

“AUTORIDAD PARENTAL O PATRIA POTESTAD”. NECESIDAD DE UN CAMBIO TERMINOLÓGICO CON UNA VISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: HACIA UNA “RESPONSABILIDAD PARENTAL” COMO FUNCIÓN SOCIAL

M. Sc. Liana Mata Méndez

Sumario. Introducción. I. Un cambio de paradigma: De la doctrina de la “situación irregular” a la doctrina de la “protección integral”. 1.1. El interés superior de los niños y las niñas. II. “Autoridad parental o patria potestad”. Necesidad de un cambio terminológico con una visión de derechos humanos: Hacia una “responsabilidad parental” como función social. Bibliografía.

Introducción

En los últimos años, se ha producido un cambio cualitativo en la forma de concebir a las personas menores de edad y las relaciones de estas con las personas adultas. El cambio principal surge a partir de la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, y aprobada por Costa Rica en 1990, mediante la Ley 7184 del 18 de julio de 1990.

Con la aprobación de dicha Convención, se pasa de la doctrina de la “situación irregular” –en la que se ve a las personas menores de edad como meros objetos de tutela–, a la doctrina de la “protección integral” donde las niñas, los niños y las y los adolescentes son reconocidos como sujetos de derechos, personas con igual dignidad que las personas adultas, a quienes en razón de su edad, se les debe garantizar derechos especiales a fin de procurar su pleno desarrollo.

Este cambio de paradigma necesariamente influye en la denominación, contenido y alcances de la llamada “patria potestad” o “autoridad parental”, para ser considerada por la doctrina moderna con el término de “responsabilidad parental”, dejando atrás la idea de una autoridad y de un poder ejercido primero por el padre, luego se amplía a la madre, sobre las hijas y los hijos, y ser así considerada hoy desde una visión de derechos humanos, como una “función social” que debe ser ejercida por padres y madres, en igualdad de condiciones, a fin de procurar el mejor

desarrollo y bienestar de las hijas y los hijos, y en la cual se reconoce a las personas menores de edad como sujetos de derechos.

No obstante, pese al avance que ha existido con la aprobación de instrumentos internacionales de derechos humanos, en nuestra legislación aún se utilizan los términos de “patria potestad” y “autoridad parental”, los cuales hacen alusión al poder ejercido por el *pater familias* en el derecho romano. Lo anterior nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de un cambio en la terminología que sea acorde a la nueva visión de los derechos humanos y a su carácter progresivo.

I. Un cambio de paradigma: De la doctrina de la “situación irregular” a la doctrina de la “protección integral”

Es innegable que las relaciones entre los padres y madres, con los hijos y las hijas han ido sufriendo importantes cambios en los últimos años. En este sentido, puede afirmarse que se ha ido dando una progresiva transformación, en el contenido y ejercicio de la llamada “autoridad parental” o “patria potestad”, en cuanto a los poderes, derechos y deberes de los padres y madres respecto a los hijos y las hijas. Estos cambios, a su vez, han tendido a un mayor reconocimiento de los derechos de las personas menores de edad como sujetos de derechos y no como meros objetos de protección.

Para contrastar las modificaciones que se han ido dando en la forma de ejercer la paternidad y la maternidad, es necesario tener en cuenta que los cambios sociales que se han dado a lo largo de la historia necesariamente influyen en la concepción de la familia como organización social, ya que en cada época o momento histórico, las relaciones entre padres, madres, hijos e hijas están determinadas por condiciones políticas, sociales y culturales; en fin, se puede indicar que la forma de relacionarse entre padres, madres, hijos e hijas varía de acuerdo con la estructura y las relaciones de poder que predominen en cada sociedad, las cuales se reflejan y reproducen en las familias.

En este sentido, Norbert Elías señala (1998, pp. 409-411), a lo largo del siglo XX, se ha acelerado un cambio en la relación entre padres e hijos, cuyos rastros pueden seguirse en retrospectiva hasta la temprana Edad Media. En tiempos pasados y, frecuentemente, hasta el presente, la relación entre padres e hijos ha sido

claramente una relación de dominación entre unas personas que mandan y otras que obedecen.

Como relación de dominación, se caracteriza por una distribución de las oportunidades de poder entre padres, hijos e hijas decididamente desigual. A los padres les correspondían todas las decisiones sobre las acciones de los niños y las niñas. Pero, además, se estipulaba como norma social que esta distribución de los potenciales de poder –órdenes de los padres, sumisión de los niños y las niñas– fuera considerada buena, correcta y deseable.

El mismo autor (Norbert Elías, 1998: pp. 412-415) señala que esta situación ha cambiado en la actualidad, aunque en la práctica haya todavía muchos casos en que se conserva el dominio absoluto de los padres. Por ello, indica que nos encontramos en un periodo de transición donde unas relaciones de padres e hijos, estrictamente autoritarias, y otras más recientes, más igualitarias, se encuentran simultáneamente, y ambas formas suelen mezclarse en las familias. La transición de una relación entre padres e hijos más autoritaria a una más igualitaria genera, para ambos grupos, una serie de problemas específicos y, en general, una considerable inseguridad.

En épocas pasadas, los niños y las niñas fueron vistos como objetos y mano de obra barata. Eran épocas en las que también se acudió a la eliminación de niñas y niños como una forma de control de la natalidad, donde no había leyes en contra del asesinato de infantes, donde la barrera de sensibilidad era muy distinta a la actual, en el empleo de la violencia. En estas épocas a nadie se le ocurriría que los niños y las niñas requerían un trato especial.

Ante esta realidad histórica, es de fundamental importancia tener en cuenta la evolución que ha existido en nuestro ordenamiento jurídico en relación con los derechos y deberes de los padres y las madres respecto a las hijas y los hijos, y que a su vez, responde a una nueva perspectiva que se puede vislumbrar en el derecho internacional, a través de la aprobación de diversos instrumentos que tienen como objetivo la protección efectiva de los derechos de las niñas y los niños.

En este contexto, en 1990 mediante la Ley 7184 del 18/07/1990, Costa Rica ratificó la “Convención sobre los Derechos del Niño”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, lo cual significó un importante

avance en cuanto a la protección de los derechos humanos de las personas menores de edad.

