

PONENCIA: Convocatoria a Audiencias Públicas para la Reforma del Proceso Civil, Comercial y de Familia

TEMA: “Derecho de NNA a ser oídos. Implementación de un medio adecuado. Actuación del Juez de Familia”.

AUTORA: Abog. Mariela Viviana Donaire

Hablar y considerar una reforma legislativa, y abordar específicamente la elaboración de un Código Procesal en materia de Familia, constituye un desafío que, a mi criterio, debe ser abordado, y el espacio brindado por la Honorable Legislatura (a toda la ciudadanía) utilizado como una herramienta, a fin de aportar ideas, que a su vez se adapten y armonicen con la Normativa Constitucional y Convencional.

Este proceso de reforma legislativa se justifica, por la radical oposición entre las doctrinas jurídicas, sociales y políticas que subyacen al sistema tutelar de menores y la doctrina de los derechos humanos que inspira a la Convención sobre los Derechos del Niño. Como sostienen Famá y Herrera¹: La doctrina de la protección integral de derechos abarca todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños, promoviendo la unificación de propósitos y acciones entre desarrollo socioeconómico y protección jurídica de la infancia. Señalan que como enseña Mary Beloff el reconocimiento y protección de los derechos del niño se produce en una concepción integral que recupera la universalidad de la categoría de la infancia antes fragmentada por las leyes de menores.

Así, las autoras mencionadas sostienen que la Convención propicia una forma emancipadora y constructora de ciudadanía para todos, mediante el reconocimiento de todo niño en tanto persona, como sujeto social de derechos en un contexto democrático que facilita su interacción en la familia y en la sociedad. Señalan que la Convención es el instrumento internacional que permitió expandir

¹Famá María Victoria y Herrera Marisa: “Crónica de una ley anunciada y ansiada” – Adla LXVE – 5809 – Doctrina

la ciudadanía a la infancia, ya que reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes sus derechos ante el Estado y la comunidad.

Consideran que la esencia de la democracia está vinculada al reconocimiento del niño, no como un ciudadano futuro sino, como un ciudadano en el sentido pleno de la palabra, que goza de una ciudadanía integral que comprende no sólo las relaciones políticas, sino también las sociales y familiares.

Sostienen Gabriela Agosto y Cecilia Cejas citando a García Méndez² que la Convención sobre los Derechos del Niño transforma las necesidades en derechos y ubica en primer plano el problema de la exigibilidad no sólo jurídica sino también política y social. Afirman, que a pesar de lo andado, en el camino hacia el nuevo paradigma, la situación es mucho más conflictiva en la práctica, pues conviven elementos viejos y nuevos por lo cual se requiere un cambio cultural que supone la capacidad de transformar en políticas concretas los derechos de la infancia, lo cual depende de la facultad que demuestren los sujetos gubernamentales y no gubernamentales, a los problemas medulares de la democracia.

Etimología del término “oír”. De la nada, a la cristalización de un Derecho

Curiosamente, el Diccionario de la Real Academia Española define la palabra “oír” como “atender los ruegos o súplicas”, “hacerse uno cargo de aquello que escucha de otro”³, “Escuchar, poner atención, en percibir palabras”. Indudablemente el significado literal de la palabra mucho tiene que ver con el contenido y la esencia del derecho mencionado. La historia de los Derechos del Niño revela que éstos “no tenían voz”, que difícilmente se atendían sus ruegos o súplicas y que si la voz de un niño se levantaba, pocos podían hacerse cargo de aquello que trasmitían. Tradicionalmente los niños debían ser educados para obedecer silenciosamente las órdenes impuestas por los mayores.

² Agosto Gabriela y Cejas Cecilia.”Aportes del capital social a las políticas de la infancia”. Revista de la COPPPAL. La infancia en América Latina y el Caribe. A dos décadas de la Convención sobre los Derechos del Niño. Año 2009.

³Multidiccionario Ilustrado. Cultural Librería Americana S.A. Bs. As. Argentina. Año 2000.

