

EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO EN LA JUSTICIA DE FAMILIA. PRÁCTICAS, VALORACIONES Y SENTIDOS*

Fiorella C. VIGO**

I. Introducción

La investigación que aquí presentamos de manera sintética ha tenido como objetivo analizar las prácticas cotidianas de la justicia de familia en el modo de interpretar y materializar los derechos de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tenida primordialmente en cuenta en todo procedimiento judicial y administrativo que los afecte.

Tales derechos, como es sabido, fueron consagrados a nivel normativo por la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) y han sido incorporados a nuestro ordenamiento legal con la sanción de la ley nacional 26.061 que expresamente los recepta, e incluso lo hace con un alcance mayor que el estipulado en el art. 12 de la CDN. En efecto, varios de sus preceptos han sido recogidos por el nuevo Código Civil y Comercial, que los fortaleció a partir de conjugarlos en un plexo normativo acorde a un enfoque de derechos humanos.

* Este artículo se basa en la investigación “El derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales de familia”. El equipo de investigación que la llevó a cabo estuvo coordinado por: Carla Villalta, Marisol Burgués, Marisa Herrera y Josefina Martínez. Los investigadores fueron: Natalia de la Torre, Julieta Grinberg, Fiorella Vigo, Mariana Vázquez Acatto, Carolina Ciordia, Florencia Graziano, Cecilia Fernández Tuñón, Julián Pérez Álvarez, Marisa Scardino, Federico Vicente, Martina Salituri, Agustina Depiche y Bárbara Zanino. Se desempeñaron como asistentes de investigación: Julieta Sosa, Rodrigo Karasik, Alejandro Vera y Luis Suppa.

** Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Integrante del Proyecto UBACyT 2013-2016, “Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, Derechos Humanos y familias”, dirigido por la Dra. Marisa Herrera.

No obstante, si bien desde el punto de vista teórico-normativo es indudable que la escucha de los niños está expresamente reconocida en nuestro ordenamiento legal, a nivel de las prácticas concretas se presentan situaciones disímiles y se plantean diferentes interrogantes relativos a las modalidades en que los agentes judiciales y administrativos deben garantizar ese derecho, y también a la manera en que unos y otros los interpretan. En particular en los juicios de familia en los que los niños carecen de la calidad de “parte” (la que en general es detentada por padres, madres, abuelos, tíos o representantes de organismos públicos o privados, entre otros) el respeto del derecho del niño a ser escuchado y a la debida consideración de su opinión, abre un abanico de cuestiones vinculadas a las condiciones, carácter, modalidades y oportunidad procesal del acto dirigido a oír su opinión.

La investigación que desarrollamos surgió, en buena medida, a partir de este tipo de interrogantes relativos a las maneras en que en distintas jurisdicciones de nuestro país se está materializando e institucionalizando el derecho a ser oído, y procuró identificar, analizar y comprender cuáles son los sentidos, valores e interpretaciones que dan a ese derecho los diferentes actores que interactúan cotidianamente en el ámbito de la justicia de familia. Para ello, se privilegió un abordaje de carácter cualitativo, y el diseño de investigación fue de tipo descriptivo y exploratorio en tanto se orientó a construir un corpus de información sistemática y rigurosa que permitiera analizar las diferentes modalidades en que se efectiviza el derecho de niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. La estrategia metodológica general se basó en la realización de entrevistas semi-estructuradas, el relevamiento de expedientes paradigmáticos y de jurisprudencia específica.

II. Las formas de materialización del derecho a ser oído en la justicia de familia

La escucha de los niños en todo procedimiento judicial y administrativo que los afecte asume algunas características diferenciales según la edad y el tipo de conflicto, pero también en razón de la jurisdicción de que se trate y los perfiles de trabajo de los agentes judiciales. A continuación, a partir de la identificación de una serie de variables que nos han permitido sistematizar la información recabada, presentamos un panorama organizado de las principales características que asume la escucha de los niños en la justicia de familia de las distintas ciudades en las que se ha realizado esta investigación. A partir de los datos relevados se identifican particularidades propias de cada ámbito local y al mismo tiempo se trazan algunas líneas transversales que permiten caracterizar de modo general la implementación de este derecho en los juzgados de familia de nuestro país.

II.A. *Cuándo se escucha a los niños*

II.A.1. *Criterios para la escucha*

Ante la pregunta referida a cómo se materializa la escucha, la totalidad de los actores entrevistados ha manifestado que en los procesos que tramitan en la justicia de familia siempre que haya un conflicto que involucre directa o indirectamente a los niños, estos son escuchados al menos una vez. Ahora bien, más allá de esta primera afirmación, al indagar sobre los parámetros que utilizan para hacer lugar —o no— a este derecho, la mayoría de los jueces y/o defensores de menores entrevistados afirma tener algún tipo de criterio para decidir. Por ello, a poco que se avanza con las entrevistas, la respuesta primigenia “todos los niños son escuchados” se ve matizada conforme algunos estándares que a continuación pasamos a detallar.

