

Comentario a un caso judicial:
el subsistema parental y el mejor interés del niño¹

por Pedro Herscovici y Eduardo José Cárdenas²

I

Se trataba de una pareja casada en 1994 y separada de hecho en septiembre de 2003. De clase media, había entre ambos una cierta desigualdad económica: los padres de él eran dueños de una empresa, a la cual él pertenecía, y ella era docente. Tenían tres hijos: dos mellizos varones de ocho años y una mujer de tres. En diciembre de 2003 hicieron un convenio de tenencia a favor de la madre, visitas a favor del padre y alimentos, y lo homologaron en un juzgado. No se divorciaron.

En febrero de 2005 la madre denunció que el padre no le devolvía los hijos y pidió al juzgado se ordenara su reintegro por intermedio de la policía. Ellos estaban en la casa de los abuelos paternos. Se hizo la restitución y la cosa no pasó de ahí.

Pero siete meses después, en septiembre de 2005, la situación se repitió y la madre hizo un pedido idéntico, originando el caso que comentaremos aquí. Esto ocurría, según ella, porque el padre inducía a los hijos a vivir con él. Lo cual acarreaba, decía, “real peligro hacia la integridad psicológica de los niños”.

En esa ocasión, la solicitud de la madre determinó que se fijase una audiencia con la presencia de los padres y la Asesora de Menores, quien advirtió la necesidad de evaluar psicológicamente en forma individual tanto a los pequeños como a sus progenitores. Sugirió además mantener provisoriamente a los chicos en casa del padre, dando posibilidades a la madre para estar con ellos. Fueron consultados los niños sobre sus deseos de irse con la madre, y solamente la hermana menor contestó afirmativamente. La decisión definitiva respecto de la guarda de los pequeños quedó supeditada a la pericia psíquica de la progenitora: ésta había golpeado a sus hijos varones, lo cual había desencadenado toda la situación.

Un primer comentario. Tanto en este caso como en muchos otros de post-separación o divorcio existen antecedentes de discusiones puntuales entre los padres que expresan un conflicto crónico no resuelto entre adultos. Éste deriva las más de las veces en presiones psicológicas y tironeos en las lealtades de los hijos con respecto a sus progenitores. Sabemos que la gente

cuando está enojada tiende además a cometer, a repetición, errores de atribución fundamentales. Es decir, tiende a juzgar la conducta de otros como determinada sólo por atributos internos (y negativos) y no por factores situacionales. Ello determina prejuicios cognitivos que incluyen juicios estereotipados, generalizaciones, actitudes equivocadas y atribuciones erradas. Interpretan la información a la mano, comprometidos con una particular creencia y/o curso de acción. Sus cogniciones, afectos y conductas, productos de este específico procesamiento de información, se ven así activadas como resultado de esta forma de evaluar. El negar los factores situacionales lleva a estrategias explicativas simplistas, estereotipantes y aún demonizantes, donde toda la culpa la tiene el otro.

Ante todo ello, dado el alto nivel de excitación y las percepciones amenazantes implicadas, no basta con evaluar racionalmente la situación. El nivel de rumia mental en estos casos no se amortigua efectivamente si no se evita muy precozmente la cristalización del odio. Para que ello no ocurra es necesario modificar rápidamente las sensibilidades de todos los involucrados en la situación. Se deben buscar, pues, pensamientos y afectos menos primitivos que los que tienden a personalizar todo, reemplazándolos por un enfoque contextual que incluya y rescate lo positivo y que relativice los deseos particulares. Para no quedar atrapados por el encuentro hostil, las interpretaciones violentas y lo familiar socialmente disfuncional, habrá que salirse del pensamiento dicotómico y de las inferencias arbitrarias.

Cuando es la justicia la que trata de compensar estos monitoreos egocéntricos de los eventos, es necesario que utilice un encuadre familiar y positivo que evite mayor desconfianza y rigidez. Para ello no sirve el simple marco de víctimas y victimarios. A nivel de justicia familiar vemos habitualmente cómo se han organizado una serie de creencias cual algoritmos que determinan ciertas respuestas ante cierto tipo de amenazas. Toman la forma de reglas para tomar decisiones, para identificar ofensas, para evaluar su naturaleza y responder a ellas. En principio se busca quién es él o la responsable. Estas creencias y las reglas que de ellas derivan tienen una cualidad cuasi imperativa y rígida.

Evaluar psicológicamente en forma individual tanto a los menores como a sus progenitores o guiarse sólo por los deseos manifiestos de los hijos (que ante una situación de tironeo de lealtades toman partido por uno de sus progenitores aún en contra de sus reales necesidades y como forma de evitar terminar descuartizados psiquiátricamente), es incompleto y confusionante.

Solo faltaría preguntarles: ¿a quien querés más, a tu papá o a tu mamá? Para evitar estas trampas procesales habrá que deshacerse de los imperativos, corregir las interpretaciones automáticas y evaluar ventajas y desventajas de distintos modos de operar.

Cuando se trata de recuperar la objetividad a nivel familiar, el problema siempre debe ser interpretado a nivel interpersonal (no individual). Los rasgos individuales no dan cuenta suficiente de la combinatoria de rasgos. El todo es más y diferente de la mera suma de las partes.

Sabemos que todo lo irritante busca ser inmediatamente removido o neutralizado. Crea presión hacia la acción, y ésta puede devenir entonces en un nuevo problema si en sí misma es agresiva. El pensamiento dicotómico de víctimas y victimarios, de buenos y malos, es fuente de malas atribuciones que llevan a respuestas inadecuadas.

El pensamiento vincular contextual busca en cambio que la empatía sea más importante que el control. Que los marcadores amigables sean leídos tanto o más que los hostiles. Que las creencias diseñadas para “protegerse” se flexibilicen. Que, así, la comunicación y la resolución conjunta de problemas se facilite, identificando intereses propios y comunes. Lo “real” debe construirse en conjunto, con responsabilidad relacional. Sólo la interacción coordinada parental puede reorganizar a una familia.³ Sólo los mundos intencionales compartidos producen un todo familiar integrado donde los menores involucrados están realmente protegidos. Una red cognitiva integrada es más que la mera predisposición conectiva y más que las destrezas individuales.

La familia en cuestión forma un mundo de ideas expresado en su propio estilo, que penetra la mente de todos sus miembros definiendo su experiencia y su comprensión moral. “Lo familiar”, siempre complejo, induce complejidad mayor o menor a nivel mental individual. Estos rasgos pueden beneficiar o no a los individuos involucrados, por ser miembros de este grupo particular y reforzarse mutuamente. Este banco de significados en común proviene de un nivel de organización mayor que el del individuo.

El foco más útil, entonces, ante un conflicto parental post separación o divorcio, para un mejor interés de los menores involucrados, estará en los patrones interaccionales de la pareja parental. En el diagnóstico vincular de cómo ésta construye y organiza su experiencia emocional y comunicación. Del estado de la alianza parental, las coaliciones con hijos y abuelos (intergeneracionales) y las capacidades de contenerse y calmarse

mutuamente. Mirando, en suma, el funcionamiento subsistémico más que el individual.

Los procesos microsociales que construyen conexión emocional segura inciden más y mejor en la capacidad de desescalar emociones negativas y vencer distancias interpersonales defensivas. En este caso, los rituales de reconexión emocional a nivel del vínculo parental son más urgentes e importantes para los menores que la pericia psiquiátrica indicada para ellos y sus progenitores.

Para redescibir a los miembros de la familia en cuestión es necesario hacerlo de modo tal de poder simpatizar con ellos. Para poder re-sensibilizar reduciendo así la posibilidad de actos crueles. Dando, en esta etapa del conflicto, la mayor amplitud y continuidad posible al sentimiento de “familia en reorganización”.

Para todo ello debemos utilizar el léxico que mejor sirva para tal fin. El diagnóstico de configuraciones vinculares habla del tipo de relaciones entre las partes, de la naturaleza del conflicto, de las creencias y recursos a la mano, de las responsabilidades y de las jerarquías familiares. Se trata de un diagnóstico co-vincular-situacional, entendido como recontextualización de fronteras interpersonales subsistémicas entre padres e hijos. Cuando prima el hábito de buscar resolver problemas más que discutir fundamentos, resulta una herramienta imprescindible en una primera instancia. También abre el camino para intentar cambiar las interacciones, las complementariedades disfuncionales y el negociar efectivo de las diferencias.

Recontextualizar así implica trabajar sin rótulos que complican más que facilitan la resolución del conflicto, con palabras que reduzcan más que inflamen lo adversarial presente, que no tengan un uso automático o descalificatorio, y que no provengan de vocabularios únicos y cerrados y que sirvan para reentrar la red familiar dañada. Expandiendo en vez de reducir los hábitos de respuesta, ante la necesidad de ampliar la sensibilidad inclusiva y así permitir identificarse con una familia en vías de reorganización definitiva post-divorcio.

Volvamos al caso en estudio. Aún cuando en el mismo las pericias de los hijos hicieron mención a las características de ellos como reactivas a la disfunción familiar y en particular a la de la pareja parental, no se correlacionó esos signos y síntomas de manera de orientar a la jueza a operar a nivel familiar. Hablaron de menores afectados y de limitaciones de ambos progenitores, pero recomendaron tratamientos psicoterapéuticos individuales

y no vinculares. No especificaron tampoco cuál era la disfunción a tratar.

Agreguemos además que estas evaluaciones individuales, además de inútiles, son en la mayoría de los casos (y lo fueron en éste en particular) de una enorme crueldad, porque están basadas en el modelo de déficit, que focaliza casi exclusivamente en las limitaciones y carencias de las personas, con lo cual bajan la capacidad de autogestión familiar y concluyen sistemáticamente en la necesidad de tratamiento individual.

Después de las pericias, sólo se mantuvo la guarda de los hijos varones en cabeza del padre y su residencia con los abuelos paternos, y se indicaron visitas diarias con la madre para reestablecer el vínculo y mejorarlo con sus dos hijos varones. Ellos expresaron su deseo de vivir con su padre. La hija menor quiso en cambio volver con su mamá y así también se efectivizó. Se ordenó terapia individual para los mellizos y los padres, y controles sociales domiciliarios.

Aún cuando todo esto se planteó como temporario y a ser evaluado en dos meses, se corrió el riesgo, que luego se transformó en daño, de cristalizar y aumentar la separación parental, defecto estructural fundamental no diagnosticado, fuente de esta disfunción familiar y del malestar crónico de los niños. Respetar el deseo de los hijos fue lamentablemente ignorar que sus deseos estaban en ese momento profundamente influenciados por la pelea entre sus padres. Que se los había impulsado posiblemente directa o indirectamente a tomar partido. Que expresar deseos en esa situación de triangulación estructural familiar no significaba expresión libre de necesidades ni de sus aspiraciones genuinas. Escucharlos en ese momento no colaboraba tampoco con el mejor crecimiento y evolución de los menores. Era más de lo mismo. Era involucrarlos aún más en la pelea de sus padres, cuando lo saludable era ayudarlos a desinvolucrarse de ella y fortalecer el subsistema parental para que se hiciera cargo de los hijos.

Valga acá una breve digresión: de resultados de las pericias se suele recomendar u ordenar (no fue éste el caso), una terapia de revinculación. Se entiende generalmente por tal un abordaje psicológico especializado en los temas del divorcio y la separación, que busca reconectar a los hijos con uno de los progenitores. Pero siguiendo nuestro razonamiento debe quedar claro que toda psicoterapia de revinculación debería ser entendida como revinculación parental previa a toda revinculación entre un progenitor y sus hijos.

Volviendo al caso: fue contraproducente también hacer que los hijos

decidieran sobre aquello que les concernía y que sus padres no podían o no querían decidir mediante acuerdo. Responsabilidad adulta que debe ser ineludible, pues hace al bienestar y protección de los menores. Son los padres los que están a cargo de los hijos, y no al revés.

Como era previsible, el arreglo propuesto por el juzgado en este caso y a esta altura no funcionó. Los hijos varones se negaron a ir con la madre a su domicilio. El padre y los abuelos paternos se escudaron en el “deseo” de los menores. La madre denunció así que no podía ejercer el derecho de visita por razones imputables al padre. Según ella, éste le negaba sistemáticamente la posibilidad de reestablecer el vínculo con sus dos hijos varones.

El episodio en donde la madre se descontroló y golpeó a éstos (después de lo cual el padre se los llevó a su casa), que ya presentaban situaciones de indisciplina previas y de dificultad para aceptar consignas en el colegio y en casa de su madre, sirvió como antecedente a esta limitación del vínculo entre madre e hijos. Sirvió también para que todos los profesionales involucrados “viesen” a la madre como la problemática, y se volviesen invisibles el contexto en que esa golpiza y problemas disciplinarios se daban. El contexto era, naturalmente, el de la pelea entre los padres y el conflicto de lealtades que ello muy posiblemente acarreó en los hijos, que no obedecían a la madre. Y ésta finalmente reconoció haberse sentido desbordada por los varones cuando estaban a su cargo, y que se descontrolaba con ellos.

Mientras la madre siguió sin ver a sus hijos, la Asesora de Menores y luego la asistente social dictaminaron que los menores se hallaban “protegidos” y aconsejaron mantener la situación. La dinámica familiar siguió así inmodificada, aún cuando los tratamientos psicoterapéuticos individuales estaban en curso (salvo el del padre, reticente a comenzarlos). Los hijos varones siguieron rechazando a la madre negándose a estar con ella.

Después de un mes de no verlos y de visitas infructuosas a la casa de los abuelos paternos donde residían, una de las psicólogas intervinientes planteó la necesidad de preparar a la madre para que aceptase la decisión de sus hijos. La hija menor, que vivía con ella, manifestó que extrañaba a su padre y sus hermanos. Finalmente, el informe psicodiagnóstico de la madre puntualizó que no padecía ningún trastorno de personalidad y que sufría de ansiedad y depresión. Que podía cumplir con su rol de madre normalmente y que debía aprender formas no agresivas de poner límites. Nos preguntamos si era necesaria esta evaluación o si acaso no hubiese sido mejor encaminar al padre a no sabotear conciente o inconcientemente a la madre en esta tarea.

A esta altura tanto la jueza como la asesora de menores buscaron, dado el pobre progreso de la situación, entrevistarse con los profesionales a cargo de las respectivas psicoterapias. Mientras tanto, en una audiencia, los hijos varones se siguieron negando a ver a la madre y la agredieron verbalmente. Los profesionales de la psicología subrayaron entonces la necesidad inmediata de revinculación terapéutica entre madre e hijos y se recomendó para tal efecto a una de las licenciadas intervinientes, por su formación sistémica.

En la terapia vincular los menores contaron que les habían dicho (¿quién habrá sido? nos preguntamos) que podían seguir viviendo sin su madre. La madre, por su parte, les pidió perdón en una de las entrevistas y se mostró cariñosa con ellos. Pese a ello fue rechazada en sus intentos.

Se produjo una escalada de hostilidades entre la terapeuta vincular elegida por la jueza, y el padre de los chicos. Fue éste quien comenzó a maltratar a la profesional y, según ella, la amenazó en forma agresiva. Los informes de la experta dieron cuenta de la conducta del padre y revelaron el absoluto desentendimiento entre ambos. Otra terapeuta también se refirió al padre como poco colaborador. Entonces aquél, que ya había incumplido la orden de psicodiagnóstico para sí, se mudó con los menores y no denunció domicilio para las visitas: desde el juzgado se lo emplazó a tal efecto. Finalmente esta escalada trasgresora se realimentó en una abierta obstaculización del reencuentro entre los hijos varones y la madre. El padre se volvió cada vez más desconfiado y desafiante, a punto tal de no permitir las entrevistas de sus hijos con los terapeutas, sin su presencia. Por consiguiente la desvinculación entre madre e hijos siguió aumentando. La terapeuta vincular logró finalmente, con mucho esfuerzo, que uno de los menores dialogase en sesión con su mamá. Así como antes se había descalificado individualmente a la madre como maltratante, ahora se descalificaba al padre: se le adjudicó un “severo trastorno de personalidad” y de aportar a la familia el “síndrome de alienación parental”. Y los operadores, que al principio litigaban con la madre, ahora lo hacían con el otro progenitor.

Cuando se observó, por lo evidente, el riesgo en que estaban los menores, y se subrayó por primera vez la obstrucción del vínculo y de la revinculación, la jueza decidió intervenir firmemente. Ante la no colaboración del padre señaló cómo él entorpecía (¿ahora y no desde siempre?) los esfuerzos de revinculación familiar.

La jueza había creído antes, suponemos, que los terapeutas podrían solucionar la situación. Que con la ayuda terapéutica se iban a restablecer las relaciones familiares a su situación primigenia. Así lo expresó. La falta, desde un principio, de un diagnóstico familiar adecuado que le demostrara que el origen de los hechos tenía que ver con el conflicto parental además de con los problemas específicos entre madre e hijos, la llevaba a idealizar esa situación primigenia.

Cabe señalar que la psicoterapia, aún con todas las herramientas diagnósticas y terapéuticas suficientes para abordar fallas estructurales familiares después de un divorcio, no puede ni debe estar a cargo por sí sola de rediseñar fronteras interpersonales. Ello implica necesariamente un verdadero trabajo interdisciplinario donde cada uno desde su particular incumbencia debe aportar su parte a la solución y no al mantenimiento del problema. Más allá de los distintos lenguajes que esta aproximación plantea, la experiencia acumulada en el campo y en particular en nuestro país nos debe servir para aplicar remedios que se han demostrado como más útiles que otros. Las investigaciones a la fecha y los meta-análisis (investigaciones sobre investigaciones) nos hablan a las claras de cómo operar y de cómo no operar en estos casos.

Aquí la revinculación en principio no fracasó solamente por la actitud no colaboradora del padre - que era previsible -, sino por una serie de cuestiones, antes comentadas: resulta casi imposible operar sin subsistema parental para proteger adecuadamente a los hijos. Esa sociedad, la parental, no existe por el mero hecho que se cumpla el régimen de tenencia y de visitas. El régimen de comunicación padres-hijos estará firme y seguro solo cuando exista comunicación parental mínimamente efectiva. Si no la hubiere, conocemos formas diferentes de reencauzarla tanto a nivel psicoterapéutico como a nivel judicial. Las formas más efectivas se dan cuando ambos niveles trabajan en consonancia asumiendo sus responsabilidades con las herramientas adecuadas.

En materia de conflictos de familia lo importante es el proceso, y un adecuado manejo del mismo a nivel judicial incluye:

- La habilidad para seleccionar el horizonte de trabajo (quiénes serán citados y quiénes no, sin dejarse influir por la idea jurídica de “parte” como única legitimada, ya que aquí no se trata de satisfacer intereses sino de resolver crisis). Nos preguntamos si en este caso, por ejemplo, no hubiera sido útil trabajar con los abuelos paternos, obviamente

influyentes e involucrados, además de con el subsistema parental y la relación madre-hijos.

- La flexibilidad para connotar positivamente a todos y congregarlos en una tarea común (que puede tener que ver con el bienestar de los niños y adolescentes). En nuestro caso, todos se esforzaban por hacer lo mejor para los chicos, aunque en parte en forma equivocada. El padre y los abuelos paternos protegían a los niños de la madre, socavando quizás sin darse cuenta la autoridad de ésta, quien abrumada recurría a la violencia, lo cual exacerbaba la voluntad protectora de aquéllos y esto provocaba más indisciplina en los hijos y más represión en la madre. Pero este círculo vicioso podía revertirse en un círculo virtuoso gracias a los recursos y habilidades de los protagonistas, como se vio al final, después de haber transitado una etapa durante la cual por error se incrementó la disfuncionalidad del sistema parental.
- La experiencia para evadir los enfoques individuales y deficitarios, así como las evaluaciones y tratamientos de esta índole, que como se vio en el caso y sucede casi siempre, no hacen más que disminuir la capacidad de gestión del subsistema parental, bajando su autoestima, aumentando el encono y reforzando las connotaciones individuales mutuamente culpabilizantes y descalificadoras.
- La prudencia para seleccionar personal interdisciplinario formado en una visión sistémica y apoyarlo en su labor para que puedan hacer *joining* con todos los participantes, sin dejar de lado a ninguno, y ayudarlos para que el proceso promueva una vinculación mejor entre ellos. En el caso, mucho más breve y fácil hubiese sido su solución si los profesionales hubiesen sido ayudados para no ponerse en contra de la madre en un principio y en contra del padre en una segunda etapa.
- La organización para preparar y llevar adelante una o más audiencias donde puedan celebrarse acuerdos útiles, escuchando respetuosamente a los niños, pero no haciéndoles caso como si sus dichos fueran sagrados. Antes de escuchar a los niños debe promoverse aunque sea un pequeño acuerdo entre los adultos, para que aquéllos recuperen la palabra que perdieron en la contienda, y su palabra tenga un mínimo de contenido y no sea un mero instrumento de defensa y ataque.
- La visión estratégica que permita el dictado de medidas cautelares que, en caso necesario, movilicen a la familia. Fue una de ellas la que permitió a la familia salir adelante, cuando la jueza desequilibró el

sistema, entregando los niños a la madre y prohibiendo la interferencia del padre, durante un período suficientemente largo como para que el subsistema madre-hijos pudiera acoplarse.

Pero cuando se parte de presupuestos equivocados, como el de que los diagnósticos psicológicos individuales brindarán información suficiente para operar, sucede, como en el supuesto en estudio, que después de tres meses resulta obvio que es necesaria la intervención directa del juez para reencuadrar la situación. Por suerte en este caso así sucedió permitiendo, entonces sí, el encuentro entre madre e hijos y poniéndole límites a la interferencia e incumplimiento del padre “bajo apercibimiento de modificar la guarda provisoria dispuesta oportunamente”.

Finalmente y por la actitud equidistante de la jueza, que introdujo paridad en el subsistema parental para que así pudiesen realmente equiparar y negociar sus diferencias los progenitores, “los niños estuvieron bien con su mamá y con su hermana”.

Carlos E. