

LA JUDICIALIZACIÓN DE PROBLEMAS RELACIONADOS CON LOS NIÑOS Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Jennifer Waldheim de Arizu*
Universidad Católica Argentina

RECIBIDO EL 5 DE JULIO DE 2016 | ACEPTADO EL 22 DE JULIO DE 2016

RESUMEN

En muchos casos, la judicialización de diversos problemas relacionados con los niños, como la separación del niño de sus padres, o la necesidad de mantener la relación con ambos progenitores en caso de divorcio, entre otros, termina perjudicando el interés superior del niño en vez de protegerlo. La autora considera que debemos pensar alternativas diferentes que ayuden a proteger los derechos de los niños y de sus familias en casos de disfunción familiar. Analiza la protección de la familia y la niñez a nivel nacional e internacional, y agrega su experiencia como Licenciada en Psicología.

ABSTRACT

In many cases, the judicialisation of various issues related to children, such as their separation from their parents, or the need to maintain their relationship with both parents in case of divorce, among others, ends up harming the interests of children instead of protecting them. The author believes that we should think different alternatives to help protect the rights of children and their families in cases of family dysfunction. She analyses the protection of families and children at a national and international level, and adds her professional experience as a psychologist.

En muchos casos, la judicialización de diversos problemas relacionados con los niños, como la separación del niño de sus padres, o la necesidad de mantener la relación con ambos progenitores en caso de divorcio, entre otros, termina perjudicando el interés superior del niño en vez de protegerlo. Como Licenciada en Psicología y estudiante de la Licenciatura en

Ciencias para la Familia en la Universidad Austral, considero que debemos pensar alternativas diferentes que ayuden a proteger los derechos de los niños y de sus familias, en casos de disfunción familiar.

Chávez Asencio señala que en el derecho positivo no encontramos una definición de familia, sin embargo, ésta es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad¹. Por ello, merece ser objeto de protección por ser el lugar natural donde se

* Licenciada en Psicología (Universidad del Aconagua) con especialidad en Clínica Infanto Juvenil (Consejo Deontológico de Psicólogos Ministerio de Salud de Mendoza). Psicóloga del Servicio de Salud Mental y del Servicio de Neonatología del Hospital Pediátrico Dr Humberto Notti. Docente Investigadora del Programa de Investigación en Psicología de la Pontificia Universidad Católica Argentina Mendoza.

¹ Chávez Asencio, Manuel, *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, Ed. Porrúa, México, 2007, pág. 170.

desarrolla el ser humano desde su concepción hasta su muerte. Aurora Pérez, pediatra argentina, sostiene que la familia es la matriz de la humanización, donde el bebé luego de nacer continúa su crecimiento y desarrollo en la matriz extra uterina llamada familia².

Si uno analiza la historia de la maternidad y la niñez, éstas no gozaron de protección jurídica hasta hace relativamente muy poco tiempo. El cuidado de la salud del niño es una preocupación que aumenta a lo largo del siglo XVII y el lugar que ocupa el niño en la familia se va transformando³. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), podemos encontrar los derechos familiares de la persona, entre otros, a formar y ser parte de una familia, de la madre a la protección legal y a la seguridad social, al ejercicio de la patria potestad, igualdad de dignidad y de derechos conyugales, derechos de los cónyuges e hijos a la protección legal en caso de cesación de efectos del matrimonio o en caso de abandono. En caso de divorcio, es obligación de los padres y de sus familias extensas proteger el sano desarrollo de los niños y adolescentes. El artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En el prólogo de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (ONU, 1989) se menciona expresamente esta concepción de la protección especial a la niñez. Además, se encuentra reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), así como también se menciona

en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y organizaciones internacionales con mandato en materia de niñez⁴.

Para interpretar el significado, el contenido y los alcances de los derechos de los niños, en particular en relación con los artículos 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁵, y el artículo 16 del Pacto de San Salvador⁶—los cuales garantizan el derecho de los niños a medidas de protección especiales por parte de su familia, la sociedad y el Estado—, es importante recurrir por referencia, no sólo a las disposiciones contenidas en los referidos instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino además a otros instrumentos internacionales que contienen normas más específicas con respecto a la protección de la niñez.

