

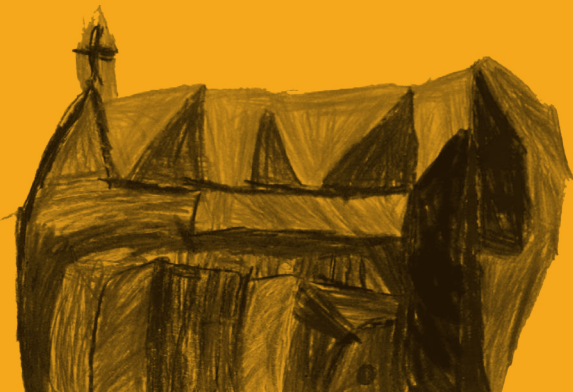


Derecho del niño a ser oído

DRA. JULIA ELIM COLLADO | Jueza de 1^{er}a Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Distrito Judicial N° 19, Esperanza (SF).

«El derecho a ser oído es aquél que posee toda persona, y por lo tanto el niño, a expresar a otra todo lo que siente, desea, piensa, procurando de esta última su atención y escucha consciente».

ANA DEL CARMEN FIGUEROA





1. Normativa

El artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna incorpora desde el año 1994 con jerarquía constitucional la «Convención sobre los Derechos del Niño», adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Dicho plexo legal considera niño a toda persona hasta los dieciocho años y como tal pone vigor en la protección del mismo reconociéndolo como sujeto de derecho, y asimismo legisla su derecho a ser oído.

Hoy corresponde armonizar el concepto preanunciado con los nuevos lineamientos de nuestro Código Civil, en

cuanto se han modificado cuestiones relativas a capacidad que no podemos desconocer en el análisis.

Por su parte el instrumento internacional precitado en su artículo 14 reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Es así que se introduce en nuestra legislación una normativa que tiene como estándar jurídico, «el interés superior del niño» y su bienestar responsabilizando al estado de garantizar dicho principio y su implementación.

En su artículo 12.1 expresa «Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio



propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional», es decir, que el niño tiene un derecho fundamental, el de poder manifestar lo que sucede y ser escuchado por quien tomará las decisiones que se proyectarán en su vida.

Asimismo, el artículo 5 de dicha Convención, hace referencia que el niño puede ejercer su derecho por sí mismo, en forma progresiva, conforme sus facultades.

A nivel nacional, la ley 26061 en sus artículos 2, 3, 24, 27 y 41, se ocupa de regular ampliamente este derecho, entendiéndose que no puede negarse al niño la posibilidad de manifestar su opinión, y que sea considerada por la autoridad competente al momento de resolver la problemática.

De lo expuesto se infiere que la no

puesta en marcha de los mecanismos que brinda la ley vulnera la garantía del debido proceso ya que en ella se reconoce a los niños en su subjetividad, como personas en desarrollo, con capacidades progresivas.

Sabido es que la violación de la garantía al debido proceso contemplada en la Carta Magna en su artículo 18 provoca la nulidad absoluta de las actuaciones procesales llevadas a cabo.

2. ¿Derecho a ser oído o carga procesal? Debate

Según parte de la doctrina el derecho del niño a ser oído es un derecho y no una carga procesal, lo que se halla implícito en el análisis del citado artículo 12 de dicha convención.

Consecuencia de lo predescrito es que el niño, niña y/o adolescente puede decidir hacer uso o no de él, sin que ello implique la renuncia al derecho a ser oído, y menos aún ser compelido por la fuerza a prestar declaración ante estrados judiciales.

De esta manera, el niño tiene derecho de participar, en los procesos de toma de decisiones que afectan a su vida,

así como de ejercer su influencia en las decisiones que se toman a su respecto, pero de igual manera puede no hacerlo si existen circunstancias que así lo determinan.

El interrogante que me planteo es: ¿es realmente un derecho con la consecuencia jurídica de poder exigir la recepción de su declaración en sede judicial? ¿o debe el juez evaluar la conveniencia de la misma? Porque necesariamente de entender esta prerrogativa en su máxima expresión, este derecho a ser oído tiene como contracara el deber de escuchar por parte de quien tiene el poder y la responsabilidad de tomar decisiones respecto de las cosas que afecten al niño.

De igual manera, las manifestaciones de los niños deben ser valoradas teniendo en cuenta, según el caso, el grado de independencia y el criterio propio que exhiba, su permeabilidad a la influencia de sus progenitores o de las terceras personas, su aptitud para comprender situaciones y grado de conciencia y demás fundamentos serios o causa atendibles que puedan apreciarse en sus determinaciones.