En Argentina, con el advenimiento de la democracia y la vigencia plena de la Constitución, lo que se vio estimulado por incorporación de la Convención a la propia Constitución Nacional, trajo como consecuencia lógica, un cambio, no sólo de paradigma, sino de mentalidad y de modalidad en la forma de concebir la infancia y sus derechos. El proceso todavía está en marcha y el proyecto de reforma que propone la elaboración de un Código Provincial con normativa específica en materia de familia, constituye un avance más. Esto se traduce, no sólo en ideas, sino en conductas consecuentes de los Tres Poderes del Estado, con los compromisos internacionales oportunamente asumidos. En este contexto, el derecho del niño a ser oído, directamente por el Juez (no sólo por constituir una obligación legal, sino por traducir el reconocimiento de un derecho asumido por el propio Juez, por convicción) y en un medio adecuado y ambientado para tal fin, se transforma, en esta realidad, en una necesidad, que se torna imperante. Como consecuencia, oírlos es el desafío de nuestro tiempo y enseñarles a hacerlo con responsabilidad y respeto nuestra más ardua tarea.

Rol Del Juez de Familia

Señala la Dra. Kemelmajer, que comparte plenamente la tendencia del Derecho Comparado receptada en normas internacionales, que hacen referencia y tratan este tema. Cita a Jean Arnaud cuando decía que “estamos aprendiendo a vivir en un sistema de círculos concéntricos por abandono del sistema piramidal fuertemente jerarquizado”. Considera que si ello es así, en las relaciones familiares extrajudiciales, si es imprescindible que los padres escuchen a sus hijos en el proceso gradual-formativo de su personalidad, es lógico que el juez también resuelva habiendo escuchado, en los asuntos en lo que éste, está implicado. La lectura de los dichos del niño, analizada por un Juez de Familia suficientemente capacitado, deberá desentrañar cuál es la voluntad real, más allá de lo declarado, sobre la base de eventuales adoctrinamientos e interferencias. La doctrina procesal universal afirma que el magistrado,

cualquiera sea la materia que tenga en sus manos debe intentar llegar a la verdad real, y no a la meramente formal. Con especial referencia al Derecho de Familia se insiste, en la que el juez debe tener frente a Sí a los autores del drama, ya que sólo la cercanía del Juez, respecto de los litigantes permite la correcta solución del litigio, más aún tratándose de niños. Afirma que esta clase de procesos requiere un juez protagonista, no un juez espectador; un juez que tenga iniciativa, por lo cual recuerda lo que se recomendó en el VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia: “el llamado procedimiento familiar exige el cumplimiento efectivo del principio de inmediación procesal y de intervención dinámica y comprometida del juez”. Señala finalmente que este juez, es a la vez “centinela del derecho y práctico de los ideales”, por lo cual debe aportar una solución jurídica apropiada a los problemas humanos cada vez más complejos donde su primera dificultad es mantener el equilibrio entre las fuerzas contradictorias, asegurando coherencia jurídica. Debe, por lo tanto, desdramatizar el conflicto, para lo cual no puede dar soluciones que acentúen el traumatismo de las partes, razón por la que se requiere un juez altamente especializado, reafirmando con ello la idea que “el juez y el personal colaborador deben ser cuidadosamente seleccionados, priorizando su capacidad técnica en la materia para lo cual se recomienda una política judicial de formación y perfeccionamiento permanente de los jueces con competencia en materia familiar”. Para ello, sumado a las características especiales que debe tener o debería tener el lugar o ámbito en el cual, se lleve a cabo la audiencia (donde el niño es oído), es necesario destacar que el Juez también debe reunir determinadas características, puesto que no se trata de cualquier sujeto de derecho, sino de una persona, en formación. Para ello es necesario, un adulto (que sin dejar de lado sus características personales) desarrolle un grado de empatía que favorezca el diálogo con los niños y las partes, puesto que

más allá de su cargo y su función, si bien es un ser humano, debe prepararse y aplicar los mejores métodos o mecanismos para arribar a una solución no solo justa, sino equitativa para todos.