El corpus juris en materia de infancia en torno al derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos se desarrolla especialmente en las normas fundamentales de la Convención de los Derechos del Niño (ONU, 1989), las Directrices sobre asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (Oficina Internacional de los Derechos del Niño (ONU, 2003), las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad (Cumbre Judi-

De acuerdo al sistema interamericano de derechos humanos, la familia es el núcleo primario en el cual los niños y las niñas se deben desarrollar armónicamente, además del espacio en el cual en primer momento deben ejercer y contar de manera plena con los derechos de los cuales son titulares. La familia debe velar por que los niños y las niñas tengan las condiciones necesarias para lograr su desarrollo integral, lo que implica no sólo proporcionar medios materiales, sino también afectivos y psicológicos, además de la constante garantía y respeto pleno de los derechos de estos sin excepción.

⁴ Corte IDH, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párrafo 51.

⁵ “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a la protección, cuidados y ayuda especiales”.

⁶ “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo” (artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercer período ordinario de sesiones de la Asamblea General).

² Pérez, Aurora, “La familia como matriz de la humanización”, disponible en http://www.fmed.uba.ar/depto/pediatrici/tomas/flia_matriz.htm.

³ Vega, Edith, *El Psicoterapeuta en Neonatología*, Lugar Editorial, Buenos Aires, 2006, pág. 18.

cial Iberoamericana, 2008) y la Observación General Nº12 (ONU, 2009).

En cuanto a la protección constitucional de la familia en el derecho argentino, la Constitución promulgada en el año 1853 no tenía ningún texto que hiciera mención a la familia, como tampoco lo tuvieron sus posteriores reformas de 1860, 1866 y 1898. La Constitución Nacional de 1853 tiene como lo fundamental al individuo; la obra de Juan Bautista Alberdi, su principal fuente, se inspiró en la Constitución de los Estados Unidos, de corte netamente individualista. Ese individuo anónimo que es un ciudadano, está protegido por la vigencia de los derechos individuales.

La Constitución Argentina de 1949 fue una constitución incluida en la corriente del constitucionalismo social que incorporó los derechos de la familia, la igualdad de hombres y mujeres en las relaciones familiares, de la ancianidad, entre otros. El art. 37, II, de la aludida reforma, expresaba: “La familia, como núcleo fundamental de la sociedad, será objeto de preferente protección por parte del Estado, el que reconoce sus derechos en lo que respecta a su constitución, defensa y cumplimiento de sus fines. 1. El Estado protege el matrimonio, garantiza la igualdad jurídica de los cónyuges y la patria potestad. 2. El Estado formará la unidad económica familia de conformidad con lo que una ley especial establezca. 3. El Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine. 4. La atención y asistencia de la madre y del niño gozarán de la especial y privilegiada consideración del Estado”.

En la reforma constitucional de 1949, se concibe a la familia como un organismo natural, anterior al Estado, que la reconoce, no la crea, coincidiendo con Chávez Asencio⁷ que señala que la familia y los derechos humanos son dos instituciones íntimamente relacionadas y que la norma jurídica queda matizada por el sentimiento, el servicio y el amor que en la familia se viven. Pero en 1957, se deroga la última Constitución alcanzada, restableciéndose la Constitución Argentina de 1853 con sus reformas de 1860, 1866, 1898, quedando reducidos los puntos básicos observados por la reforma del 49, como era el reconocimiento de la familia y sus derechos, como célula fundamental de

la sociedad. Quedó solo lo que se incorporó como art. 14 bis, tercer párr.: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con

participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

En la reforma de 1994, se incorporaron entre las

facultades del Congreso Nacional algunas relativas a la participación de la familia y de la sociedad en la educación⁸, así como a la promoción de medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad⁹.