Con la aprobación de dicha Convención, los estados partes reconocen la condición especial de los niños y las niñas, como seres humanos en desarrollo, con especiales necesidades y carencias, reconociéndoles, su derecho de vivir y desarrollarse en un ambiente familiar y social que garantice el pleno crecimiento y desarrollo de sus aptitudes como personas humanas. (Exposición de Motivos, Código de Niñez y la Adolescencia: 1997).

La Convención de los Derechos del Niño deja atrás la manera tradicional y adultocéntrica en la regulación de las relaciones que se presentan entre las personas adultas y los niños y las niñas, en la vida social y familiar, exigiendo una efectiva defensa y promoción de los derechos fundamentales reconocidos a las personas menores de edad, y sobre todo el reconocimiento del derecho a su pleno desarrollo como personas humanas y a su capacidad progresiva. Esto exige un replanteamiento del significado de la protección y el respeto de los derechos de los niños y las niñas, y del papel que en ello la familia, la sociedad y el Estado deberán jugar.

Entre los cambios legislativos que surgen a raíz de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, en 1998 Costa Rica aprueba el Código de la Niñez y la Adolescencia, fundamentado en la doctrina de la protección integral, y establece nuevos parámetros en la regulación de las relaciones entre las personas adultas y las personas menores de edad.

La doctrina de la protección integral constituye un cambio cualitativo que supera a la doctrina de la situación irregular, en la que los niños y las niñas eran concebidos como simples objetos de protección para ser vistos como sujetos de derechos y obligaciones.

En resumen, se puede decir que las principales características de las normas inspiradas en la doctrina de la situación irregular son: 1) Concebir a los niños, niñas y adolescentes como objetos en calidad de extensión, casi propiedad, de sus padres, madres, tutores o tutoras. 2) Limitar la acción estatal de protección únicamente a aquellos casos de excepción en los que se demuestre ausencia de una autoridad parental competente, cercenando de origen la posibilidad de

intervenciones preventivas. 3) Orientarse en función de la existencia de una “situación irregular” hacia y hasta su interrupción, pasando por alto la complejidad de las necesidades que conlleva la satisfacción de un bienestar integral. (EDNA: 2008).

La concepción de la niñez, desde la doctrina de la situación irregular, entró en franca decadencia hacia la segunda mitad y, especialmente, en el último cuarto del siglo XX. Como se indicó, un nuevo paradigma de concepción de la niñez y su relación con el Estado surge a partir de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño (1979-1989), el cual sirve de sustento a toda una nueva generación de normativa internacional y nacional, y hoy recibe el nombre de doctrina de la protección integral. Sus principales características son: a) Reconocer a niños, niñas y adolescentes como sujetos de una serie indivisible e irrenunciable de derechos (titulares) sin excepción ni discriminación de ninguna clase. b) Establecer la responsabilidad del Estado –en conjunción con las familias y comunidades– en cuanto a la garantía (papel activo) y respeto plenos de tales derechos para todas las personas menores de edad sin excepción. c) Instaurar como principio fundamental el “interés superior” –mejor interés– de la niñez y la adolescencia como parámetro orientador de toda acción pública o privada que les involucre o les afecte. (EDNA: 2008).

No obstante, debemos tener presente que el cambio legislativo no siempre va de la mano con un cambio cultural. Evidencia de ello es que, pese a que ya han transcurrido más de veinticinco años desde la aprobación por parte de Costa Rica de la Convención sobre los Derechos del Niño, aún persiste gran cantidad de prácticas violatorias a los derechos de las niñas y los niños que se encuentran sumamente arraigadas en la población; por ejemplo, considerar el castigo físico “moderado” como algo “necesario o adecuado” para “disciplinar” o “educar” a las niñas y los niños.

En este sentido, es importante destacar la labor realizada por el Comité de los Derechos del Niño, de la Organización de Naciones Unidas, en sus observaciones generales relativas a la eliminación de la violencia contra los niños y las niñas, entre ellas, la observación general n.º 8 (2006) sobre “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles y degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)”. Como se indica en dicha observación general, con su publicación, el Comité quiere

destacar la obligación inmediata de todos los Estados parte de actuar rápidamente para prohibir y eliminar los castigos corporales y demás formas de castigos crueles y degradantes de los niños, debiendo adoptar las medidas legislativas, educativas y de sensibilización necesarias para tal fin.

En la observación general n.º 8, el Comité de los Derechos del Niño hace ver que, al rechazar toda justificación de la violencia y la humillación como formas de castigo de los niños y las niñas, no está rechazando en modo alguno el concepto positivo de disciplina. Se parte del reconocimiento de que el desarrollo sano del niño y la niña depende de los padres, las madres y de otras personas adultas para la orientación y dirección necesarias, de acuerdo con el desarrollo de su capacidad, a fin de ayudarlo en su crecimiento para llevar una vida responsable en la sociedad.

El Comité reconoce que la crianza y el cuidado de las niñas y los niños exigen frecuentes acciones e intervenciones físicas para protegerlos; pero como el mismo Comité lo indica, esto es totalmente distinto del uso deliberado y punitivo de la fuerza para provocar cierto grado de dolor, molestia o humillación. El Comité insiste en la eliminación de los castigos violentos y humillantes de los niños y las niñas, mediante una reforma a la legislación y otras medidas necesarias, como una obligación inmediata e incondicional de los Estados partes.

El Comité de los Derechos del Niño señala que en muchos Estados hay disposiciones jurídicas explícitas en los códigos penal, civil y/o de familia, las cuales ofrecen a los padres, las madres y otras personas cuidadoras una defensa o justificación para el uso de cierto grado de violencia a fin de “disciplinar” a las niñas y los niños. Como ejemplo, menciona la defensa del castigo o corrección “legal”, “razonable” o “moderado” que ha formado parte durante siglos del *common law* inglés, así como el “derecho de corrección” de la legislación francesa. Además, hace referencia a los periodos en que, en muchos Estados, existía esa misma excepción para justificar el castigo de las esposas por sus esposos y de los esclavos, criados y aprendices por sus amos.