Dos son los criterios que más se repiten en las entrevistas y que se mantienen constantes en las siete jurisdicciones analizadas, a saber: edad y tipo de conflicto. Con respecto al primer tópico, si bien los entrevistados manifiestan escuchar al niño siempre que cuenten con una edad mínima, a la hora de determinar cuál es esa edad las opiniones son dispares y reflejan distintas posturas en relación a cuándo un niño está en condiciones de formarse un juicio propio.

El principio de la edad no parece ser un criterio rígido, y las opiniones de los operadores al respecto están poco estandarizadas. Por ejemplo, si bien una de las juezas planteaba que mantiene una charla con los niños recién a partir de los 4 años aproximadamente, también sostenía que si son bebés igualmente quiere conocerlos y tomar contacto con ellos, aunque estén en brazos de sus padres. Por su parte, una jueza de La Plata refirió que sólo “entrevista” a los niños mayores de 6 años, mientras que a los más pequeños se los escucha en el ámbito de actuación del equipo técnico conformado por psicólogos y/o trabajadores sociales. En este caso la edad no funciona como límite para que la escucha se produzca, sino más bien se relaciona con el modo en que ésta se realiza, y en especial con los agentes encargados de recibirla. Este es un criterio compartido por la mayoría de los actores, quienes manifiestan que frente a los casos de niños muy pequeños, para poder implementar el derecho a ser oídos se recurre a entrevistas con el equipo técnico y en especial con los psicólogos.

Con respecto al tipo de conflicto, a la hora de individualizar criterios para escuchar su opinión, la mayoría de los entrevistados indicó que en causas tales como litigios por alimentos, cuestiones patrimoniales o casos donde no se evidencia conflicto entre los progenitores no es necesario escuchar a los niños, y no corresponde citarlos en tanto sus intereses no se vean comprometidos. Ahora bien, más allá de este consenso, se observa

que en algunas de las jurisdicciones existen criterios variados respecto a un tipo particular de conflicto: los controles de legalidad de las medidas excepcionales de protección de derechos (art. 39, ley 26061).

Finalmente, cabe destacar que algunos de los actores entrevistados mencionaron dos criterios más, aunque menos frecuentes, en relación a la implementación de la escucha. Por un lado, la cantidad de veces en la que los niños han sido citados, y por otro, la existencia de conflicto de éstos con sus progenitores. En efecto varios jueces, fundamentalmente de segunda instancia, han manifestado que a la hora de evaluar una nueva escucha tienen en cuenta la cantidad de veces que los niños han concurrido al juzgado de primera instancia o las escuchas ya producidas durante la tramitación del expediente.

II.A.2. Cómo se llega a escuchar a los niños

Todos los entrevistados manifiestan que la escucha, tanto en el ámbito del Poder Judicial como del Ministerio Público, se produce de diversos modos. En general es el resultado de un pedido de oficio, reflejado en la jerga tribunalicia como la “audiencia del 12” (en referencia al art. 12 de la CDN). Tanto en las entrevistas como en el relevamiento de expedientes hemos constatado que al menos una vez durante los procesos que más directamente involucran a intereses de los niños estos son citados a una audiencia con el juez y el defensor/asesor de menores.

Otra de las vías por la cual llega a producirse la escucha es a través de la solicitud del Defensor/Asesor de Menores. También puede ser a requerimiento de alguna de las partes del proceso, o excepcionalmente a pedido de los mismos niños y adolescentes. Es de destacar que si bien esta presentación voluntaria de los niños se nombra como algo excepcional, casi la totalidad de los operadores entrevistados recordaron algún caso puntual de pedido espontáneo de entrevista o necesidad de escucha.

II.A.3. Qué información poseen los niños sobre su derecho a ser oídos

En relación a qué información previa tienen los niños sobre su derecho a ser escuchados, una de las respuestas más frecuentes fue que tienen cada vez más conocimiento respecto de sus derechos. En términos generales los entrevistados identificaron a la escuela como el lugar en el que los niños toman conocimiento de sus derechos y sobre el modo en que pueden ejercerlos. También refirieron que los conocen en virtud de las campañas de difusión. Varios entrevistados plantearon que algunos adolescentes se presentan en el juzgado muy decididos a ser escuchados porque es “su

derecho”. Por otra parte, muchos de los jueces destacaban que los niños institucionalizados tienen aún más información respecto de cuáles son sus derechos, siendo usual que soliciten “hablar con su juez”.

Más allá del conocimiento previo que los niños puedan o no tener, la mayor parte de los funcionarios han planteado que siempre destinan un espacio en la audiencia para explicarles en qué va a consistir. Incluso algunos mencionaron que les preguntan si conocen la CDN y entonces refieren al art. 12 y les explican en qué consiste.