A esta ambientación especial, tal mi propuesta, (por los sujetos protagonistas del conflicto), habrá que sumar la imprescindible ayuda de la interdisciplina (Psicólogos, Trabajadores Sociales, Médicos Pedagogos). me refiero específicamente a un lugar ambientado a tal fin, que genere confianza en el niño, que esté despojado de estructuras rígidas, con libros, mesitas de juego, juguetes.

Por lo tanto, crear un ámbito propicio, para escuchar al niño ayudará a desmitificar la dura imagen de temor, que no sólo un niño sino también los adultos tienen de la situación conflictiva llevada a juicio, y que debe ser expuesta en un Juzgado. De este modo, se aportará a la adecuación del procedimiento (en este tipo de circunstancias) a la normativa convencional, de una forma sencilla pero profundamente humana, dada las características especiales de sus protagonistas.

Dice la Dra. Kemelmajer que es necesario que colectivamente se crea en los derechos del niño como Derecho positivo y se actúe, en todos los niveles, sobre la base de tal creencia. Al menos teóricamente, sostiene que hemos pasado de considerar que un infante no tiene intereses propios, pues no es persona completa, a la noción del interés superior del niño, que invadió todo ordenamiento, presentándose como un instrumento multifuncional que actúa como principio rector no sólo en supuestos de conflicto (con los intereses de los padres, de los otros integrantes de la familia, del Estado o incluso de grupos sociales) sino también en las actuaciones cotidianas en las que el niño se puede ver envuelto en el ejercicio de sus derechos, como, por ejemplo, en su pretensión de ser asistido.

Así lo reconoce la reforma argentina en innumerables disposiciones (arts. 26, 64, 104, 113, 562, 604, 621, 627, 639, 671, 706, 2634, 2637, 2639, 2642 C.C. y C.).

Con claridad precisa, sostiene que se debe atender a la capacidad progresiva (que indudablemente se tiene en cuenta para escuchar a un niño) y que ésta, no se alcanza en un momento preciso, no se adquiere o pierde en un día, o en una semana, sino que se va formando y requiere una evolución; no es algo rígido, de todo o nada. Se trata de un elemento de desarrollo evolutivo, que va adquiriéndose con la madurez psicológica y cognitiva, que puede y debe graduarse en función de la decisión a tomar y del alcance y la magnitud de sus consecuencias. En este contexto, explica que se analiza en concreto si un sujeto individualizado puede o no entender acabadamente aquello que se dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar. Para que todo esto pueda ser efectivo, es necesario ese ámbito especial, del cual hablo y al que creo imprescindible, por las consecuencias psicológicas, afectivas y en el grado de formación, que el impacto que genera una audiencia (en un medio que le es totalmente desconocido) produce en el niño.

El Comité de los Derechos del Niño ha reiterado que la infancia no es la antesala de la vida, sino la vida misma. Por esta razón, la autora critica la situación legal que regía con el Código de Vélez y la rebate diciendo que “resulta inaceptable que en la víspera de cumplir años, el niño carece prácticamente de todo derecho, y al día siguiente goza de plenos derechos”. Pasar de la nada al todo. Del no se puede, no se debe...al todo lo puedo y como puedo lo realizo.

En esta línea dice, que es preciso crear las condiciones que garanticen la emancipación diferenciada y gradual de los niños en todos los ámbitos de la vida cotidiana.

La familia en que los niños pueden expresar libremente sus opiniones y ser tomados en serio, desde edad temprana, supone un importante modelo y una preparación para que el niño ejerza el derecho a ser escuchado. Esa manera de ejercer, la labor de los padres sirve para promover el desarrollo individual, mejorar las relaciones familiares y apoyar la socialización del niño, y desempeña una función preventiva contra toda forma de violencia en el hogar y en la familia.

Reconoce, que es verdad que el niño es un sujeto altamente influenciable, sometido a numerosos condicionamientos hasta que llega el momento en que puede ser capaz de elegir por sí mismo. Es cierto que, a diferencia de los adultos cuyas elecciones también pueden sufrir condicionamientos, los niños no siempre están en condiciones de rechazarlos con toda libertad, ya que en muchos casos no son capaces de distinguir con claridad el adoctrinamiento del no adoctrinamiento. Ellos se ven sometidos, en su actividad diaria, a la influencia de numerosos sujetos: sus padres, profesores, ministros de culto, los medios masivos de comunicación, etcétera; pues para ayudar a clarificar situaciones y tomar decisiones convenientes y equitativas es necesario el ámbito adecuado, que es lo que reitero, expresamente se prescriba.