El Comité insiste en que la Convención exige la eliminación de toda disposición en el derecho legislado o jurisprudencial que permita cierto grado de violencia contra los niños y las niñas; por ejemplo, el castigo o la corrección en grado “moderado” o “razonable” en sus hogares o familias, o en cualquier otro entorno.

Nuestro país no escapa a esa realidad, hasta fecha reciente –01 de agosto de 2008– existían normas vigentes tanto en el Código de Familia como en el Código de la Niñez y la Adolescencia, las cuales legitimaban el “castigo moderado” como atributo de la autoridad parental.

Así se observa la gran importancia de los cambios legislativos que surgen con el fin de armonizar la legislación interna a las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño y, a su vez, con lo indicado por el Comité de los Derechos del Niño, los cuales empiezan a visibilizar el derecho de la niñez a una protección integral. En este caso, se encuentra la Ley N.º 8654 del 01 de agosto de 2008, conocida como *Ley de Abolición de Castigo Físico* contra Niños, Niñas y Adolescentes. Con esta ley, se adiciona el artículo 24 bis al Código de la Niñez y la Adolescencia, y se reforma el artículo 143 del Código de Familia, eliminando toda autorización del uso del castigo corporal. En el texto actual de los numerales citados, se establece:

Artículo 24 bis (Código de la Niñez y la Adolescencia). Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a recibir orientación, educación, cuidado y disciplina de su madre, su padre o los responsables de la guarda y crianza, así como de los encargados y el personal de los centros educativos, de salud, de cuidado, penales juveniles o de cualquier otra índole, sin que, en modo alguno, se autorice a estos el uso del castigo corporal ni el trato humillante. [...].

Artículo 143 (Código de Familia). La autoridad parental confiere los derechos e impone los deberes de orientar, educar, cuidar, vigilar y disciplinar a los hijos y las hijas; esto no autoriza, en ningún caso, el uso del castigo corporal ni ninguna otra forma de trato humillante contra las personas menores de edad. [...]

Los cambios legislativos expuestos permiten afirmar que nuestro país ha realizado un importante avance dentro del marco de la doctrina de la protección integral, a partir de 1990 con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual se intensificó a propósito de la aprobación del Código de la Niñez y la Adolescencia, y posteriores reformas, todo lo cual ha traído como consecuencia

un mayor reconocimiento de los derechos humanos de las personas menores de edad, en concordancia con su carácter progresivo.

No obstante, pese a la existencia de los avances en nuestro ordenamiento jurídico, aún subsiste una creencia bastante generalizada en la población, la cual legitima y cree en el uso del castigo físico como un medio “adecuado” de ejercer “un poder de corrección” y “disciplina” sobre los hijos y las hijas.

Esta situación nos remite a lo que la reconocida autora Alda Facio (1999, p. 72) ha llamado componente político-cultural del derecho, el cual tiene que ver con los contenidos (convertidos en leyes no escritas) que la gente les da a esas leyes y la aplicación de estas por medio de las tradiciones, las costumbres, el conocimiento y uso que de ellas hagan, de manera que puede suceder, como en el caso del castigo físico, que leyes que han sido formalmente derogadas sigan vigentes en la vida diaria de las personas.

Este caso evidencia la gran tarea aún pendiente en relación con los derechos de la niñez y, específicamente, el derecho humano a vivir libre de cualquier tipo de violencia.

1.1 El interés superior de los niños y las niñas

Como se mencionó, la premisa fundamental de la doctrina de la protección integral es el interés superior de los niños y las niñas, tantas veces citado en las resoluciones judiciales, y del que tanto escuchamos hablar, por lo que se debe colocar este principio en primer lugar al hablar de la niñez y la adolescencia.

Generalmente al hablar del interés superior de los niños y las niñas, se hace referencia a la Convención de los Derechos del Niño, por cuanto –como ha sido expuesto– su aprobación significó un importante avance en la protección de los derechos humanos de las personas menores de edad, en la que se pasa de la “doctrina de la situación irregular” a la “doctrina de la protección integral,” definiéndose un cambio de modelo en la forma de convivencia social, reconociendo a los niños, las niñas y los y las adolescentes como personas sujetas de derechos.

Como antecedente, es importante mencionar que, cuando se aprueba la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos

Humanos ya existía. Este documento declarativo fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París y, en principio, incluía también los derechos del niño y de la niña. Sin embargo, posteriormente, se llegó al convencimiento de que las particulares necesidades de los niños y las niñas debían estar especialmente enunciadas y protegidas. Por ello, posteriormente se aprueba la Convención de los Derechos del Niño. (En este sentido, ver Famá, Herrera y Gil Domínguez: 2006; también Camacho Vargas: 2011).

Es importante tener en cuenta que el origen de dicha Convención fue la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño de 1924, adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas, el 26 de diciembre de 1924, la cual fue el primer instrumento internacional que aborda la cuestión de los derechos de la infancia. En esta declaración, el concepto de “interés superior del niño” ya es utilizado. También como antecedente a la Convención de los Derechos del Niño, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en la cual también se habla del principio de interés superior del niño, y no es hasta 1989 cuando se aprueba la Convención. (En este sentido, ver Famá, Herrera y Domínguez: 2006).

El artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño señala: *“1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Sobre el concepto del interés superior del niño, el Comité de los Derechos del Niño indica que se trata de un concepto triple: a) Es un derecho sustantivo. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental. c) Una norma de procedimiento. Es un derecho sustantivo, por cuanto se trata del derecho del niño y de la niña a que su interés sea una consideración primordial que se evalúe y que tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, una niña, a un grupo de niños y niñas o a los niños y niñas en general.

De esta manera, el artículo 3, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece una obligación intrínseca para los Estados, que es de aplicación

directa y puede invocarse ante los tribunales. Es también un principio jurídico interpretativo fundamental, lo que significa que, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño y de la niña. Además, es una norma de procedimiento. Lo que implica que la evaluación y la determinación del interés superior del niño requieren de garantías procesales. También la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. Por tanto, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado ese derecho en la decisión; es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño y de la niña, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño y de la niña frente a otras consideraciones. (Comité de los Derechos del Niño, observación general 14, 2013).