II.B. ¿Qué características tiene la escucha? Ámbito dónde se realiza la escucha y herramientas con la que se cuenta

De acuerdo a lo manifestado por los diversos actores, en general, las audiencias con el juez se realizan en su despacho. En tal sentido, cabe mencionar la necesidad manifestada por distintos jueces de poder contar con un espacio ambientado o más ameno para recibir a los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de sus juzgados. Por su parte, los referentes del Ministerio Público de todas las jurisdicciones expresaron que la escucha en su caso se produce en ámbitos espaciales variados: en el despacho del juez cuando se produce la audiencia ante él, en las oficinas de las Defensorías ante citaciones puntuales o por presentaciones espontáneas de los niños, y también concurren a los sitios donde ellos se encuentran (hospitales, institutos, hogares, etc.).

Con respecto a la escucha receptada por los profesionales de los equipos técnicos, en general, se produce en sus oficinas o en salas que han sido adaptadas especialmente para recibir a los niños (y que cuentan con juguetes, fibras, pizarrón, caramelos, etc.). También puede suceder que los profesionales se trasladen al propio espacio en el que se encuentra el niño (su domicilio particular, el hospital, el instituto, etc.). Si bien algunos manifestaron reparos con este tipo de práctica por la estigmatización que la visita de un profesional del juzgado en la escuela le puede acarrear al niño, otros agentes consideraron que resulta una práctica efectiva cuando, por ejemplo, hay resistencias de uno de los progenitores a concurrir con el niño al ámbito judicial.

Por último, si bien la generalidad de los actores entrevistados manifestó poder acceder al uso de la Cámara Gesell, este recurso se utiliza casi exclusivamente en causas penales.

II.C. Oposiciones y resistencias a la escucha

Los actores del proceso que más comúnmente se oponen a que el niño sea oído u ofrecen resistencia suelen ser, según los entrevistados, los padres o sus abogados. También nos relataban que a veces es la madre quien no quiere que el niño ingrese solo a la entrevista porque tienen miedo de que se sientan mal, que se los influencie, o bien le dicen “acordate de lo que hablamos”. Mientras que otros padres directamente expresan que se oponen a que el niño sea escuchado por el juez o no quieren llevarlos a las entrevistas con el equipo técnico.

Por otra parte, hay abogados de las partes que ofrecen resistencia a que la audiencia con el juez se realice porque quieren estar presentes, siendo varios los magistrados que no permiten su ingreso.

En general cuando se contextualizan este tipo de apreciaciones relativas a las objeciones o reparos que el organismo administrativo pone a la labor jurisdiccional (ya sea de los jueces o de los defensores) se encuentra que ellas se inscriben en una relación conflictiva o de poco diálogo entre uno y otro ámbito, ya que en la entrevista los actores manifiestan también otro tipo de dificultades en la vinculación o comunicación.

En suma, al procurar conocer cómo se materializa la escucha en el ámbito judicial, se ha puesto especial atención en las prácticas concretas que los diferentes actores despliegan para hacer efectivo su cumplimiento. Por ello, en este primer apartado hemos desagregado la dimensión procedimental, es decir aquella compuesta por las variables e indicadores que nos permitieron conocer más acabadamente cómo se lleva a cabo la escucha.

III. Sentidos y valoraciones adjudicados a la escucha del niño: qué es escuchar a los niños

En términos generales la totalidad de los entrevistados ha considerado que escuchar a los niños es muy importante, y también de manera casi invariable dotan de una valoración positiva al hecho de hacerlo en algún momento del proceso. Diferentes expresiones dan cuenta de esta valoración que ha sido común en las entrevistas realizadas a todos los tipos de actores. Ahora bien, no obstante este punto de acuerdo básico y generalizado, al analizar las formas en que cada uno de los agentes entrevistados define qué es escuchar a los niños, refiere a cuál es el lugar de lo conversado con ellos, y entre otras cuestiones pondera cómo o en qué medida su opinión es tenida en cuenta para las decisiones posteriores, es posible observar diferentes valoraciones y opiniones.

III.A. La importancia de escuchar al niño

Para la mayoría de los entrevistados escuchar al niño es también conocerlo personalmente. En otras palabras, la escucha no se restringe a tener en cuenta cuáles son sus intereses y expresiones a través de la palabra escrita en un informe o en una pericia psicológica o social. De esta manera más allá de que muchos magistrados y defensores opinen que los informes profesionales brindan un tipo de información muy valiosa, fundamentalmente en casos de niños pequeños, para casi todos ellos esos informes no reemplazan su palabra ni el conocimiento personal que, según sus dichos, el magistrado debe tener en el marco de todo proceso en el cual aparezca involucrado un niño. Incluso para algunos jueces esa “inmediatez” se relaciona con las características propias de cualquier proceso judicial de familia.

