XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal

San Salvador de Jujuy, 10 al 12 de septiembre de 2015

Ponencia

Título: El interés superior del niño: ¿fantasía o realidad?"

Sumario:

I. **Introducción**
II. **Regulación y cambio de paradigma**
III. **Oír al niño**
IV. **Evitar la cosificación**
V. **Evitar la revictimización**
VI. **Intervención de un cuerpo interdisciplinario**
VII. **Conclusión**

Comisión: 4. Jurisdicción Protectoria

Tema: Las formas y la efectividad en la justicia de familia

Autores: Carla Fiorella Orfano, Sheila Lourdes Guillem y María Laura Zapatel

Dirección postal: Esteban Merlo 4731, Piso 6, Dpto. F, Caseros, Partido de Tres de Febrero, Provincia de Buenos Aires. C.P.: 1648

Teléfono: 15-6366-8380

Dirección de correo electrónico: carlaorfano@gmail.com

Síntesis de la propuesta: Proponer un protocolo que limite la discrecionalidad del juzgador y que a su vez otorgue un lugar protagonista a los niños que participan del proceso.

I.- Introducción

Finalmente, el momento ha llegado. Tras una larga espera, el Código Civil y Comercial Unificado se presenta como el resultado de un nuevo brinco de nuestra legislación, en su intento por "alcanzar" la realidad social que avanza en su devenir histórico, y por ende procurando brindar respuestas adecuadas y actualizadas a las numerosas y significativas transformaciones sociales de los últimos tiempos.

El Derecho de Familia ha sido uno de los campos más profundamente impactados por esta reforma. En este sentido, a partir de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los instrumentos internacionales, se ha consagrado lo que denominamos la "constitucionalización del derecho de familia", que implica el ajuste de la normativa al nuevo bloque de constitucionalidad[1]. A tal fin, se han enunciado en el Libro Segundo, Título VIII, artículos 705/711 todos aquellos principios reguladores del proceso de familia. Sin perjuicio de la amplitud del tema en cuestión, en el presente trabajo nos limitaremos al abordaje de un lineamiento en particular: el interés superior del niño.

No obstante en un primer enfoque su interpretación y puesta en práctica aparentaría no presentar dificultad alguna, lo cierto es que ha sugerido interrogantes. ¿Qué es realmente el interés superior del niño? ¿Cuál es su contenido? ¿De qué manera y en qué situaciones es menester considerarlo?

En primer lugar y a modo de aproximación, señalaremos que el interés superior del niño integra las llamadas "nociones marco" especialmente frecuentes en el derecho familia. Es decir, el legislador delega en el juez la potestad de completar este concepto con lo que estime pertinente conforme las particularidades del caso. No obstante, este método legislativo conlleva el

[1] DE LOS SANTOS, Mabel A., "Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial", 2013, Revista Derecho Privado. Año II, N° 6. Ediciones Infojus, p. 13

riesgo de que, ante este amplio margen de discrecionalidad, se arribe a soluciones que se aparten de lo que realmente sería conveniente para salvaguardar los derechos y necesidades básicas del niño involucrado en el caso concreto.

Por estos motivos y a fin de echar luz sobre las cuestiones planteadas con anterioridad, nos proponemos mediante el presente ensayo acercar al lector, de modo sencillo, un análisis sucinto sobre algunos criterios básicos que consideramos deberían ser tenidos en cuenta por el juzgador al momento de determinar el contenido de nuestro objeto de estudio, es decir, las exigencias de cada niño conforme sus características y necesidades particulares, destinadas a su pleno desarrollo.

II.- Regulación y cambio de paradigma

La CIDN; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes privados de libertad; las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad) conforman la llamada Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia. Estos instrumentos vinieron a romper con el paradigma dominante durante el siglo XX, que consideraba a los niños como un objeto de compasión y de tutela, relegando la protección a aquellos niños que eran concebidos como peligrosos, disfuncionales o abandonados.

Este giro normativo fundamental le otorgó a los niños la categoría de sujetos plenos de derechos, saldando así una vieja deuda con los derechos de este grupo humano, y de la sociedad toda.

Otros instrumentos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y el PIDESC, sumados a las leyes vigentes, completan en un marco normativo de

mayor objetividad que prescribe una forma renovada de resolver los conflictos donde se encuentren menores involucrados.

En concreto, el Nuevo Código Civil y Comercial recepta esta pauta interpretativa en el art.706, destacando que las decisiones que se dicten en un proceso en el que están involucrados niños, niñas y adolescentes, deben tener en cuenta el interés superior de estas personas consagrado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A su vez, la mentada pauta interpretativa implica procesalmente dos derechos fundamentales: a) el derecho a ser oídos en toda cuestión que involucre sus intereses y b) el derecho a la defensa técnica a través de un patrocinio letrado propio (conf. art. 707), de manera tal que su opinión pueda ser valorada de conformidad con su edad y grado de madurez, en virtud del principio de autonomía progresiva contemplado en los arts. 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 3, 24 y 27 de la ley 26.061. A continuación, ahondaremos en el análisis de lo expuesto, como así también en los pormenores de otras cuestiones que atañen al tema que nos ocupa y que hacen a su debida interpretación y aplicación.