La doctrina argentina (Famá *et al.*, 2006) señala que la Convención de los Derechos del Niño, así como la interpretación jurisprudencial y doctrinaria que alrededor de ella se ha edificado han desatado una transformación sustancial en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la niñez. Esta transformación se asienta en la noción de interés superior del niño y de la niña, objetivo prioritario que se debe proteger en las relaciones jurídicas donde algún niño o alguna niña concurra y, en definitiva, es una directriz básica de toda legislación en torno de su protección que se haya incorporado tanto en las constituciones de las naciones del mundo, como en los tratados y convenciones internacionales.

En este mismo sentido, se señala que la indeterminación del concepto de interés superior del niño ha generado gran cantidad de posturas doctrinarias y jurisprudenciales que reflejan la dificultad que conlleva su determinación como principio que permita resolver los conflictos de derechos donde los niños y las niñas resulten involucrados. Por tanto, el interés superior del niño y de la niña debe entenderse con base en una lectura teleológica; es decir, teniendo en cuenta los objetivos y fines que la norma persigue y, en función de estos, la autoridad encargada de aplicarlos deberá concretarlos para solucionar el caso particular. (Famá *et al.*, 2006).

También, en relación con el concepto de interés superior del niño, es importante citar la observación general 14 (2013) del Comité de los Derechos del

Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. El Comité indica:

El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deberá llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos.

En este mismo sentido, en la observación general 14, el Comité de los Derechos de Niño señala:

La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.

Entre los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño y de la niña, el Comité menciona la identidad del niño, entendiendo

que los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad y que la identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad.

Es importante mencionar que el Comité de los Derechos del Niño aclara que, aunque deben tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosas y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o que estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño.

Por tanto, el Comité indica de forma expresa que: “La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención”.

Como ejemplos, se puede mencionar el castigo corporal legitimado por la cultura, el matrimonio forzado, así como la ablación del clítoris o mutilación genital en las niñas, prácticas muchas veces justificadas desde un “relativismo cultural”.

También en cuanto al contenido, concepto y forma en que se debe valorar el “interés superior de los niños y las niñas”, resulta de gran relevancia citar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictada en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, del 24 de febrero de 2012, en la cual se apreciaron los alcances de este principio y se indicó lo siguiente:

109. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia. 110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las

niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia. 111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

La sentencia citada constituye, sin duda alguna, un importante antecedente en la protección y reconocimiento de los derechos humanos, brindando una visión de avanzada sobre lo que debe entenderse por interés superior de las niñas y los niños.

En nuestro caso, por ser Costa Rica, Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, la sentencia nos marca un parámetro o base de actuación e interpretación, en relación con este principio, el cual debe ser entendido desde una visión de derechos humanos, por lo que resulta necesaria la reformulación del concepto de “autoridad parental”.

II. “Autoridad parental o patria potestad”. Necesidad de un cambio terminológico con visión de derechos humanos: Hacia una “responsabilidad parental” como función social

Al hablar de la necesidad de un cambio terminológico hacia la “responsabilidad parental”, es fundamental el progreso que el derecho de familia ha tenido desde una perspectiva transversal de derechos humanos.

Como la doctrina argentina lo señala, en los inicios, el instituto de la “patria potestad” no se podía imaginar otro modo de vinculación familiar entre padres, hijos e hijas, el cual no fuera el determinado a partir de la prevalencia de la figura patriarcal que implicaba la potestad del padre frente a su esposa y, por supuesto, a sus hijos e hijas menores de edad. Esto se reflejaba en el régimen originario del Código Civil donde a los hijos y las hijas se les reconocían distintos derechos según su origen y la situación jurídica de sus progenitores, en especial, si estos se encontraban casados o no. (Herrera, Marisa, 2015, p. 597).

Así, Marisa Herrera señala que la noción inicial de patria potestad comienza a mutar al advertirse que los padres ejercen en realidad una función dirigida a posibilitar y asistir a sus hijos en el ejercicio de sus derechos, a acompañarlos para la adquisición de su plena autonomía.

De este modo, se pasa de las ideas de “potestad” y “autoridad” a una responsabilidad que implica justamente poner el acento, por un lado, en la primacía del destinatario –hijo/hija y sus derechos– y, por el otro, en que el ejercicio de este rol por parte de la persona adulta no puede ser “de cualquier modo” ni puede basarse en un puro ejercicio de autoridad, sino que se trata de una actuación funcional, dirigida a que el hijo y la hija ejerzan los derechos por sí mismos.

,Así la actuación de los progenitores comienza a registrar límites cuando se aparta del interés de las hijas y los hijos, cuando les es perjudicial, es decir, abusiva. Además, Marisa Herrera advierte que la modificación del “nombre” de la institución no es un detalle menor, ya que el lenguaje no es neutral, y los términos jurídicos tienen que ir de la mano de los cambios que la sociedad registra respecto a los roles familiares.

Por estos motivos, la denominación “patria potestad” no refleja el significado que esta nueva función tiene, puesto que, en consonancia con la condición de personas en pleno desarrollo madurativo, las hijas y los hijos pueden ejercer sus derechos y los padres, y las madres deben acompañarlos, teniendo en cuenta las distintas etapas y la consecuente capacidad de comprensión y discernimiento. (Herrera, Marisa, 2015, pp. 599-600).

En nuestro país, la “autoridad parental” sigue siendo llamada en nuestro Código de Familia, como “patria potestad”, y está regulada en el título tercero del Código de Familia, artículos 140-163, en los cuales se contempla lo relacionado con la responsabilidad parental sobre los hijos habidos en el matrimonio, y la ejercida sobre los hijos habidos fuera de él.