El hecho de conocer al niño sobre quien están decidiendo es una de las principales razones esgrimidas por quienes valoran positivamente la escucha. El derecho a ser oído aparece así, en el discurso de algunos de los entrevistados, englobado y hasta subsumido en el contacto personal con el juez.

Conocer su cara, saber qué le pasa y qué quiere podrían definirse como las principales cuestiones que muchos de los magistrados entrevistados asocian a la escucha del niño. Por otra parte ese contacto ha sido muy valorado por algunos de ellos ya que, según sus palabras, les permite además tener en cuenta su lenguaje gestual y actitudinal. Distintos funcionarios señalaron que durante los encuentros procuran observar cómo están vestidos, cómo se comportan, cómo y con quién hablan, o si lloran. Asimismo, distintos actores sostuvieron que el encuentro es particularmente relevante cuando se trata de niños pequeños en los que la palabra no tiene tanta centralidad. En esos casos la interacción del niño con cada uno de sus padres es observada por los magistrados y se transforma también en un elemento a partir del cual se forman una convicción.

Otros de los significados mayormente evocados por quienes valoran positivamente la escucha, refieren a que la voz del niño puede aportar “claridad” al conflicto. En este sentido, al brindar una perspectiva diferente a la de los adultos que se encuentran enfrentados, la palabra del niño permite al juez dimensionar el conflicto. Por ello, hay veces en que escucharlo se torna central para poder generar otras alternativas y así, por ejemplo, permite detectar si es necesario ordenar un tratamiento terapéutico o modificar el encuadre que se estaba adoptando.

Por otra parte, para algunos jueces escuchar al niño resulta aún más trascendente en algunos tipos de conflicto. Como han señalado los magistrados de distintas ciudades,

cobra mayor importancia en casos en los que se debe decidir con quién residirá (cuidado personal), cuál será el régimen de comunicación o incluso en casos de violencia. De esta manera, el oír al niño es valorado positivamente cuando la conflictividad familiar es muy elevada y el juez recurre a ello no sólo en vistas a garantizar el derecho a ser oído, sino fundamentalmente para tener otro elemento que le permita conocer más acabadamente la situación y fundar su decisión. De la misma manera, varios jueces han opinado que en algunos casos tanto la escucha como la opinión del niño se tornan fundamentales e ineludibles.

Ahora bien, si para algunos jueces la escucha resulta fundamental en tanto la palabra del niño permite comprender desde otro ángulo el conflicto, varios funcionarios han señalado que en los casos de medidas excepcionales ello no asume un papel tan central. No sólo se ha observado que en algunas ciudades los magistrados acuden más a los informes, a las pericias de especialistas y a lo resuelto y fundado por el organismo administrativo, sino que incluso la escucha del niño (la audiencia del control de legalidad) la realiza el defensor público de menores. De este modo pareciera que, para algunos de los entrevistados, en este tipo de situaciones el ejercicio del derecho a ser oído no resulta tan central.

El análisis de este tipo de apreciaciones nos introduce, por un lado, en el tema de cómo lo dicho por el niño incide en el proceso, o más específicamente cómo es tenido o no en cuenta en las decisiones adoptadas por los magistrados. En otras palabras, nos conduce a observar cómo los jueces interpretan lo expresado en las audiencias, en tanto —como luego desarrollaremos— sostienen que la opinión del niño puede no coincidir con su “interés superior”. Por otro lado estas opiniones se vinculan con una idea que, de distintas maneras, ha sido expresada por más de un funcionario: la de evitar citas innecesarias. Así, si en los casos de control de legalidad de medidas excepcionales los niños ya han sido escuchados por los profesionales del organismo administrativo, por el defensor público de menores y por los profesionales que intervinieron en el caso, distintos magistrados han opinado que no es necesario citarlos una vez más. En estos casos, se debe tener en cuenta el contexto y también evaluar cuál será la finalidad de oírlo.

Por último, cabe señalar que si bien la escucha directa y personalizada es valorada positivamente por la mayoría de los jueces entrevistados, otros han expresado posturas disímiles y no comparten idéntica valoración. Por ejemplo, distintos funcionarios han señalado que el derecho del niño a ser oído es precisamente un derecho, no una obligación. De manera que, según sus dichos, el niño tiene derecho a manifestarse como a no hacerlo, y esa decisión debe ser respetada.

III.B. Los distintos sentidos dados a la palabra del niño

III.B.1. Evitar la revictimización

Diferentes funcionarios han manifestado que siempre que pueden evitan citar al niño repetidas veces durante el proceso. La idea de que las instituciones judiciales no sólo son un lugar frío y poco acondicionado para recibir a niños y adolescentes, sino que además su paso por ellas constituye una experiencia desagradable e incluso traumática ha sido evocada por varios de los actores entrevistados. Por ello la mayoría de esos actores expusieron los recaudos que toman en relación con la necesidad y la frecuencia de la escucha.