III.- Oír al niño

No obstante los debates suscitados en torno a esta cuestión distan de ser pocos, no admite duda de que se trata de un derecho sustancial y procesal previsto en numerosos artículos de la C.N., de tratados internacionales y del código civil y comercial, entre otras leyes. Es de vital importancia a la hora de evaluar cuál es el interés superior del niño. Hay tantas herramientas para lograr su prosperidad como para descartarlo, invocando desde la falta de madurez o incoherencia, hasta atribuirle un síndrome de alienación parental a discreción de aquel encargado de conseguir o evaluar su declaración. Es por eso que buscamos establecer ciertas herramientas que permitan limitar la discrecionalidad, tanto respecto de su admisibilidad como de la valoración de su contenido. No debe cercenarse la facultad del niño a que se escuche y tome en cuenta su punto

de vista en un conflicto que lo involucra, y a que su relato sea valorado de conformidad con su edad y grado de madurez, en virtud del principio de autonomía progresiva consagrado en el Código Civil y Comercial Unificado.

El niño tiene derecho a ser oído, a expresar sus preocupaciones, sus alegrías, sus opiniones, cuando se vean comprometidos sus intereses. Lo más probable es que su manera de expresarse no coincida con la de un adulto, no obstante esto no es óbice para limitar su derecho. Hay diversas maneras para que el niño pueda darse a entender, desde preguntas concretas, a dibujos o señalizaciones. Hay que recordar que un niño está en constante proceso de aprendizaje, su socialización se lleva a cabo a lo largo de toda la infancia y es fundamental acompañarlo. Es habitual que adquiera modos o contestaciones presentes en su círculo íntimo, como también que absorba los sucesos que se estén desarrollando.

En este sentido, es importante que su familia lo proteja, aislando en la mayor medida la contienda que está teniendo lugar en el seno de esas relaciones, para no generarle un perjuicio al niño, niña o adolescente, pero en el caso que no lo haga, el Estado deberá asegurarle todo aquello que esta no pueda.

A su vez, consideramos acertada la disposición contenida en el art. 707 del CCCN, en cuanto prevé la intervención de un letrado patrocinante propio del niño, para acompañarlo durante el proceso, velando por sus derechos. Este deberá contar con características especiales acordes a la situación que le permitan asistirlo correctamente de manera que no se cercene el principio de la autonomía progresiva de este y pueda ejercer sus derechos según la evolución de sus facultades.

No debemos perder de vista que en estos tipos de procesos se ven involucrados menores; muchas veces estos se ven cosificados por la constante puja que sus padres realizan en busca de su supuesto bien. Podríamos decir que buscando, en principio, el mejor camino para su hijo, se

pierden en una guerra de egos en la que la prioridad se convierte en un accesorio.

Por este motivo es necesario contar con personal de apoyo, especialistas u otros parientes para que lo acompañen en todo momento, mayormente cuando debe prestar testimonio. Deberán hacerlo sentir confortable y cómodo, lo cual facilitará su dicción, ya que es normal que muchos niños según la edad que posean busquen evitar el castigo. Es menester lograr que el niño pueda participar sin temor. Habrá que explicarle la naturaleza y el propósito de la diligencia en la que participará. Contarle que tiene total libertad de expresarse dado que no hay respuestas correctas o incorrectas, transmitiéndole que solo se pretende que exprese lo que sabe o vivió. Se supone que el contacto del juez con el niño configurará una situación aliviante para este último, es por esto que debe estar capacitado para oírlo y poder decodificar sus dichos. Es decir, deberá oírlo y escucharlo. Puede parecer una redundancia pero estas dos palabras no tienen el mismo significado. Oímos al percibir el sonido con nuestros oídos, lo cual no implica que estemos escuchando, es simplemente un acto involuntario. En cambio cuando escuchamos, buscamos comprender el mensaje, le prestamos real atención, siendo este un acto intencionado.

No solo se deberá oír al niño, sino que se deberá estar atento a posibles manipulaciones, y a formulaciones forzadas.

Bajo ninguna circunstancia deberá desecharse su posición en aquellos casos en que no se considere pertinente sin una devolución del motivo, en lenguaje acorde al niño; recordemos que no tienen la misma manera de desenvolverse que un adulto, lo que no quiere decir que no sean capaces para darse a entender ni para comprender.

IV.- Evitar la cosificación

Según la R.A.E. es la acción y efecto de cosificar, que implica reducir a la condición de cosa aquello que no lo es. El vulnerar sus derechos en el

marco del proceso, implica no reconocerlo como sujeto de derecho. El no oírlo, impide que el niño, niña o adolescente no pueda exteriorizar sus pensamientos y sentimientos. Es necesario que se lo trate con respeto y sensibilidad, atendiendo a su dignidad durante todo el procedimiento judicial.