En cuanto a su concepto y contenido, en los comentarios al Código de Familia, Diego Benavides Santos (2014, pp. 513-514), señala que la “patria potestad” es un conjunto de derechos y deberes (potestades, poderes-deberes) que los padres tienen con respecto a la persona y a los bienes de sus hijos menores de edad, el cual comprende básicamente tres contenidos:

a) Contenido personal: abarca el deber de cuidar a la persona menor de edad, velar por su integridad física y psíquica (guarda), proporcionarle los alimentos y atender sus necesidades fundamentales para su adecuado desarrollo (crianza) y prepararlo para la vida (educación).

b) Patrimonial: comprende la potestad de administración de los bienes del hijo y de la hija menores de edad (arts.140 y 145), lo cual tiene excepciones y limitaciones. (arts.145, 147, 148, 149, 150,154,157).

c) Representación: la ley asigna normalmente esa representación a los padres y las madres. Si existe un opuesto interés, debe nombrarse un curador especial al hijo o a la hija (art.140), lo que debe hacerse cuando existe incapacidad (art. 162). No obstante, en algunos casos, existe capacidad limitada de la persona menor de edad (art. 86 y 108 inc. a, C. Niñez). (También, sobre estos contenidos de la autoridad parental, ver votos 819-10 y 232-11 del Tribunal de Familia).

Asimismo, en relación con el concepto de la “autoridad parental”, el Tribunal de Familia señaló en el voto n.º 232-11 de las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de febrero de dos mil once:

IV.- [...] La autoridad parental es un “derecho-función” que tienen los progenitores, en relación con sus hijos e hijas, el cual consiste en el deber de proveerles de todos los requerimientos indispensables para desarrollarse plenamente como seres humanos integrales. En este sentido se abarcan

diferentes ámbitos; desde el puramente material, pasando por el intelectual y hasta el afectivo y espiritual. No se trata, como en épocas pasadas, del poder absoluto que tenía el *pater familiae* sobre los demás miembros del clan. Hoy en día, más que un derecho o facultad, la autoridad parental es un deber de los padres y madres de familia, tendiente a la formación holística de sus hijos e hijas. [...] Dentro del contenido de la autoridad parental se encuentra el aspecto o ámbito personal que se circunscribe a la guarda o cuidado inmediato y permanente que uno de los progenitores tiene sobre sus hijos e hijas, en razón de una separación, divorcio o por el hecho de que los progenitores no hayan contraído matrimonio y no convivan como pareja. De ahí que uno de ellos es el que, día a día, conviva con sus descendientes, sin que ello implique que el otro progenitor no sea también titular de la autoridad parental en general. En igual sentido ver voto n.º 271-2012, del Tribunal de Familia, a las siete horas y treinta y cinco minutos del veintiuno de marzo de dos mil doce.

Por su parte, Gerardo Trejos (2010, pp. 599-600) indicó que la autoridad parental son los derechos-deberes que conjuntamente el padre y la madre ejercen sobre la persona y los bienes de las hijas y los hijos no emancipados. Citando a *Lloveras, Nora y Salomon, Marcelo* (2008, pp. 77 a 101) manifestó:

modernamente se señala una evolución de la autoridad parental a la responsabilidad parental. Modernos autores han señalado que la “capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes como elemento esencial en la ponderación de intereses, la condición de sujetos de derechos y el interés superior de los niños y adolescentes, presentan necesariamente una reformulación del contenido de la “patria potestad”, hacia una “responsabilidad parental” en donde el niño y adolescente sea el centro de atribución de derechos, y la función de los padres consista en que el niño y adolescente se desarrolle para poder ejercerlos más correctamente.

Asimismo, Gerardo Trejos (2010, p. 600) señaló que

en este juego de intereses y de ejercicio del “poder de decisión” que implica la autonomía de la voluntad, debemos hacer las siguientes aseveraciones: la autonomía de la voluntad de los padres está restringida por el interés superior del menor, y la autonomía de la voluntad de los niños, niñas y adolescentes deben ser tenidas esencialmente en cuenta conforme su capacidad

progresiva. En este razonamiento, los padres no son “libres” para ejercer plenamente la autonomía de la voluntad y su “poder de decisión” por sobre los niños y adolescentes, sino que están condicionados a ejercerla exclusivamente para salvaguardar los intereses preferentes y prioritarios de los niños y adolescentes.

Como se evidencia, la concepción más reciente de “responsabilidad parental” responde al cambio de paradigma que se dio con el paso de la doctrina de la “situación irregular” a la doctrina de la “protección integral”, la cual exige que se mire a las personas menores de edad realmente como sujetos de derechos y no como meros objetos de tutela. En este nuevo concepto dado por la doctrina moderna, se destaca la “responsabilidad parental” como una “función social” en la que un interés público media, en tanto, padres, madres, Estado y la sociedad en su conjunto deben propiciar y garantizar el desarrollo pleno de las personas menores de edad.

De acuerdo con este nuevo paradigma, se dan varios cambios de fundamental importancia. Los niños, las niñas y los y las adolescentes ejercerán la autonomía de la voluntad –situación antes impensada– a fin de administrar sus propios intereses, siempre teniendo en mira el grado de madurez alcanzado conforme el desarrollo físico, psíquico y espiritual de la persona menor de edad. Además, la “responsabilidad parental” se concibe dentro de la plena “igualdad” de los padres y las madres, y la “no discriminación” de ninguno de ellos, en el deber de educación de los hijos y las hijas.

Por lo tanto, la responsabilidad parental tiene su eje en las siguientes premisas: **a.** Igualdad de los padres, las madres y la no discriminación de ninguno de ellos. **b.** Interés superior de las niñas, los niños y las y los adolescentes. **c.** La capacidad progresiva de los niños, las niñas y los y las adolescentes. **d.** Reemplaza la facultad de corrección por el deber de educación y formación. (Trejos, Gerardo, 2010, p. 600).

Como antecedente, es importante tener presente que

en Costa Rica el Código General de 1841 y el Código Civil de 1888 emplearon exclusivamente la voz “patria potestad”, que significa, poder del padre sobre sus hijos. Pero la Constitución de 1949 y las reformas introducidas al Código

Civil en 1952 introdujeron cambios importantes en esta materia, al consagrar constitucionalmente la igualdad de derechos de los cónyuges y prescribir que compete a los padres (queriendo decir, al padre y a la madre), con iguales derechos, el ejercicio de la patria potestad. (Trejos, 2010).