Destaca, que es precisamente, la noción de autonomía progresiva la que atiende a pautas reales y concretas. Es el grado de madurez de cada niño lo que permitirá al juez, al médico, etcétera, reconocer si la decisión del niño proviene de una voluntad libre o condicionada.

La pauta de la edad y grado de madurez está ampliamente recogida en el Código Civil (incorporada entre otros a los arts. 24, 26, 66, 404, 425, 595, 596, 598, 608, 613, 617, 626, 627, 639, 679, 690, 707, etc. C.C. y C.). Interpreta, que el punto de mira se trasladó, pues, de la familia como organismo a la persona como titular de este derecho a vivir en familia. Cita a Encarna Roca y señala que ésta ha sintetizado magníficamente este cambio de mira con la expresión de la casa a la persona y explica: la circunstancia de que el constituyente no sea insensible a la

institución familiar y que disponga su protección no significa que esa protección, no significa, que alcance un grado tal, que incida negativamente en la individualidad de sus integrantes.

La familia es, pues, una sociedad abierta, porque es una comunidad en la que madura la personalidad de los individuos que la forman, y en esta tarea colabora asimismo el Estado. La coincidencia con los pensadores de otras áreas de estudio es manifiesta: La definición nostálgica de la familia como célula básica de la sociedad caducó hace décadas cuando las metástasis de esas células no pudieron ocultarse y fue necesario distinguir la importancia fundacional de las organizaciones familiares para el desarrollo humano, diferenciándola de las calidades de algunas de sus prácticas violentas, homicidas a veces y, en oportunidades, convertidas en un tembladeral para el equilibrio psicológico de sus miembros. Como dice Carbonnier, “no hay que hablar del derecho de familia, sino más bien del derecho de un hombre y de una mujer a la familia”, a lo que agregaría: un derecho a la familia de todos sus miembros, como personas en plenitud, y en este contexto del niño a ser escuchado, y su participación a ser expresa y concretamente incorporada, en un ámbito adecuado, al Código de Forma Provincial.

3 – CONCLUSION

Del análisis del tema planteado y especialmente de las distintas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, surge que las sombras que oscurecían la efectiva realización de los derechos de los niños a ser oídos, han comenzado a superarse. El reconocimiento legislativo, ahora no sólo está en la CDN, sino que se encuentra plasmado en el Cód. Civil y aliento firmemente la iniciativa de un cambio en la normativa provincial. A pesar de esto, estimo que los derechos de los niños, deben comenzar ejerciéndose primero en la comunidad de vida más pequeña y a su vez la más importante: la familia. Sólo en la democratización de ésta, comienza a gestarse el desarrollo de los mismos.

Es evidente que la Convención de los Derechos del Niño marca un antes y un después en la concepción y aplicación de los ahora protagonistas y titulares de este derecho.

A pesar de lo expuesto y parafraseando a Dé Mause⁴ no podemos negar que “la historia de la infancia es una pesadilla de la que hemos empezado a despertar desde hace muy poco”, a lo que agregaría que también es necesario saber cómo y con qué medios despertar.

Los extremos fueron y serán inconvenientes. Escuchar a un niño, en el marco de la doctrina de la situación irregular, era un escándalo y respondía sin duda a un extremo. No podemos entonces caer en otro extremo en nombre de la protección integral de los derechos niños y del nuevo paradigma.

Es imprescindible, a mi criterio, lograr un sano equilibrio donde la educación, la responsabilidad, el respeto y la prudencia sean presupuestos básicos para el ejercicio pleno de los derechos de los NNA, en respeto y consideración a su autonomía progresiva, a su grado de madurez.

Es sabido que el Derecho en soledad no existe, que regula conductas humanas y las armoniza en interacción con todos los miembros de una sociedad organizada. A su vez, necesita de otros factores o elementos como la educación, que también debe comenzar en el seno de la familia y que debe caracterizarse por ser integral.