Es fundamental que comprenda los acontecimientos previos, actuales y posteriores que suceden durante el proceso. Para evitar la cosificación es menester que el niño cuente con la asistencia de una persona de apoyo, que vele por su interés, ya que es posible que el ser humano actúe de maneras impredecibles y es posible que en una contienda ambos padres, de manera egoísta, busquen su beneficio o el perjuicio del otro, muchas veces olvidando que su hijo o hija es quien está sufriendo la mayor parte.

V.- Evitar la revictimización

Este término refiere a que el niño, niña o adolescente sufra perjuicios innecesarios. Durante la minoría de edad, la persona se encuentra en un proceso de socialización. Comienza a formar la persona que será en un futuro, su personalidad, y adoptará una escala de valores. Es por esto que es necesario tomar los recaudos pertinentes para evitar que su intervención en el proceso le haga sufrir consecuencias.

Lo que debemos impedir, a tal fin, es la realización de prácticas reiteradas que les provoquen traumas físicos y emocionales que afecten a su desarrollo, estrés psicológico o desempeño académico, entre otros, tales como declaraciones reiteradas, ciertas formalidades que le impidan comprender o lo intranquilicen, demoras innecesarias, o situaciones intimidantes tales como el contacto con personas que podrían cercenar su libertad de decisión.

Ante todo, es recomendable evitar en la medida de lo posible que el niño, niña o adolescente se sienta responsable por hechos sucedidos, como tampoco por el resultado del proceso. Lo que debemos lograr es tornar la experiencia del niño en una positiva, que no le provoque efectos nocivos

inmediatos ni a largo plazo, prepararlo para intervenir en el proceso con su debido acompañamiento.

VI.- Intervención de un cuerpo interdisciplinario

La reforma del nuevo Código Civil, establece la incorporación de un Cuerpo Interdisciplinario en los asuntos de familia. Su función reside en informar a jueces y defensores acerca de las causas en las que intervienen. Dicho equipo tiene a su cargo la realización de entrevistas, evaluaciones y orientación de las personas convocadas, como así también recomendar y sugerir a jueces y defensores las posibles variables que favorecerían de manera positiva a todas las partes en un proceso. Contar con este Cuerpo Interdisciplinario es central en los procesos donde los niños son protagonistas, a los fines de garantizar la contención y acompañamiento de los menores durante el proceso, como el aporte de un análisis del caso desde otras ópticas más especializadas que permitan tener una visión integral del mismo, y al mismo tiempo, esclarecedora del auténtico interés del niño afectado al conflicto en concreto.

VII.- Conclusión

"Todas las personas mayores fueron al principio niños. (Aunque pocas de ellas lo recuerdan.)" Tal como lo expuso el célebre autor y aviador francés Antoine de Saint Exupéry en su entrañable Principito, creemos que allí reside gran parte del secreto. No olvidar, aunque pasen los años, como nuestras acciones y decisiones pueden impactar en la vida de un niño. Ellos tienen derecho a ser tenidos en cuenta, a defenderse y manifestar su sentir, ya que deben ser protagonistas de su propia vida. Valorarlos como personas que tienen derechos hoy por hoy, y no sólo apuntando a su desarrollo en el mañana. Es por esto que creemos en la necesidad de humanizar los procesos, de evitar la burocracia, la improvisación y la insensibilización. Es

necesario estar a la altura de los tiempos que corren y animarse a cambiar, a incluir conocimientos nuevos y externos que garanticen una tutela judicial efectiva. Parafraseando a Cillero Bruñol: “Ser niño no es ser ‘menos adulto’, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y que tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida”.

En mérito de todo lo expuesto, sin perjuicio de que consideramos apremiante la necesidad de hacer efectiva la reforma institucional que permita un abordaje interdisciplinario más profundo de la conflictiva familiar, aún desde los tribunales, fundamentalmente tratándose de una temática tan delicada como aquellas en que niños se ven afectados -que a todas luces excede el marco del presente ensayo-, a los fines de facilitar la difícil tarea del magistrado en torno al tema en cuestión, proponemos la confección de un protocolo de actuación, que recepte las pautas puntualizadas precedentemente, entre otras que pudieran ser útiles, a efectos de que funcionen como directrices orientativas al momento de definir cuál es el contenido del mentado interés en el caso concreto, reduciendo la vaguedad de su conceptualización, encauzando el proceso conforme sea más beneficioso para el niño –por supuesto teniendo en cuenta, a su vez, los intereses del núcleo familiar en su conjunto- y garantizando así, la tutela judicial efectiva que se deriva de la adopción del interés superior del niño como pauta de observación primordial en todo proceso judicial donde un menor se vea involucrado.