Retomando la doctrina argentina, también hace referencia a la necesidad de un cambio en la terminología “patria potestad”. Así, Azpiri señala (2006, pp. 319-320):

El concepto de patria potestad evolucionó a través del tiempo y este fenómeno fue seguido por nuestra legislación. Lejos del poder sobre la vida y los bienes de todas las personas libres que formaban el núcleo familiar del derecho romano primitivo, el concepto de patria potestad se ha ido modificando al cambiar el centro de atención sobre el que reposa esta institución. Este cambio se ha producido no sólo en el concepto sino también en la denominación misma del instituto. En efecto la expresión “patria potestad” alude por una parte al padre, aunque se han emitido opiniones en el sentido que queda también involucrada la madre, y por otra parte “potestad” es, según el diccionario, la facultad que alguien tiene para mandar sobre una cosa y es sinónimo de dominio, jurisdicción y poder. Esta expresión ya no refleja el sentido actual de la institución, y en algunas legislaciones se la ha modificado aludiendo ahora a la “autoridad de los padres” como en el Código Francés. La forma actual de encarar este instituto tiende a enfatizar que se trata de beneficiar al menor poniendo en juego los deberes y responsabilidades de los padres hacia los hijos. A pesar de estos cuestionamientos, el arraigo que tiene la expresión “patria potestad” hace que se continúe usando en la legislación de nuestro país y en el lenguaje técnico-jurídico, aunque con el alcance que surge de su nueva formulación.

Autoras y autores como Famá *et al.* (2006) señalan que utilizan el concepto de “responsabilidad parental” para referirse al conjunto de derechos y deberes de los padres respecto a sus hijos, como sinónimo de lo que tradicionalmente se ha denominado “patria potestad” y, más modernamente, “autoridad parental”. Indican que la evolución del niño dentro de la familia es testimonio de la transformación operada en la estructura y funcionamiento de las familias a lo largo de la historia. Agregan que la niñez y la infancia fueron –históricamente, al igual que la familia–

objetos construidos política, social, cultural y educativamente dentro de procesos más amplios de construcción de la hegemonía.

De tal forma, se ha recorrido un arduo camino desde la Roma antigua, donde el *pater familias* como amo y señor de su familia tenía derechos absolutos sobre la persona y los bienes de sus hijos, hasta el discurso jurídico del siglo XXI que ha recibido a los niños como sujetos autónomos en la titularidad y ejercicio de sus derechos fundamentales frente al Estado y los particulares.

Durante la Edad Media, el niño estaba integrado en la vida del adulto, compartiendo sus trabajos, juegos y preocupaciones en el marco de una sociedad que prácticamente no distinguía entre unos y otros y miraba al niño con indiferencia. Se tradujo esta falta de conciencia de la particularidad infantil en la ausencia de un sentimiento propio de la infancia como una etapa de transición hacia la adultez. Ello generó, lamentablemente, las conductas sociales más alarmantes: desinterés moral y educativo por el niño; abandono de los niños –especialmente aquellos con malformaciones o discapacidades–, aborto, sacrificios de niños, infanticidios, medios disciplinarios excesivos traducidos en malos tratos aberrantes. En muchos casos, luego de su nacimiento, los niños eran entregados a nodrizas, cuya elección dependía de la clase social de la familia.

Se indica que este distanciamiento entre el niño y su familia, y el desinterés en torno de la infancia comenzaron a revertirse por dos razones fundamentales: Desde el ámbito político, económico y demográfico, los estadistas empezaron a percatarse de que el potencial humano era la materia prima con la que un país contaba para desarrollarse.

Surgió entonces una sincera preocupación por eliminar la mortalidad infantil. Desde otra perspectiva, la preocupación por el niño nacerá también en los movimientos humanitarios y reformistas desarrollados principalmente hacia fines del siglo XVIII, para consolidarse y fructificar recién a comienzos del siglo XIX. (Famá *et al.*, 2006).

La referencia a la historia permite reflexionar sobre la construcción social del concepto de niñez, como algo bastante reciente, en la cual las niñas y los niños han sufrido históricamente los peores abusos y maltratos, y donde les era negada toda consideración como personas. Con el desarrollo de los derechos humanos y con el nuevo paradigma de la protección integral, se inicia un largo proceso –aún

inacabado— que tiende a su reconocimiento como sujetos de derechos, con igual dignidad que las personas adultas.

En este mismo sentido, Famá, Herrera y Domínguez (2006) señalan que el cambio terminológico de la antigua noción de “patria potestad” hacia la “responsabilidad parental” no es ingenuo, más bien todo lo contrario. Citando a Mizrahi, indican que la palabra potestad y aun el término “autoridad” se conectan necesariamente con el poder que evoca a la potestad romana y pone el acento en la dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el concepto de “responsabilidad” es inherente al de “deber” que, cumplido adecuadamente, subraya el compromiso paterno de orientar al hijo hacia la autonomía.

Los cambios surgidos permiten visualizar con mayor claridad, la necesidad de un cambio terminológico hacia la “responsabilidad parental”, el cual sea congruente con el reconocimiento de los derechos humanos de las personas menores de edad y con la función social que padres y madres desempeñan.

El nuevo concepto de *responsabilidad parental* reemplaza al de *autoridad parental* y asigna otras dinámicas a las relaciones familiares. Mientras que la autoridad parental está relacionada con el ejercicio del poder compartido, la igualdad de derechos del padre y de la madre en el cuidado y educación de los hijos e hijas, la *responsabilidad parental* se asume como obligación social, igualmente compartida y solidaria entre los padres y las madres para responder por la satisfacción de los derechos de los hijos y las hijas, y se deja claro que, para el ejercicio de esta responsabilidad, no podrá usarse la violencia en cualquiera de sus formas.

Con esta última afirmación, se indica que la doctrina en Colombia pone límite el uso de la fuerza y borra todo concepto de autoridad como poder-dominación, instaurándose una nueva manera de ser padre y madre que implica una relación social de solidaridad, cooperación, confianza y respeto de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. (García-Sánchez y otro, 2011).