En efecto, gran parte de los actores entrevistados se ha referido a la “revictimización” en la que se incurriría si los niños fueran obligados a comparecer al juzgado o a la defensoría en muchas oportunidades. En tal sentido, la mayoría de los jueces ha manifestado tener muy en cuenta si el defensor de menores citó al niño, para no volver a hacerlo de manera innecesaria. Muchos funcionarios además expresaron que si existen informes previos del equipo técnico, salvo en casos excepcionales, ellos no vuelven a entrevistarlos.

Tanto los defensores como los jueces consultados procuran tomar distintos recaudos para que el encuentro con el niño no sea una situación traumática o estresante. Algunos explicaron que echan mano a diferentes recursos, desde contar chistes, tener caramelos, hasta explicarles en términos coloquiales qué significa ser juez y qué papel tiene que cumplir un juez o un defensor.

No obstante, la idea de que es necesario prescindir de citar a los niños reiteradas veces para evitar revictimizarlos ha sido criticada por otros agentes. Por un lado, tal como mencionaba una profesional del organismo administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, esta idea formaba parte de los argumentos de quienes durante la década del ‘90 —cuando no era tan común que los niños fueran oídos en el ámbito judicial— se oponían a ello ya que, según sus palabras, el hecho de que concurrieran a tribunales era una cosa terrible y dañina para ellos.

En definitiva, si bien la preocupación por no revictimizar a los niños se orienta a protegerlos de citaciones abusivas, intrusiones innecesarias o intervenciones que resulten “iatrogénicas”, según los dichos de algunos entrevistados es necesario tener en cuenta que también puede conducir, a una interpretación restrictiva del derecho a ser oídos. De tal forma, una valoración a priori que es tomada como válida per se —como la que sostiene que

el hablar delante de un juez es estresante o dañino para los niños—, puede conducir a considerar que si son escuchados resultan victimizados.

Este tipo de razonamiento opaca e invisibiliza el razonamiento inverso —es decir, difícilmente se piense que a un niño que no se lo escucha se lo está revictimizando— y por lo tanto puede conducir a recortar las posibilidades de los niños de ser escuchados. De tal manera, en pos de protegerlos de una potencial revictimización, su derecho puede ser en parte cercenado o bien interpretado de manera tal que en virtud de su propio bien se considere que lo mejor para el niño es no ser oído. Argumentos de este tipo, en ocasiones, se entrelazan con otros relativos a la manipulación o contaminación que pueden sufrir.

III.B.2. *La contaminación del discurso de los niños*

Discriminar cuándo lo dicho por los niños es genuino, auténtico y verdadero, y cuándo es impuesto o falso es una de las tareas principales que los jueces asocian al hecho de oírlos. En otras palabras, escuchar al niño es importante, pero también lo es detectar si lo que dicen es verdadero o es pura reproducción del discurso materno o paterno, o de otro adulto responsable.

En efecto, aun cuando la mayoría de los jueces y defensores de menores consideran que oírlos es de suma importancia, también es posible observar que la mayoría de los entrevistados sostienen que los niños son o pueden ser manipulados por los adultos convivientes. La idea de que remedan mecánicamente el discurso de alguno de los padres aparece sintetizada en expresiones tales como “tienen puesto un *cassette* del progenitor con quien conviven”, “vienen con el *diskette*” o “tienen la cabeza tomada”. Así pues, para muchos funcionarios judiciales las opiniones de los niños, fundamentalmente las de aquellos cuyos padres están separados y se encuentran dirimiendo cuestiones relativas a su cuidado, pueden ser una simple reproducción de lo que uno de los progenitores quiere que digan. En relación con casos de este tipo, la casi totalidad de los entrevistados han abundado en ejemplos y relatos respecto de lo que ellos consideran son situaciones en las que los niños se presentan con un discurso ajeno, que es calificado como “armado”, “influenciado” o “colonizado” por uno de los padres.

Incluso con ciertos reparos, en algunas oportunidades los jueces han llegado a hacer mención al criticado Síndrome de Alienación Parental (SAP). Para ello se basan en su experiencia y sostienen que en algunas rupturas conyugales conflictivas observan que existe una manipulación sistemática y consciente por parte de uno de los adultos.

Hablar de la manipulación o contaminación de la que pueden ser objeto los niños los conduce a relatar las estrategias que implementan para descubrir qué está por detrás de ese discurso. En este sentido, distintos funcionarios relataron que distinguir cuándo el niño habla por sí mismo o cuándo lo hace influenciado forma parte de un “saber práctico” que ellos han construido, en general, a través de la experiencia y de los años de ejercicio del cargo.

