mayorías, o que se asignará a cada miembro de la familia igual valor en términos de su opinión en la tarea de dirigir a la familia hacia su bien común y el bien de sus miembros, entonces se me prenden algunas luces amarillas de alerta.

Entiéndase el punto. **La dignidad de toda persona exige respeto por toda persona al emitir su opinión.** Más no toda opinión debe ser valorada de la misma forma, si existen algunas opiniones que se encuentran mejor fundadas que otras. En el caso de una familia, **al menos en principio podremos reconocer que la experiencia, educación y conocimientos de la mamá y el papá exceden, generalmente, las de sus hijos.**

Y por esa misma razón entonces es razonable pensar que papá y mamá están en mejores condiciones de decidir que sus hijos. **En esto se basa por lo demás el principio de autoridad, en oposición al poder.** La autoridad se reconoce a quien la tiene. El poder se le otorga a alguien y puede ejercerlo sin necesariamente tener la autoridad para ello. **Pero para eso debemos partir de la base que el principio de autoridad existe, y que su existencia es necesaria y buena.** En nada debe ofenderme el hecho de que no tengo ninguna autoridad en el campo de la medicina, pues no sé nada específico de medicina.

Por lo demás, **la construcción misma de la sociedad requiere que reconozcamos ese principio de autoridad legítimo, o de lo contrario la idea misma del gobierno y de la conducción al bien común se hace imposible.**

Finalmente, ¿CÓMO SE PUEDE CONCILIAR ESTAS IDEAS CON LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO?

Creo que no existe una verdadera oposición entre estas ideas y lo que dice la Convención. Una lectura integral y sistemática lleva a la conclusión de que se quiere respetar y reconocer que los niños son parte de una comunidad básica, como lo es la familia, y que de ese hecho se derivan consecuencias importantes.

La Convención no se olvidó de los papás y existen múltiples normas que hacen alusión directa a los derechos de los padres en relación con sus hijos, así como reconocimientos claros de la autonomía propia de la familia y de la intención de los Estados Partes de mantener la unidad familiar y respetar las atribuciones naturales de los padres.

El preámbulo de la Convención señala que existe la convicción de que la familia del niño es el **“medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”** de forma tal que **“debe recibir protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”**. Ese bienestar al que se hace referencia está directamente vinculado con el bien superior del niño, criterio rector para la adopción de decisiones respecto de él o ella, como lo señala en forma expresa el artículo 3. Así, **“los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su**

bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres... y con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”

Aquí hay dos puntos interesantes que destacar. Lo primero es que se reconoce que **la familia del niño es el medio natural para su bienestar**, y se entiende que para que eso se produzca se deben asegurar también los derechos y deberes de los padres. La ubicación de esta norma dentro de la Convención la vuelve especialmente relevante, pues su aplicación se hace extensiva a todo el resto de las normas. Como es evidente, cuando el Estado actúa coartando el derecho de los padres y crea separaciones entre ellos y sus hijos está yendo en directa contravención a este deber.

En línea idéntica a lo anterior, el artículo 5º de la Convención establece igualmente, como una regla general, que “*los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres...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.*”

Dirección. Sentido natural y obvio. No es sólo la orientación, sino que también la dirección. Implica Gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión

En relación a los derechos reconocidos al niño, encontramos en el artículo 8º el **derecho a su identidad**. Lo notable es que la misma Convención reconoce que esa identidad está vinculada a sus relaciones familiares, entre otros elementos. Así, “***los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos...las relaciones familiares, en conformidad a la ley y sin injerencias ilícitas.***” Nuevamente cabe, la pregunta ¿Es lícita la injerencia del Estado que decide ocultar información a los padres del niño o la niña? ¿Puede justificarlo como necesario para su bien superior, cuando la Convención reconoce que el bien superior y el bienestar del niño se asegura naturalmente por medio de su familia? Cuando menos, estos reconocimientos deben significar que el Estado no puede partir de la premisa implícita de que los papás siempre son los malos de la película, precisamente porque la Convención hace todo lo contrario, como no podía ser de otra forma sin destruir la autonomía de la familia como asociación intermediaria entre la Persona y el Estado.

Esta idea de la no intervención arbitraria se encuentra también en el artículo 9. En el se señala que “***los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen... que tal separación es necesaria para el interés superior del niño.***” A primera vista es claro que este artículo tomaba en consideración la separación física del niño respecto de sus padres, sacándolo de su esfera de protección, cuidado y vigilancia. Pero la lógica detrás del mismo puede bien aplicarse a otras formas de separación. Nuevamente, **los Estados Partes reconocen que es con su familia y mediante el aseguramiento de los derechos y deberes de sus padres** –en general-, que mejor se resguarda su bienestar e interés superior. Por lo mismo, si el Estado tiene la pretensión de realizar una separación entre padres e hijos,

dicha separación debe de tener una justificación potente y poderosa, la que además no puede efectuarse sino es por medio de una decisión judicial.

Los derechos de los padres están además especialmente reconocidos en relación con la libertad de pensamiento, conciencia y religión. La Convención no sólo reconoce el derecho de los niños en esta materia, sino que tiene la precaución expresa de consignar que **“los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.”** Esto es clave. No hay una autonomía plena reconocida por la Convención. No existe ninguna disposición que haga dicho reconocimiento y, por el contrario, la misma Convención está plagada de expresiones que dan a entender que el ejercicio de sus derechos de forma autónoma depende de la evolución personal del niño en torno a sus facultades (ver también artículo 5º), cuestión que naturalmente **no es uniforme** respecto de todo niño o niña. La idea de que existe un “umbral” común a partir del cual el niño o niña se encuentran en plenitud de facultades es errada y no atiende a la realidad de la persona, sin que sea posible determinarlo de manera uniforme y para todos por igual en la ley.

Para que se entienda correctamente es indispensable precisar que no se trata de una negación de derechos, sino que de un sano reconocimiento del principio de realidad en cuanto a la forma en que piensan, razonan y actúan los niños, niñas y adolescentes.

El camino largo es el empoderamiento familiar. El camino corto es sacar a los papás de la ecuación como ignorante y ineptos para criar a sus propios hijos. Esta es una mirada paternalista y contraria a los derechos de los padres y de la familia, que debemos rechazar.

Tomás Henríquez C.
30 de mayo de 2014.