Es prioritario que el procedimiento para escuchar al niño sea el indicado en

función de sus circunstancias, siendo responsable la autoridad judicial de estar inmiscuido en la problemática para poder abordarla y contar con los recursos humanos necesarios para analizar su declaración en el contexto de la casuística que debe resolver.

3. Criterio jurisprudencial

La Sala B de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, en fallo «K.M. y otro c. K. M.D., 19-3-2009» ha dicho: «a partir de la sanción de la ley 26061 ya no será posible atar la capacidad de hecho exclusivamente a períodos cronológicos, sino que debe tenerse en cuenta la autonomía progresiva que adquiera el niño (...): Repárese que el artículo 5 dispone que las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, deben impartirle a este «dirección y orientación apropiada para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. El artículo 12 hace alusión a la necesidad de escuchar las opiniones de los niños: «en condiciones de formarse un juicio propio, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez». El artículo 14 reconoce el derecho del niño

a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, agrega que los adultos encargados de su cuidado deberán guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

En el contexto de la importancia que hoy ha cobrado la declaración de los niños, debemos analizar qué valor darle a la opinión del mismo al momento de decidir una problemática.

Cito a continuación, en apretada síntesis la resolución de un juicio que amén de compartirla o no entiendo que tiene riqueza en su contenido para lo que es la reflexión final.

El Tribunal de Alzada Partes: S. S. M. C/ M. M. A. L. s/ tenencia - régimen de visitas Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala/ Juzgado: II.-Fecha: 23-feb-2010 «...confirió a la madre S. M. S. la tenencia provisoria de los dos hijos que en la actualidad conviven con ella F. A. y A.V. (de 14 y 8 años respectivamente) y la de L. E. (de 11 años), quien lo hace con el padre -A.M.M.-, habiendo sido oídos los menores por el Tribunal en la audiencia de fs. 259. Además la sentencia dispuso que el régimen de visitas de todos los hijos con el padre se ce-

lebre con la supervisión de la psicóloga G. y la asistente social P., en sede judicial y con una dinámica de trabajo y con informes evaluativos.

El decisorio recurrido partió de un presupuesto fáctico, la personalidad agresiva de M. y haberle proferido a su esposa y a sus hijos reiterados actos de agresión física y verbal, los que -por la dinámica de la estructuración psicológica y familiar- L. E. (quien, reitero, convive en la actualidad con el padre) tiende a minimizar o disculpar.

La pericia psicológica de la perito oficial Lic. M.E. N. da cuenta que «en las verbalizaciones de los niños (en la evaluación psicológica no tienen estatuto de declaración) que traducen su estado emocional, incide necesariamente la presión interna que ejercen las vivencias traumáticas. Los tres niños aludieron a situaciones de maltrato físico y emocional ejercido por su propio padre. Cuando un niño es victimizado por personas que cumplen función de protección y amparo la perturbación que sufren es mayor. Surge un conflicto interno entre el amor y el odio, y en ocasiones hasta culpabilidad por delatar al progenitor victimizante.» (sic. fs. 151/151 vta.).

2. El cuadro descripto hace caer por su contundencia el argumento del agravio para revocar el fallo y mantener la con-

vivencia de L. E. con su padre, alegándose la necesidad de respetar el *status quo*, atender a la negativa del niño a vivir con su madre y la pareja de ésta (que, dicho sea de paso, no se acreditó que interfiriera en el vínculo con F. A. y A.V. que sí conviven con ellos) y evitar otras consecuencias como el traslado de la escuela y aguardar la opinión del psiquiatra que atenderá al padre.

En definitiva, y toda vez que la modificación del *status quo* para L. E. lo que procura -precisamente- es atender a su bienestar ante la contundencia de la prueba ponderada (incluida la admisión procesal de M.) corresponde desestimar el agravio y confirmar el decisorio atacado.

3. También es importante destacar que el deber de oír al menor (lo que el Tribunal efectuó a fs. 259) no importa -como se decidió reiteradamente- admitir automáticamente lo que, en el caso, L. E. pretenda que, es precisamente, seguir conviviendo con el padre.

Puntualiza Grossman que «su palabra no es vinculante y debe valorarse con los restantes elementos del juicio» (C.N.Civ., sala H, 20-10-97, L. L. 1998-D-261; Grosman, Cecilia P., «El cuidado compartido de los hijos des-

pués del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?», Kemelmajer de Carlucci, Aída - Pérez Gallardo, Leonardo B., «Nuevos perfiles del derecho de familia», pág. 179, y ss.). Acota Fanzolato que «la opinión expresada por los menores no somete al juez pues no se debe confundir el sentimiento del menor con lo que resulte ser su conveniencia; sus manifestaciones únicamente constituirán un elemento más para fundamentar la decisión sobre la guarda» (cf. Bueres, Alberto J. - Highton, Elena I., «Código Civil», Tomo 1B, pág. 167).