Para la mayoría de los entrevistados la tarea del equipo técnico y fundamentalmente de los psicólogos es importantísima, ya que son quienes se encuentran capacitados para interpretar correctamente lo que el niño verdaderamente está diciendo.

De este modo, cuando existen sospechas de manipulación por parte de los padres, pareciera que la palabra del niño pierde mucho de su valor. En su lugar, prevalece la interpretación que los profesionales hacen de la misma. Por otra parte, algunos entrevistados han manifestado que cuando los niños se transforman en un “botín de guerra”, se inclinan directamente por no citarlos.

Así pues, la idea de que los adultos “ponen en la boca de los chicos cosas que los chicos ni piensan, ni se les ocurriría”, permea los discursos de los actores entrevistados y orienta las prácticas que despliegan en torno a la escucha. En efecto, como hemos desarrollado, el supuesto de la manipulación puede hacer que los agentes institucionales opten por no escucharlos y se basen únicamente en las pericias de los expertos.

III.C. Las formas de interpretar lo dicho por el niño o cómo su opinión es tenida o no en cuenta

Todos los agentes entrevistados han manifestado, de diferentes maneras, que la opinión del niño es muy importante para la decisión a la que se arribe. Sin embargo, la totalidad de los funcionarios también ha planteado que aun cuando aquélla sea tenida en cuenta, no es definitoria de la decisión que adopte el juez. Así, de distintos modos, los magistrados han expresado que tener en cuenta la opinión del niño, no equivale a hacer lo que éste quiere. Incluso gran parte de los defensores públicos de menores han sostenido una postura similar.

De hecho, todos los entrevistados acordaron en señalar que las palabras del niño deben ser interpretadas por el juez en relación a todos los otros elementos presentes en el proceso (audiencias, pruebas, informes psicológicos, informes técnicos, informes del organismo administrativo de protección de derechos, etc.), y que será el magistrado quien pondere esos dichos y adopte la decisión que estime más conveniente. Más allá de que la

mayoría de los funcionarios opine que escuchar al niño es fundamental, todos acuerdan en señalar que aun siendo importante su palabra no determina las decisiones posteriores. Ahora bien, al indagar sobre las razones que los funcionarios esgrimen para fundamentar esta apreciación compartida pueden distinguirse analíticamente dos núcleos argumentales. Ellos se nutren de distintas nociones y sentidos sobre los niños, sus necesidades y capacidades, y aun cuando en muchos casos se presenten imbricados permiten identificar dos grandes matrices de interpretación que operan orientando las prácticas relativas a las formas en que la opinión del niño es o no tomada en cuenta y, en su caso, de qué manera lo es.

El primero de estos núcleos refiere a que la responsabilidad de la decisión no recae ni debe recaer en el niño. Mientras que el segundo enfatiza el hecho de que la palabra del niño no es sinónimo de su “interés superior”.

III.C.1. La palabra del niño no es igual al “interés superior del niño”

La mayoría de los entrevistados comparte la idea de que lo expresado por los niños en el marco de las entrevistas y audiencias no siempre coincide con su “interés superior”. La noción de que piden cosas contrarias a su interés superior y que, en consecuencia, el juez, el asesor y los equipos técnicos, deben poder identificar cuál es el verdadero mensaje que está por detrás de su palabra, aparece sintetizada en los dichos de una defensora de Rosario quien considera que es preciso “saber diferenciar lo que es el querer objetivo” de lo que es el “querer subjetivo, que es lo que le hace bien al menor”. Ahora bien, el análisis de los datos relevados permite identificar al menos tres tipos de explicaciones movilizadas por los jueces para justificar las actuaciones en las que, habiendo escuchado a los niños, se toman luego decisiones contrarias a su voluntad.

En primer lugar, algunos jueces y defensores sostienen que muchas veces piden cosas peligrosas o que pueden llegar a generarles algún daño. En segundo lugar, otra idea que circula entre los actores entrevistados es que los niños pueden llegar a pedir cosas sin sentido, sin fundamento e incluso “cosas caprichosas”.

En tercer lugar, encontramos que una gran parte de los actores entrevistados sostienen que piden cosas contrarias a su interés superior porque —como ya hemos desarrollado— son manipulados por los adultos.

Ahora bien, valoraciones de este tipo se encuentran bastante generalizadas en el conjunto de las instituciones de protección de la infancia. Tal como sucede con la idea de la contaminación de la palabra del niño, la noción de que piden cosas contrarias a su interés

superior trasciende las fronteras del ámbito judicial. Apreciaciones como “vos tomás lo que expresó el niño, pero vos sugerís o proponés lo que es mejor para él” teniendo en cuenta el interés superior, el bienestar, la protección, o expresiones como “el hecho de que se respete el derecho a ser oído del niño no significa que tengamos que hacer todo lo que él diga (...) a veces ellos no se dan cuenta que sus decisiones son nocivas a su integridad”, han sido usuales en los relatos de los funcionarios de los organismos administrativos. La referencia al peligro o daño presente en las demandas de los niños con medidas excepcionales que quieren estar con su familia, aún cuando esto implique que “su mamá sea la madre más golpeadora del mundo” o la imagen del adolescente que pide cosas caprichosas, atraviesan también los discursos de los profesionales de los organismos mencionados.

