

El Niño y la Familia en la Justicia¹

♦ Por Cecilia P. Grosman

Defensa de los derechos humanos del niño y los integrantes de la familia

En esta etapa histórica en que se revela un cambio revolucionario en la concepción de la infancia, constituye para los jueces y operadores del derecho que se reconozca a los niños y adolescentes, en la actuación judicial, como "sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad para modificar su propio medio personal y social". (Exposición de motivos de la Ley Española de Protección del Menor de 1996).

Una función trascendente de la justicia es hacer efectivos los derechos humanos consagrados en los tratados de rango superior. Nadie duda que la realización de la ley es labor esencial de la democracia. Es la justicia la que puede aproximar a la realidad lo que prometen las normas constitucionales al niño y a la familia, tanto respecto de los derechos civiles, como con relación a los derechos económicos, sociales y culturales, igualmente exigibles, tal como ha sido admitido en varios pronunciamientos judiciales.

En este sentido, los futuros abogados deben tener una mirada creativa dirigida al logro de sentencias que den real operatividad a los derechos de jerarquía constitucional. Si la ley se demora, debe actuar la justicia. Como dice Bidart Campos, "ninguna norma puede ser totalmente inocua, aunque no se hubieran dictado las leyes complementarias necesarias y siempre el juez deberá buscar un contenido mínimo de aplicación inmediata".

Es la justicia la que puede aproximar a la realidad lo que prometen las normas constitucionales al niño y a la familia, tanto respecto de los derechos civiles, como con relación a los derechos económicos, sociales y culturales, igualmente exigibles, tal como ha sido admitido en varios pronunciamientos judiciales.

Pero también las decisiones judiciales cumplen una función docente porque emiten mensajes a la sociedad sobre la ilegitimidad de ciertos comportamientos que se viven como naturales. Tomo como ejemplo un fallo reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un padrastro, que golpeó a su hijastro de 9 años, fue absuelto por un tribunal inglés. En el caso el juez sostuvo que el padrastro había ejercido el derecho de corrección que revestía la calidad de "moderada o razonable"

porque se trataba de un niño indisciplinado tanto en el hogar como en la escuela. El informe médico reveló que el niño había sufrido constantes golpes con el auxilio de un palo. El niño, debidamente representado, demandó al gobierno inglés ante el Tribunal Europeo y la decisión fue que se había violado el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos donde se ordena que nadie puede ser objeto de trato inhumano, degradante o castigos. Por consiguiente, condenó al gobierno inglés a pagar daños y perjuicios².

Los jueces y abogados de familia se enfrentan actualmente con una realidad compleja, con un ensanche del paisaje familiar que los obliga, ante la falta de normas legales, a soluciones imaginativas para asegurar los derechos del niño y la familia. Pensemos en el incremento de las uniones de hecho o la magnitud relevante de las familias ensambladas, es decir, aquellas que se constituyen cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de una unión anterior. Estas familias plantean problemas: nuevos, conflictos entre la nueva familia y las precedentes en materia, por ejemplo, de concurrencias alimentarias, vivienda o autoridad parental que los abogados deberán presentar y los jueces resolver, mientras no se dicten normas específicas, mediante la aplicación de principios generales y normas constitucionales.

Para lograr los acuerdos nos parece importante impulsar una ley de mediación familiar para que las propias partes asuman su responsabilidad en la solución del conflicto. Igualmente, con la misma finalidad se impone, la creación de tribunales de familia, con estructura y procedimientos, específicos, dentro de las cuales consideramos imprescindible, establecer una etapa previa de conciliación a cargo de funcionarios especializados