En nuestro país, Judith Campos (2011, pp. 144-145) también hace referencia a esta nueva forma de visualizar la llamada “responsabilidad parental” y la evolución del concepto. Señala que el concepto de autoridad parental es uno de los institutos

jurídicos que más ha evolucionado a través de la historia, data desde el derecho romano y, en su desarrollo, ha ido teniendo ajustes significativos que han marcado un cambio sustancial entre lo que se concibió originalmente como tal y la conceptualización que se le da en la actualidad.

Se denota la evolución en la forma que se ejerce la facultad, en los derechos y obligaciones que implica.

Asimismo señala que, ya en el siglo XX, se consideró como un conjunto de derechos y deberes que ambos padres tenían para educar, criar, orientar, proteger, representar a sus hijos y administrar sus bienes. Es decir, se extendía la participación a la figura materna, y se establecía que el instituto era en beneficio de los hijos y las hijas menores de edad.

Destaca, además, que la terminología de autoridad parental, a pesar de que da la idea de que se trata de un ejercicio democrático, al comportar una actividad conjunta de ambos, padre y madre, sigue aludiendo a un poder de los padres sobre los hijos y, más que eso, es un deber, una responsabilidad, de brindarles ese acompañamiento necesario hasta que alcancen su pleno desarrollo.

En este sentido, indica que desde una visión de los derechos humanos, resulta acorde con la realidad hablar de responsabilidad parental, antes que de autoridad parental, y se debe visualizar ese desempeño como una función social, más que un derecho-deber, porque no debe perderse de vista que también existe un interés público, debido a que les interesa al Estado y a la sociedad en general, que sus futuros ciudadanos sean personas competentes socialmente y que logren el desarrollo pleno de todas sus aptitudes y capacidades.

Desde esta nueva perspectiva, la responsabilidad parental alude así al ejercicio que los padres, madres y personas encargadas realizan, en condiciones de igualdad y en consulta con sus hijos e hijas menores de edad, de brindarles protección y acompañamiento hasta que alcancen su autonomía. (Campos Gutiérrez, 2011, pp. 145 y 147)

Como corolario de todo lo expuesto, se puede afirmar que si bien en la actualidad, en Costa Rica, nuestro Código de Familia utiliza la expresión “Patria Potestad” (ver art. 143 y 145), es necesario replantearse el uso de una nueva terminología con

visión de derechos humanos que permita evidenciar el contenido real de los deberes y derechos que conllevan la responsabilidad de los padres y madres, respecto a sus hijos e hijas menores de edad y que responda, a su vez, a la tutela del interés superior, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Se trata de usar una terminología que responda a la evolución histórica que el instituto jurídico de la “patria potestad” ha tenido, en la cual ha dejado de ser concebida como la autoridad y poder exclusivo del padre, para ser vista como una “responsabilidad y función social” compartida en su ejercicio entre padres y madres, en igualdad de derechos y deberes, y que tenga como fin la protección y el desarrollo progresivo de las personas menores de edad.

Esta situación requiere de un esfuerzo mucho mayor por parte del Estado, sus instituciones y de la sociedad en su conjunto, para erradicar por completo la idea adultocéntrica donde el “poder y los derechos” de los padres y las madres imperan sobre sus hijas e hijos, para avanzar hacia una perspectiva donde el énfasis se ubica en la responsabilidad y en los deberes de los padres y las madres, respecto a sus hijos e hijas. En este caso, el respeto y la garantía de la dignidad, la vida, la integridad y el pleno desarrollo de las personas menores de edad deben ser lo principal, en atención a sus intereses superiores.

Cuando hayamos logrado dichos objetivos, el “castigo físico moderado” dejará de ser visto como forma aceptada y naturalizada de “disciplinar” a los hijos y las hijas. Así se confirmará que cualquier tipo de acción que conlleve al castigo físico implica una forma de violencia y un abuso del poder adultocéntrico que otorga la condición de persona adulta respecto a las personas menores de edad, a quienes más bien por su edad se les debe brindar una mayor protección.

Conclusiones

La aprobación por parte de nuestro país en 1990 de la “Convención sobre los Derechos del Niño” significó un importante avance en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas menores de edad, ya que los Estados partes reconocen la condición especial de los niños y las niñas, como seres humanos en desarrollo, con especiales necesidades y carencias, reconociéndoles,

su derecho de vivir y desarrollarse en un ambiente familiar y social que garantice el pleno crecimiento y desarrollo de sus aptitudes como personas humanas.

En el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño de 1990, se dispuso:

La Convención de los Derechos del Niño, marca una diferencia en la forma tradicional de concebir la protección de las personas menores de edad. Se pasa de la “doctrina de la situación irregular” a la “doctrina de la protección integral,” definiendo, un cambio de modelo en la forma de convivencia social, reconociendo a los niños, niñas y adolescentes, como personas humanas sujetos de derechos, que deben recibir de la persona adulta, de la sociedad y del Estado, la atención necesaria que propicie las condiciones que les garanticen, sin distinción alguna por razones sociales o económicas, su pleno desarrollo y el respeto efectivo de sus derechos fundamentales.

Con el propósito de adaptar la legislación interna a las obligaciones adquiridas por nuestro país con la Convención de los Derechos del Niño, en Costa Rica se realizó a partir de 1990, toda una reformulación normativa donde se aprobaron importantes leyes, entre las que se destacó en 1998 el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 7739), basado en la doctrina de la protección integral y que tenía como principio rector el “interés superior de las niñas y los niños.

Dichos cambios normativos permiten afirmar que nuestro país ha realizado realmente un importante avance dentro del marco de la doctrina de la protección integral a partir de 1990 con la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, el cual se intensificó a propósito de la aprobación del Código de Niñez y la Adolescencia.

No obstante, pese al esfuerzo realizado, aún subsisten aspectos en nuestra legislación que responden a la doctrina de la situación irregular, superada en gran parte en el aspecto teórico, pero no en su totalidad, perdurando en la realidad social, impregnada de una ideología patriarcal y adultocéntrica que, en muchos casos, sigue mirando a las personas menores de edad como objetos de tutela.

Lo anterior permite afirmar que el cambio de paradigma hacia la protección integral debe reflejarse también como un cambio en la ideología donde se sustentan

las normas jurídicas que regulan todo lo relacionado con la niñez y la adolescencia, entre ellas lo correspondiente a la “autoridad parental”.

Este instituto jurídico modernamente ha evolucionado hacia la “responsabilidad parental” como función social, en la cual, el “poder y derechos” de los padres y las madres están limitados y supeditados por el interés superior de la persona menor de edad, y en el que posee fundamental importancia la opinión de los niños, las niñas y los y las adolescentes, conforme a su capacidad progresiva y su derecho a una vida libre de violencia y discriminación.

Esta concepción hacia una “responsabilidad parental” responde al cambio de paradigma que se dio con el paso de la doctrina de la “situación irregular” a la doctrina de la “protección integral”, la cual exige que se considere a las personas menores de edad realmente como sujetos de derechos y no como meros objetos de tutela. Además, se destaca la “responsabilidad parental” como una “función social” donde media un interés público, en tanto, padres, madres, Estado y la sociedad en su conjunto deben propiciar y garantizar el desarrollo pleno de las personas menores de edad.

El cambio hacia esta nueva concepción de “responsabilidad parental” no debe verse únicamente como un cambio en la terminología, sino como parte de un proceso mucho más complejo e integral, el cual abarque toda nuestra legislación familiar y logre realmente incorporar una visión de protección y reconocimiento de los derechos humanos de todas las niñas y los niños, en concordancia con su carácter progresivo.

Si bien en la actualidad, en Costa Rica, nuestro Código de Familia utiliza la expresión “patria potestad”, es necesario replantearse el uso de esta nueva terminología con visión de derechos humanos que permita evidenciar el contenido real de los deberes y los derechos que conllevan la responsabilidad de los padres y las madres, respecto a sus hijas e hijos menores de edad y que responda a su vez a la tutela del interés superior, consagrado en la Convención de los Derechos del Niño y en el Código de Niñez y de la Adolescencia.

Más que un cambio de terminología, se trata de un cambio cultural, de una nueva forma de ver y entender a los niños y a las niñas, los cuales respondan a la evolución

histórica que el instituto jurídico de la “patria potestad” ha tenido en la que ha dejado de ser concebida como la autoridad y poder exclusivo del padre, para ser vista como una “responsabilidad y función social” compartida en su ejercicio entre padres y madres, en igualdad de derechos y deberes, y que tenga como fin la protección y el desarrollo progresivo de las personas menores de edad.

Finalmente, se debe tener presente que los avances en el reconocimiento de los derechos humanos y su carácter progresivo han exigido un replanteamiento sobre el concepto de familia, ello conforme a la realidad social que nos muestra una gran diversidad, entre ellas familias ensambladas, monoparentales, homoparentales, de convivencia, extensas, nucleares, en fin, son muchos los tipos de familias que existen en la actualidad. Esto resulta de fundamental importancia en el tema de la “responsabilidad parental”, ya que es en lo interno de las familias donde se construyen y definen las relaciones entre sus miembros, y entre ellas, las que se dan entre madres, padres, hijos e hijas.

Bibliografía.

Azpiri, Jorge O. (2006). *Juicios de filiación y patria potestad*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2º edición, p. 364.

Benavides Santos, Diego. (2003). *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Concordado y actualizado. San José: Juritexto, 2º edición, p. 387.

Benavides Santos, Diego. (2014). *Código de Familia*. Concordado y comentado, con jurisprudencia constitucional y de casación. San José: Juritexto, 5º edición, p. 676.

Camacho Vargas, Eva. (2011). Los deberes y derechos de las personas menores de edad y su participación en los procesos judiciales. *En: Revista n.º1. Derecho de Familia*. Escuela Judicial, Lic. Édgar Cervantes Villalta, Heredia. En: www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial

Campos Gutiérrez, Judith. (2011). La autoridad parental y reformas necesarias en la legislación familiar a la luz de los derechos humanos. *En: Revista n.º1 Derecho de Familia*. Escuela Judicial Lic. Édgar Cervantes Villalta, Heredia. En: www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial

Comité de los Derechos del Niño. ONU. Observación General n.º 8. (2006). El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37 entre otros). Aprobada por el Comité en su 42º periodo de sesiones, Ginebra, 15 de mayo a 2 de junio de 2006.

Comité de los Derechos del Niño. ONU. Observación general n.º 14. (2013). Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. (artículo 3, párrafo 1). Aprobada por el Comité en su 62º periodo de sesiones (14 de enero al 1 de febrero de 2013).

Convención de los Derechos del Niño. Ratificada por la Asamblea Legislativa mediante Ley N.º 7184 del 18 de Julio de 1990 y Publicada en la Gaceta n.º 149, del 9 de agosto de 1990. San José.

Facio Montejo, Alda. (1999). *Cuando el género suena cambios trae: Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. San José, ILANUD, 3° edición, p. 132.

García-Sánchez, Bárbara Yadira. & Guerrero-Barón, Javier. (2011). Nuevas concepciones de autoridad y cambios en las relaciones de violencia en la familia y la escuela. *Revista Internacional de Investigación en Educación*, 4 (8) Edición especial La violencia en las escuelas, 297-318. En: magisinvestigacioneducacion.joveriana.edu.co/

Herrera, Marisa. (2015). *Manual de derecho de las familias*. 1° edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, S.A., p. 816.

Herrera, Marisa; Famá, María Victoria y Gil Domínguez, Andrés. (2006). *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Editorial Ediar, Tomo I, 1° edición.

Norbert Elías. (1998). La civilización de los padres y otros ensayos En: Antología del curso Taller de Sociología y Psicología de la Familia, de la Maestría en Administración de Justicia, Enfoque Socio-Jurídico, Énfasis Relaciones Familiares. Universidad Nacional, Heredia: Grupo Editorial Norma, 2012.

Trejos Salas, Gerardo. (2010). *Derecho de la familia*. Con la colaboración de Ramírez Altamirano, Marina y Benavides Santos, Diego. 1° edición, San José: Editorial Juricentro, p. 790.

VI Estado de los derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica. A diez años del Código de la Niñez y la Adolescencia. (2008). En: www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_EDNA_VI_CR.pdf

Sentencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

Tribunal de Familia, voto n.º 232-11 de las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de febrero de dos mil once.