De tal manera, más allá de que sea mucho más habitual oír a los niños en el ámbito judicial, e incluso nadie se oponga abiertamente a ello, a la hora de interpretar sus dichos y de tomar en cuenta sus opiniones parece prevalecer una actitud proteccionista que vuelve a ubicarlos en el lugar de seres que no saben qué es lo mejor para ellos.

IV. Consideraciones finales

Durante la última década el derecho de los niños a ser oídos en el marco de los procedimientos judiciales y administrativos se ha ido materializando progresivamente y ha pasado a formar parte de las rutinas y procedimientos institucionales. Si nos centramos específicamente en las prácticas de la justicia de familia, con anterioridad a la sanción de la ley 26.061, convocar a un niño al despacho de un juez o un defensor, dialogar con él y brindarle la posibilidad de que expresara su parecer, resultaba salvo escasas excepciones muy poco frecuente. Menos aún, hacer lugar a su opinión teniéndola en cuenta a la hora de tomar una decisión o dictar sentencia. Objeto de las decisiones de los adultos, que siempre actuarían en virtud del “mejor interés” para ellos, si los niños y los adolescentes transitaban por el ámbito judicial era fundamentalmente con el fin de evaluarlos, antes que de escucharlos. En tal sentido, su capacidad era negada o bien subestimada —en muchos casos, en aras de protegerlos— y con ello también se les restringía la posibilidad de incidir sobre las distintas situaciones que, de un modo u otro, los tuvieran como protagonistas.

Fundamentalmente a partir de la sanción de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes —y a partir de las diferentes acciones que muchos actores protagonizaron desde la década del ‘90— las prácticas vinculadas a la escucha de los niños fueron progresivamente instalándose en el ámbito de la justicia de familia. Los datos relevados muestran que en las ciudades seleccionadas si bien existen todavía algunas resistencias a esta práctica, la mayoría de los jueces y defensores de menores consideran que oírlos durante el proceso es sumamente importante, e incluso para

algunos resulta ineludible. Aun cuando no existe homogeneidad respecto a la cantidad de veces en las que deben ser escuchados, en general, los actores entrevistados manifestaron hacerlo al menos una vez durante algún momento del proceso. Ahora bien, a pesar de este consenso manifiesto, al indagar sobre las formas concretas en que la escucha se materializa, encontramos que los actores establecen diversos criterios. Como se desarrolló en este artículo, la edad y el tipo de conflicto fueron evocados por la mayoría de ellos. Sin embargo, lejos de ser fijos, estos criterios son flexibles, son adaptados a la situación y al caso concreto. Asimismo, para algunos de los jueces, la cantidad de citaciones previas y el grado de conflictividad existente entre los padres de los niños pueden también ser factores que incidan en la implementación o no de la escucha.

De este modo, los criterios mencionados funcionan circunscribiendo la práctica. Si bien los jueces y defensores suelen afirmar que siempre se oye a todos los niños, en la se observa que esto varía en función de los criterios mencionados. Ahora bien, estos parámetros que los actores han manifestado tener, no son los únicos elementos que imprimen su marca sobre la implementación del derecho del niño a ser oído. El análisis de los diferentes sentidos y valoraciones relativos a la escucha y de las formas de interpretar la opinión de los niños, nos muestran que existen distintos núcleos significantes, posturas y matrices de interpretación interrelacionados, que imbuidos de nociones y sentidos sobre la niñez, sus necesidades y capacidades, operan de manera menos transparente orientando las prácticas de los actores institucionales.

En tal sentido, el análisis ha podido identificar que más allá de los avances palpables que las prácticas vinculadas a la escucha evidencian, sobre todo al compararla con décadas pasadas, aún perviven algunas particulares imágenes de infancia que operan recortando las potencialidades de este derecho. Como ejemplo de ello podemos mencionar las posturas que hemos analizado relativas al discurso contaminado y a su contracara, la del discurso espontáneo. En efecto, estas dos formas de interpretar la palabra de los niños parecen basarse en dos figuras “modelo” y antitéticas de la niñez. La primera se apoya y toma elementos de la imagen de un niño que en tanto se destaca por su maleabilidad, por ser moldeable, y por su falta de “juicio y razón” puede ser fácilmente manipulado, y al no saber distinguir entre lo bueno y lo malo, lo propio y lo ajeno, puede ser “manejado” y, como si fuera un recipiente vacío su “cabeza”, puede ser colmada de deseos que no son propios. Por ello aquellos que mejor interpretan qué es lo que verdaderamente quieren son los profesionales del campo *psí* que pueden descifrar, develar y comprender cuál es su genuino deseo. La segunda, por el contrario, refiere a la niñez como el lugar de la autenticidad, de la verdad, de aquello que es genuino y no se encuentra contaminado. Esta visión parece devolver la imagen de un niño bueno por naturaleza y carente de influencias externas, que es capaz de expresar sin dificultad la verdad de lo que siente y desea, en tanto su natural espontaneidad es un arma contra las maquinaciones e ideaciones de los adultos. Estas