El interés superior del niño

Una de las nociones que más ha servido a los jueces para resolver las múltiples situaciones particulares que se presentan en la sociedad con relación a la niñez, especialmente cuando hay un vacío legal o un conflicto de derechos, es el "interés superior del niño". Pese a los riesgos que siempre implica la aplicación de una fórmula abierta, pues depende de la interpretación de los jueces, condicionados, a menudo, por su historia personal, experiencias e ideología, es necesario enaltecer este parámetro en cuanto representa el reconocimiento del niño como una persona, con sus propios derechos y necesidades que debe contemplarse en la singularidad de la situación planteada. Como se ha sostenido, el "interés superior del niño" constituye un principio garantista pues se identifica con la satisfacción de los derechos fundamentales de la infancia. Es decir, el juez, frente a una laguna legal o cuando la norma positiva lesiona el valor justicia en el caso concreto, no evalúa el interés del niño desde la nada, sino precisamente teniendo en cuenta sus derechos esenciales. La ley 114 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la ciudad de Buenos Aires, nos dice que se entiende por "interés superior" "el sistema integral que conforman todos y cada uno de los derechos" que se reconoce a la infancia.

Justo equilibrio entre el derecho a la privacidad y autonomía de la familia y el respeto por los derechos humanos

La justicia que trata conflictos de familia se ubica en un lugar muy delicado, el encuentro entre el mundo público y el mundo privado, y en sus acciones debe lograr el justo equilibrio entre el derecho a la intimidad, el respeto por la privacidad y autonomía familiar y, al mismo tiempo, asegurar los derechos de los integrantes de la familia.

No puede mantener la actitud de prescindencia de aquel personaje de una obra de Pirandello: "cosas de familia, No entra nadie, Sólo Dios y basta". El sabio art. 19 de la Constitución Nacional nos dice que las acciones privadas de los hombres están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados siempre que no perjudiquen a un tercero. De esta manera, por ejemplo, los jueces han otorgado autorización para intervenciones médicas, como las transfusiones sanguíneas, cuando los padres negaron su consentimiento por razones religiosas.

Igualmente, la ley pública debe ingresar a una familia donde se ha instalado un poder injusto que dicta su propia ley abusiva. En los casos de maltrato infantil no sólo se lesiona el interés del niño, sino de la sociedad en su conjunto porque niños educados en la violencia engendran hombres violentos. Al mismo tiempo, es previsible una mayor intervención del Tribunal a raíz de la redefinición de las relaciones entre

padres e hijos que ha conducido a la ampliación del espacio de la autonomía personal del niño o adolescente, en materias, por ejemplo, como la elección de una religión, el cuidado del propio cuerpo, participación en la vida social, elecciones educativas y laborales o preservación de la intimidad.

También en el ámbito judicial la tendencia actual es procurar que las decisiones que deben adoptarse cuenten con la adhesión de los padres y del propio niño o adolescente de acuerdo con su edad y madurez. Es decir, la idea es lograr el consenso y participación en la indagación de las soluciones posibles

Hoy en día, la justicia de familia también se enfrenta con la importante misión de armonizar, en el ámbito privado, el principio individualista, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el respeto del "otro", es decir, la afirmación de los principios de solidaridad y responsabilidad familiar y social. Estos principios deben ser fuertemente defendidos, particularmente en el momento actual en que la declinación de las funciones sociales del Estado obliga a las familias a asumir por sí mismas, la carga del sostén y asistencia del núcleo.

La protección del niño en los casos de maltrato infantil

Dentro de los variados aspectos en los cuales la justicia de familia cumple una función protectora de la niñez, nos interesa particularizar los casos de maltrato infantil, cuando los autores son sus propios padres o guardadores.

Actualmente se observa un modelo de intervención que expresa un cambio en la naturaleza del control social: el abandono progresivo de las respuestas de tipo represivo donde se apunta sólo al autor de los hechos abusivos y su reemplazo por un sistema centrado en la rehabilitación de los vínculos en el cual

Con relación al niño, si bien los padres tienen plena libertad para elegir la forma en que criaran y educaran a sus hijos y el Estado no debe entrometerse en el cumplimiento de esta función, los Jueces tienen el indelegable deber de garantizar los derechos del niño que les exige muchas veces pasar por encima de la voluntad de los padres y adoptar medidas que protejan la vida, la salud o integridad de los hijos.

predominan los aspectos terapéuticos, educativos o compensatorios que atienden a todo el sistema familiar. En nuestro país, es indudable que la apertura de una nueva vía judicial –las leyes de protección contra la violencia familiar de carácter civil- ha aumentado notablemente la visibilidad del fenómeno y ha permitido adoptar medidas de protección y tratamiento del conflicto familiar.