Bidart Campos en diversos trabajos se ocupó de la incidencia del Derecho Público en el Derecho de la Familia, como área de conocimiento perteneciente al Derecho Privado en los que estudia la protección de la intimidad y la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones familiares sobre el debate de temas emergentes de problemáticas actuales como la educación de los hijos, el nombre y el apellido de la persona, el derecho a la procreación y a la procreación humana

⁸ Constitución Nacional, art 75, inciso 19, párr. 3: “Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”.

⁹ Constitución Nacional, art 75, inciso 23: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

⁷ Chávez Asencio, Manuel, *La Familia en el Derecho...* (op. cit.), pág. 167.

asistida, de ésta última deriva el derecho a la identidad y filiación, entre otros¹⁰.

A pesar de la reseñada protección de la familia a nivel constitucional, la última reforma del Código Civil no defiende ni promueve la integridad de la familia, sino que la menoscaba en diferentes flancos que la ponen cada vez en peor situación dentro de nuestra sociedad. Los miembros familiares se presentan como integrantes de una organización con intereses de satisfacción individuales que se celebran mediante un contrato. Por ejemplo, Ursula Basset¹¹ analiza el concepto de “patria potestad” del antiguo Código Civil, modificado por el de “responsabilidad parental” en el Código Civil y Comercial, señalando que llevaba ínsita la idea de los hijos como objeto de protección y no como sujetos de derecho en desarrollo, pero el antiguo Art. 264 lejos de poner a los padres en una relación verticalista, los ponía en servicio de los hijos. El nuevo Código Civil ha dado varios pasos hacia atrás en relación a la protección de la familia.

En relación a los niños, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2002), en sus intervenciones escritas y orales, manifestó que la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño constituyó “la culminación de un proceso durante el cual se construyó el llamado modelo o doctrina de la protección integral de los derechos del niño”. Este nuevo sistema se caracteriza por reconocer a los niños como sujetos de derechos y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección, las cuales deben impedir intervenciones ilegítimas del Estado que vulneren sus derechos; dejar atrás la “judicialización” de asuntos exclusivamente sociales y el internamiento de los niños o jóvenes cuyos derechos económicos, sociales y culturales se encuentran vulnerados; evitar la utilización de “eufemismos justificados por el argumento de la protección”, lo cual impida emplear los mecanismos de protección de derechos fundamentales propios del debido proceso; brindar un trato diferenciado entre los niños cuyos derechos se encuentran vulnerados, y aquellos otros a quienes se les imputa la comisión de un hecho delictivo; adoptar las medidas de protección que promuevan los derechos del niño y que de ninguna manera los vulneren, considerando el consentimiento del niño y de su grupo familiar; desarrollar políticas públicas universales, así como “focalizadas y descentralizadas”, tendientes a hacer efectivos los derechos de los niños; y establecer un sistema de responsabilidad especial para adolescentes, respetuoso de todas las garantías materiales y procesales.

Con este nuevo modelo, se enfatiza la protección a la familia por ser el lugar por excelencia donde deben efectivizarse en primer lugar los derechos de los niños,

las niñas y los adolescentes cuyas opiniones deben ser priorizadas para la toma de decisiones familiares.

Esta protección a la familia se basa en los siguientes principios: a. Importancia de la familia como “ente de crianza y [...] principal núcleo de socialización del niño”; b. Derecho del niño a tener una familia y a convivir con ella, de manera que se evite la desvinculación de sus padres biológicos o de su familia extendida; de no ser ello posible, se deben buscar otras “modalidades de ubicación familiar” o, finalmente, recurrir a “entidades de abrigo de la comunidad”; y c. “desjudicialización” de los asuntos relativos a cuestiones socioeconómicas y adopción de programas de ayuda social al grupo familiar, tomando en consideración que la simple falta de recursos del Estado no justifica la ausencia de estas políticas.

Todo ser humano es una persona, digna y capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. Goza de autonomía personal, tiene ante sí un proyecto de vida y libertad para tomar decisiones. Pero cuando se trata de niños en proceso de desarrollo físico, cognitivo, emocional y moral, defendemos los 1000 días de oportunidades, estos son, los 9 meses de gestación más los 2 primeros años de vida, fundamentales para el desarrollo de seres humanos sanos. Estos 1000 días de oportunidades dependen de los adultos de referencia. El Estado debe ayudar a fortalecer a los matrimonios a ser padres, implementando programas que los orienten en la crianza de los hijos, tarea que no es 100% natural ni fácil. La protección de los derechos implica el deber de otro para lograrlo.

De acuerdo al sistema interamericano de derechos humanos, la familia es el núcleo primario en el cual los niños y las niñas se deben desarrollar armónicamente, además del espacio en el cual en primer momento deben ejercer y contar de manera plena con los derechos de los cuales son titulares. La familia debe velar por que los niños y las niñas tengan las condiciones necesarias para lograr su desarrollo integral, lo que implica no sólo proporcionar medios materiales, sino también afectivos y psicológicos, además de la constante garantía y respeto pleno de los derechos de estos sin excepción.

En segundo lugar, la sociedad, como el entorno en el que se desarrollan las familias y el espacio de convivencia ampliado entre personas, ésta tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental.

En tercer lugar, el Estado, como estructura jurídica creada para asegurar el respeto y garantía de los derechos humanos, es el obligado permanente de velar por que la familia y la sociedad satisfagan los derechos de los niños y las niñas, además de ser el coadyuvante y subsidiario principal de las obligaciones que no puedan ser cumplidas por la familia y la sociedad, así como el garante permanente de que dicha familia y sociedad no violen, afecten, ni vulneren los derechos de los que todas las niñas y niños son titulares.

En la práctica de mi profesión (Psicología Clínica Infante-Juvenil en la etapa perinatal) se observa un aumento de situaciones de disfunción familiar –distorsión en la comunicación, trastornos vinculares,

¹⁰ Krasnow, Adriana, “El Derecho de Familia y el Derecho Constitucional. Los aportes del Prof. Germán J. Bidart Campos desde su disciplina de pertenencia”, disponible en http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/IyD40_16.pdf, pág. 145-151.

¹¹ Basset, Ursula, “Lo que deja la jurisprudencia en responsabilidad parental a casi un año de vigencia del Código Civil y Comercial”, *El Derecho Cuaderno Jurídico Familia*, Mayo 2016, no. 72, pág. 26.

crisis en los roles parentales y de crianza, dificultades matrimoniales— que han salido del ámbito privado, del intento de resolución de conflictos en la intimidad, buscando la solución en el ámbito público, por ejemplo, incluyendo a la escuela como aliada o en el ámbito judicial civil —penal si existe violencia— desprotegiendo a las niñas y los niños.

Si pensamos en los cuidados fundamentales en el inicio de la vida, detectamos diariamente situaciones de vulnerabilidad y de riesgo para el desarrollo de seres humanos en un ambiente de respeto y de dignidad. La variable socioeconómica ya no es un parámetro condicionante, aunque por supuesto hay mayor vulnerabilidad en situaciones socioeconómicas y educativas bajas. Pero el desarrollo del psiquismo humano, el sostén y la contención que da la funcionalidad familiar no tiene fronteras.

Los conflictos de la pareja conyugal traspasan los límites de la intimidad y los hijos son co-protagonistas de los mismos, en muchos casos los padres los colocan en la “trinchera” cual soldado preparado para el combate. Es necesario diferenciar la pareja conyugal de la parental para poder proteger el espacio de diálogo de los adultos y el psiquismo en desarrollo de los hijos. También surge un dilema cuando las instituciones externas a la familia emiten opiniones en relación a su funcionalidad como es el caso de las escuelas. Es cada vez más frecuente recibir derivaciones de docentes con descripción de conductas aisladas del contexto familiar y social del niño de donde emerge también la pregunta, ¿a quién corresponde contener a las familias con problemas? ¿al docente? ¿al pediatra? Nos encontramos en una época donde la crisis de la parentalidad se destaca como nunca antes en la historia y la infancia se encuentra en riesgo.