imágenes, y otras como la del niño débil, vulnerable y desprotegido por naturaleza —que son las que atraviesan el supuesto de revictimización— habitan nuestros modos de pensar la infancia, e impregnan los discursos e interpretaciones sobre lo que es mejor para los niños, a la vez que orientan las prácticas de los distintos actores.

Ahora bien, advertir que estas son algunas de las imágenes o visiones que moldean nuestra manera de interpretar a los niños y a sus dichos no implica desconocer que ellas se construyen sobre elementos que pueden ser reales. Tampoco supone negar que en muchos casos esas visiones se basen en las experiencias concretas de los actores que tienen que tratar cotidianamente con ellos. Sin embargo, entendemos que esas imágenes que moldean nuestras formas de percibir a un niño se construyen también en muchos casos a partir de ubicarlos en el lugar de la pura alteridad respecto de los adultos, que los recorta como sujetos en absoluto diferentes y particulares. Desde ese lugar entonces es posible pensar que con ellos sólo puede hablar un psicólogo, que capte por detrás de lo manifiesto y evidente lo que está diciendo o quiere decir. O bien es posible creer que un niño no debería estar influenciado por sus redes de relaciones sociales más próximas, como si los adultos sí pudiéramos elaborar nuestro pensamiento, deseos e intenciones por fuera del marco social en el que estamos insertos; o al contrario nos pueden conducir a creer que por ser niño siempre dirá “la verdad”. Por otro lado, reconocer cómo operan esas imágenes no supone no tener en cuenta la asimetría y diferencias basadas en la edad, ni las diferentes obligaciones que niños y adultos tenemos. Sin embargo, creemos que reflexionar sobre esas imágenes supone hacerlo sobre los modos en que efectivamente atribuimos significados y valores a la niñez, y sobre cuál es el lugar desde el que requerimos la palabra de los niños y los escuchamos.

Finalmente, es posible identificar algunos obstáculos que también limitan la implementación de la escucha en sede judicial. De modo casi invariable los actores entrevistados hicieron mención a la falta de espacios adecuados, esto es cálidos, amigables, especialmente acondicionados para recibir a los niños y adolescentes, sobre todo en el ámbito de los juzgados de familia. Muchos funcionarios refirieron también a los ritmos vertiginosos y a la cantidad de causas tramitadas. Asimismo, hubo una referencia bastante importante a la necesidad de contar con equipos interdisciplinarios en sede judicial y fundamentalmente a la figura del psicólogo como un actor clave para descifrar la voz del niño. Además algunos entrevistados mencionaron que las resistencias de distintos agentes pueden llegar a obstaculizar la implementación del derecho de los niños a ser oídos en los distintos ámbitos del sistema de protección. Si bien aquí se observó una acusación frecuente hacia los padres que no llevan a los niños al juzgado cuando estos son citados, también se constató una serie de acusaciones cruzadas entre el Poder judicial y el organismo administrativo e incluso críticas desde el Ministerio Público hacia el primero. Por último, tal como se ha desarrollado en este trabajo, otros agentes entrevistados han

planteado que uno de los más importantes obstáculos a la escucha no está dado tanto por la frecuencia del acto de escuchar o por las condiciones del lugar físico en que se realiza la misma, sino fundamentalmente por la posición desde la cual se los oye y se interpreta lo que dicen.

En suma, la investigación efectuada ha permitido constatar que el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta ha abierto un campo complejo de intervenciones y de prácticas que no se encuentran consolidadas aun y que tampoco están sujetas a reglamentaciones ni protocolos. Al contrario, este complejo campo también se caracteriza por ser flexible, por su elasticidad y por estar atravesado por relaciones conflictivas y por diferentes disputas respecto de las maneras en que los niños deben ser escuchados, y respecto de quién es el intérprete legítimo de lo dicho por ellos. De tal manera, más allá de los avances y las valoraciones positivas respecto de este derecho, también ha sido posible registrar que la implementación de la escucha se enfrenta con algunos obstáculos de variada índole. Algunos de estos obstáculos son más evidentes y otros no tan notorios. Por ello entendemos que continuar reflexionando sobre ellos es central dado que unos y otros pueden limitar en lugar de acrecentar las posibilidades de continuar ampliando derechos.