Como consecuencia de este enfoque social, educativo y terapéutico, en el derecho contemporáneo (Francia, Inglaterra, España, Québec, Bélgica, Alemania y muchas jurisdicciones de los Estados Unidos) se busca evitar la judicialización de las situaciones de maltrato y, por lo tanto, en primera instancia los servicios sociales cuyo objetivo es construir las soluciones posibles con la participación y cooperación de los padres o guardadores, incluso del propio niño y adolescente conforme a su edad y grado de madurez. Sólo cuando no se logra el acuerdo con los progenitores, se repiten los hechos de violencia, se interrumpen los tratamientos, no se respetan las pautas convenidas o es indispensable adoptar medidas de amparo, se realizan las derivaciones al Poder Judicial. Va de suyo que la complejidad del problema impide aferrarse a una sola opción pues, a menudo, la intervención social requiere un marco judicial para asegurar la eficacia de los acuerdos o tratamientos.

También en el ámbito judicial la tendencia actual es procurar que las decisiones que deben adoptarse cuenten con la adhesión de los padres y del propio niño o adolescente de acuerdo con su edad y madurez. Es decir, la idea es lograr el consenso y participación en la indagación de las soluciones posibles.

En este sentido, ya nadie duda que, en la medida de lo posible; conviene al interés del niño

permanecer en el ámbito familiar (art. 9.1 convención sobre los Derechos del Niño). Pelear por la permanencia del niño en la familia tiene como trasfondo esencial creer en la posibilidad de la recuperación de los vínculos. El camino de la separación es el más rápido, pero el peor para el niño víctima que muchas veces queda internado y marginado de la sociedad. Se lo castiga con la pérdida de la libertad. El segundo camino, el rehabilitador es más complicado porque, con frecuencia, no se sabe como ayudar a la familia; se requieren constantes experimentaciones y un mayor grado seguimiento, pero para el niño resulta positivo este esfuerzo para mantenerlo en el núcleo familiar. Indudablemente, como es obvio, si existe una situación de peligro de que se reiteren los hechos abusivos, debe ordenarse la exclusión o la prohibición de ingreso al hogar del autor de tales episodios.

Si por distintas circunstancias no es posible la permanencia del niño junto a su familia o es necesario el apartamiento de manera temporaria mientras se realizan los tratamientos, viene las otras alternativas conocidas: un pariente, otra familia u hogares de acogimiento temporario. La institucionalización debe desterrarse porque indudablemente, constituye una segunda victimización del niño víctima.

En los casos en que se separe al niño de su entorno, es necesario asegurar que continúe el trato y la comunicación con sus padres y procurar su retorno en el menor tiempo posible, acompañado de una supervisión que ayude a la familia a la readaptación. Naturalmente, las medidas protectoras y su seguimiento, deben contar con el apoyo de los equipos técnicos, para determinar su resultado y los cambios que son necesarios.

Conflictos que nacen de una situación de ruptura conyugal

En suma, se producen diversas apropiaciones del niño como si fuese un objeto de posesión. En los casos de ruptura de la pareja, los padres, más de una vez absorbidos por sus emociones, se olvidan del hijo y si bien ellos creen que están peleando por su bienestar, en realidad defienden sólo posiciones movidos por sus sentimientos de animosidad o resentimiento contra el otro progenitor. También cuando los padres dejan de ver a sus hijos o no le prestan asistencia, se configura un maltrato por abandono que lesiona su derecho al desarrollo, a la salud y a la educación. En algunas legislaciones, como el Código de Menores de Bolivia, se incluye específicamente como una forma de maltrato, la utilización del niño como objeto de presión, chantaje, hostigamiento y/o retención arbitraria en los conflictos familiares.

Quando hablamos de maltrato infantil, no aludimos exclusivamente a sus formas clásicas: maltrato físico y emocional, negligencia: abandono y abuso sexual; hoy en día se incluye en esta categoría una fuente importante de victimización del niño: cuando los padres se disputan su cuidado sin atender a sus necesidades y bienestar, cuando lo retienen indebidamente o lo trasladan privándolo de la relación y trato con el otro progenitor.

En estos conflictos, la mirada puesta en la negociación, en la búsqueda de consenso, pero sin claudicación de los derechos, constituye, a nuestro criterio, una exigencia ética para los abogados. Si consideramos, por ejemplo, la negativa de uno de los progenitores a que el otro tenga comunicación con el hijo –que representa para el niño un maltratado grave que perturba su normal desarrollo- esta oposición difícilmente se resuelve con sanciones, sino que son necesarias otras estrategias que estimulen el respeto por el principio de coparentalidad. De esta manera, se ha impulsado desde el espacio judicial la celebración de acuerdos entre los padres para acudir a terapias que les permita afrontar la relación con el niño de una manera más constructiva. La salud física y psíquica es un derecho, pero también es un deber cuando las acciones lesionan a un tercero, en el caso al propio hijo. La mirada rehabilitadora del tribunal en modo alguno implica renunciar a la función judicial de garantizar los derechos consagrados. De esta manera, tanto en el país como en fallos registrados en la jurisprudencia extranjera frente a estos casos en que la madre ofrece resistencia para que el padre tenga contacto con el hijo, se ha decidido modificar la guarda del hijo, es decir, se ha dado preferencia para residir con el niño al padre que facilita en mayor medida el trato con el

otro progenitor (CNC. Sala L, 19/9/91, LL 26/11/91; Québec, Suecia, Estados Unidos (California, Alasca, Arizona).

Es esencial, para que la familia pueda seguir cumpliendo la función de socialización de los hijos, pese a la ruptura conyugal, desalentar la mirada adversaria que sostiene e incrementa el litigio, pues uno gana y el otro pierde y ello provoca resentimientos que se perciben en conductas futuras.

Debe tenerse en cuenta que los jueces de familia tienen una labor más comprometida, pues la sentencia no resuelve una controversia entre partes que luego no se verán, sino que los padres deben seguir cumpliendo con su función parental y, por lo tanto, es preciso idear decisiones que tengan influencia positiva en la dinámica familiar y eviten futuros desencuentros.

El modelo democrático en la actuación institucional

Al mismo tiempo que sostenemos la necesidad de fortalecer los principios democráticos en la familia como prevención básica para alejar los comportamientos violentos, también en el ámbito de la justicia es indispensable un funcionamiento institucional democrático que considere al niño como una persona con los derechos que corresponden a cualquier justiciable. En este sentido, nos parece necesario:

A.-Hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia mediante la remoción de los obstáculos sociales, económicos o culturales que impiden al niño la defensa de sus derechos. Los niños generalmente no hablan, no hacen reclamos y difícilmente accedan a los tribunales por sí mismos. Para ello se requiere mecanismos comunitarios que implementen su acompañamiento social.

B.- Es preciso sancionar normas que reglamenten adecuadamente los diversos derechos del niño consagrados constitucionalmente, pues la falta de regulaciones da lugar a criterios contradictorios que afecta el principio de seguridad jurídica.

C.-Un proceso de familia que asegure una efectiva protección del niño y la familia exige, como ha sido sostenido de manera insistente, una justicia especializada, no simplemente juzgados civiles con competencia en familia, con una estructura propia, con la presencia de un equipo de expertos y un procedimiento que se adecue a los conflictos familiares: intermediación, celeridad, concentración y economía procesal. Una decisión tardía no sirve a ningún usuario del servicio de la justicia, pero el factor tiempo; es esencial para el niño, pues el transcurrir de la vida sin que se adopten las medidas adecuadas puede causarle un perjuicio irreparable.

D.- Igualmente, es necesario que las Defensorías de menores cuenten con una infraestructura y personal especializado que les permita cumplir adecuadamente las amplias funciones que actualmente tienen asignadas de acuerdo con la Ley Orgánica del Ministerio Público Nacional, y la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires.

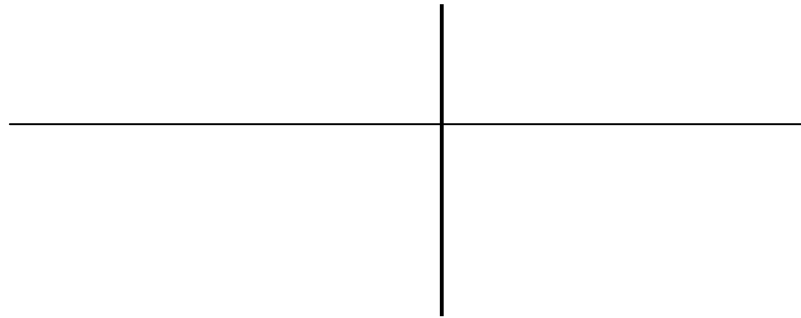
E.- La participación del niño en el proceso significa darle una representación propia que lo asista y defienda sus intereses, colabore en la investigación, sugiera las soluciones convenientes y controle las medidas adoptadas. Pensamos en abogados especializados en minoridad a cargo del Estado o de los Colegios Profesionales pues los niños no tienen responsabilidad financiera y en los sectores de menores recursos tampoco los padres están en condiciones de pagar honorarios.

F.- Finalmente, completa el deber; de tutela efectiva del niño, escucharlo y que se tome en cuenta su opinión (art.12 de la Convención sobre los Derechos del Niño) elemento clave para determinar su mejor interés pues permite descubrir sus necesidades, vínculos afectivos o dificultades. Esto significa la participación del niño y adolescente en el proceso en calidad de sujeto y no meramente objeto de protección.

G.- También es necesario pensar en la construcción de redes que funcionen como Sistemas de apoyo: la Familia extensa, la escuela o la iglesia. En la hora actual la justicia no puede trabajar en forma aislada; los conflictos de familia y la protección de niños y adolescentes requiere una actuación que, las mas de las veces, sobrepasa la función judicial y exige una respuesta compleja y articulada con distintos servicios sociales y la comunidad.

Concluimos con la advertencia que resulta dura la labor de los jueces y abogados cuando los conflictos se encuentran unidos a situaciones de pobreza, exclusión y marginalidad imposibles de superar desde los estrados de la justicia. Las palabras de un informe del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (1998): oponer "la globalización de la sociedad civil a la "globalización de la pobreza", nos impulsa aplaudir y alentar la labor solidaria de los jóvenes universitarios (hace poco tiempo leímos en los diarios que 3000 estudiantes de la Universidad, al mismo tiempo que siguen sus estudios, alfabetizan,

asesoran jurídicamente y tratan problemas de aprendizaje). Esta tarea sumada a las diversas redes solidarias y trabajos comunitarios contribuye, sin lugar a dudas, a que el espacio de la justicia tenga su justo rol en la defensa de los derechos humanos.



- ◆ ***Profesora Titular Consulta de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, U.B.A. Directora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, Facultad de Derecho, U.B.A.***

¹ *En este trabajo hemos reproducido algunos conceptos de nuestra disertación “El niño y la familia en la justicia” que realizamos el 19 de octubre de 2000, en el marco del Congreso Internacional sobre “el niño víctima en el proceso.*

² *Child and Family Law Quarterly, VII, No 1.p 1999; Geraldine Van Beuren and Randini Wanduragala, Annual Review of International Family Law. The International Survey of Family Law, 2000 Edition 10.*