En un marco de respeto, educación, responsabilidad, en suma, de valores que le permitan ser una persona de bien aprenderá a oír, a pensar, a formarse un criterio propio, a ser verdaderamente libre.

En cuanto a la función de los jueces es indispensable destacar que no se requieren magos ni héroes, sino seres humanos con independencia de criterio, comprometidos y capacitados para su función.

⁴ Dé MauseLloyd . Historia de la Infancia. Alianza . Madrid. Citado por María C. Perceval en “ La nueva institucionalidad de la Ley 26.061. Ed. Del Puerto. Año 2.008. Pág. 153.

Es preciso comprender que la implementación y desarrollo de los Derechos del niño no constituye a mi criterio el aislamiento de éstos ni la utopía absurda de creer que en pos de los mismos deben independizarse de su familia y especialmente de los padres. En virtud de esto, cabe destacar una vez más que se deben compatibilizar los derechos y deberes de los niños con los derechos y deberes de los padres emergentes de su responsabilidad parental, a fin de lograr la democratización equilibrada de la familia.

El proceso que conduce hacia la cristalización efectiva de los Derechos de los niños/as y adolescentes transita un camino de fecunda realización. De ellos depende el aprendizaje responsable de su ejercicio, de nosotros los adultos la aceptación del nuevo desafío y la certeza de que no somos dueños de toda la verdad (al decir de Sófocles⁵) en la defensa del joven Hemón que levantó su voz ante su rey para expresarle literalmente **“Si reconoces que hay en mí, a pesar de mi juventud un poco de juicio, admite que te diga que nadie es el dueño de toda la sabiduría y por ello es conveniente escuchar a quien expone buenas razones.”**

Comencemos, pues, a escuchar, convencidos de que como bien dice Eduardo Galeano “muchacha pequeña, en lugares pequeños, haciendo cosas pequeñas, puede cambiar el mundo y esto no es una utopía....porque la utopía sirve para caminar”. En materia de derechos de NNA, hemos superado la utopía y el nuevo camino se transita con firme aire esperanzador, donde la reforma provincial propuesta, es un paso más que coadyuva en este camino.

Mariela Viviana Donaire.

Abogada especialista en Derecho de Familia U.N.R.

Secretaría Judicial Juzgado del Trabajo 1era. Nom. Centro Judicial Concepción

⁵ Ref. a Sófocles en su Tragedia “Antígona”

BIBLIOGRAFÍA

Buenaventura Delgado Criado: "Historia de la Infancia" – Edit. Ariel S.A.Barcelona
– Primera Edición Año 1998

Sófocles. "Antígona".Editor J. Almendros. Año 1.973

Vélez Sarsfield: Código Civil de la República Argentina – Edit. La Ley – Año 2003

.AgostoGabriela y Cejas Cecilia."Aportes del capital social a las políticas de la infancia". Revista de la COPPPAL. La infancia en América Latina y el Caribe. A dos décadas de la Convención sobre los Derechos del Niño. Año 2009.

Cillero BruñolMiguel: Los Derechos del Niño: De la proclamación a la protección efectiva – Justicia y Derechos del Niño N° 3 – UNICEF – Año 2001.

Minyereski Nelly- Herrera Marisa: Autonomía, Capacidad y Participación a la luz de la ley 26.061 . Ed. Del Puerto. Año 2.008.

Famá María Victoria y Herrera Marisa: "CrónicaFamá María Victoria y Herrera Marisa: "Crónica de una ley anunciada y ansiada" – Adla LXVE – 5809 – Doctrina - García MéndezEmilio: "La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: Notas para la construcción de una modesta utopía" – Justicia y Derechos del Niño N° 3 – UNICEF – 1° Edición – Diciembre de 2001

Kemelmajer de Carlucci Aída. "El Derecho Constitucional del menor a ser oído" Revista de Derecho Privado y Comunitario. Págs 164/182. Ed. RubinzalCulzoni. Año 1.994 y Principios Procesales y Tribunales de Familia (Archivo enviado desde LexisNexisOn Line)