Detectamos diariamente situaciones ambivalentes, donde el Estado da respuestas sobreprotectoras intentando reemplazar la función de la familia y por otro lado, ausencia de respuestas desde los organismos administrativos creados para velar y proteger la niñez. Esta demora en la atención de situaciones que requieren inmediatez de respuesta por tratarse de niños en desarrollo, lleva en muchos casos al deterioro de la salud e incluso la muerte, problemática palpable en relación al cuidado materno y la mortalidad infantil.

Probablemente todavía tengamos que dedicar mayor reflexión al concepto de “interés superior del niño”, cuando son muchas las voces y opiniones al respecto. Estamos estrenando los primeros 70 años de los Derechos Humanos y todavía los Estados tienen mucho por hacer.

En cuanto al Estado argentino, en 60 años se han realizado modificaciones de alto impacto en la Constitución en lo que se refiere a los derechos de la familia; sin embargo, no se ha tenido adecuadamente en consideración la protección de los vínculos familiares desde la legislación (sobre todo con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial) ni desde la promoción cultural. Es muy cierto que existen situaciones de vulnerabilidad en las que los niños se encuentran des-

protegidos, pero impresiona el giro que se ha dado en los últimos años en relación a la familia tradicional. Es viable la intromisión del Estado en la intimidad familiar cuando el amparo de cualquiera de sus miembros lo exija¹². Pero no es el Estado el cuidador primario de los niños, sino sus padres y familia y la sociedad debe sostenerla como tal. Temas como la educación sexual, entre otras, no son tareas del Estado.

Hoy en día nos encontramos con muchas familias, no solamente una familia y esto implica una amplia variedad de realidades familiares. Esta diversidad es fiel reflejo de la sociedad actual.

Todas las circunstancias familiares repercuten en la forma de educación de los hijos. Y nos encontramos con familias que por distintos motivos no cuentan con medios o tienen recursos mínimos para lograr el pleno desarrollo de sus miembros. La protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes debe considerar al individuo y a su familia su unidad de abordaje, para prevenir que se realicen etiquetamientos precoces y se patologicen situaciones. Es necesario dignificar a la familia orientarla en la contención, el abrazo, la escucha disponible, la calificación. Muchos trastornos del estado de ánimo se deben a la falta de alguien que le diga lo importante que es para su vida.

La familia a lo largo del ciclo vital familiar pasará por crisis vitales, entendidas éstas como cambios. Estos cambios muchas veces pueden ser planeados y son esperados, pero los cambios inesperados y sorpresivos son los que pondrá a prueba a la familia en su funcionalidad. Funcionalidad que tiene que ver con el clima emocional familiar, la comunicación y el trato recíproco.

La cultura imperante transmite modelos de intereses individuales, de éxito, belleza, placer e inmediatez¹³ que se contradice con la educación en la virtud del amor y en la formación de las demás virtudes. Proceso de desarrollo que implica tiempo y paciencia, sacrificio y frustraciones, tristezas y alegrías. La educación, en tanto formación integral de la persona humana, proceso de encuentro y comunión del que todos salen modificados, sólo puede darse en el amor¹⁴.

Por todo esto, el Estado tiene el deber de velar y proporcionar los medios y la implementación de políticas familiares que aseguren que las personas se desarrollen sanas, seguras, confiadas y felices junto a sus seres queridos.

VOCES: FAMILIA - MENORES - DIVORCIO - TRATADOS INTERNACIONALES - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ESTADO - ORGANISMOS INTERNACIONALES

¹² Krasnow, Adriana, “El Derecho de Familia y el Derecho Constitucional...” (op. cit.), pág.151.

¹³ Honoré, C., *Bajo presión. Cómo educar a nuestros hijos en un mundo hiperexigente*, Ed. del Nuevo Extremo, Buenos Aires, 2008, p. 13-30.

¹⁴ Castro Sánchez, M., “La educación en la virtud del amor y en la formación de las demás virtudes, en orden a la conquista de la libertad interior”, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad Austral, 2016.