Para rebatir el argumento de que debe respetarse su voluntad transcribo sólo dos conclusiones del informe psicológico glosado a fs. 76/80. «Se sirve (L. E.) del mecanismo de la desmentida en función de sostener una imagen valorizada del padre. De esa forma tiende a borrar el valor de la madre y su presencia en cualquier situación». Además «requiere asistencia psicológica, ya que se observa que la posición subjetiva del niño está alienada a la de su padre.

La solución propuesta es la que se compadece con el real significado del «concepto de 'interés superior del niño' consagrado en los arts.3.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del

Niño que debe ser preferido por los jueces sobre los demás derechos de los padres y de la familia, al momento de decidir los conflictos que impliquen la tenencia de menores» (art. 12.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849, incorporada a la Constitución de la Nación Argentina por la reforma de 1994 en el art. 75 inc. 22, 2º párrafo, arts. 3 ap. b), 24 y 4.

4. Reflexiones finales: ¿el niño es quien decide en los conflictos de familia? Carga emotiva y consecuencias psicológicas. Responsabilidad de los jueces en brindarles protección

El interrogante que surge es el siguiente: cuando hablamos de niños, niñas o adolescentes, corresponde preguntarnos si es positivo o negativo que participen en el proceso.

En la investigación «Hacia una fenomenología de la victimización secundaria en los niños» realizada por Christian Anker Ulrich, (Psicólogo de la Unidad de atención de víctimas y testigos, fiscalía regional de Valparaíso, Chile), se concluye que es bueno dar participación a los antedichos, y refiere

que cada niño luego de una situación traumática transita un proceso de duelo. En algunos casos la participación en el proceso, el refiere al penal, por analogía se puede aplicar al civil, donde se convierte en un «rito» en el que puede elaborar discursiva y mímicamente su duelo y dolor frente a un mundo de significados que lo objetivará, y traducirá mediante la judicialización. Añade que si el niño que ha sufrido esta herida además se le oculta el proceso y sus características se lo está privando no del hecho que lo agredió, sino de la posibilidad de ver cómo solucionar esta etapa tan difícil que le ha tocado vivir.

Es evidente que la forma y modos de participación del niño en el proceso son sustanciales a los efectos de que esta participación se convierta en un hecho beneficioso para su estructuración social.

Amén de lo expuesto, si bien el derecho a ser oído es incuestionable cabe una enorme responsabilidad a los jueces para que, y con el apoyo de los profesionales idóneos: así vgr. psicólogos, psiquiatras, den una correcta lectura a la declaración de los menores, para que la misma sea un elemento más para determinar la solución más beneficiosa para estos en lo que respec-

ta a su crecimiento, y preservación de salud psicofísica en su integralidad, de manera de hacer una aplicación efectiva del «interés superior del niño», y en modo alguno «utilizar» a los menores a los fines de suplir la decisión y/o responsabilidad de los padres en la toma de decisiones o en el acompañamiento de las mismas una vez que las adopte el juez. ■

BIBLIOGRAFÍA

- BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, 1993.
- GROSMAN, CECILIA, «*La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia.*», LL, Bs. As. 1984-B.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *La familia en el nuevo derecho*, Rubinzal Culzoni, 2009.
- ZANONI, EDUARDO, *Derecho de Familia*, 5^{ta}. Edición, Tomo 2, Bs. As., Astrea, 2012.
- GRAHAM, MARISA - HERRERA, MARISA, «*Derechos de las Familias Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*», Infojus Editorial, SAIJ, 2014.
- ALONSO, SILVINA ANDREA, «*Derecho del niño a ser oído: ¿es un derecho irrenunciable o carga procesal?*» LL.
- FIGUEREDO, ANA DEL CARMEN, «*Derecho al niño a ser oído en los Procesos Judiciales*». Patria Potestad. Opinión del menor. Juzgado de Familia N° 1 Mendoza, 24-2-2014, B.M. L.C. L.M.B. S/ Tenencia, 10-7-2014, Abeledo Perrot, N° AR/JUR/4912/2014. Derecho del niño a ser oído, Expte 85248-10, L.A.A. s. Medidas precautorias, CN Civil Sala F. 17-4-2012, CN Civil Sala G. Ley 26061 Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Convención de los Derechos del Niños ratificada por la República Argentina.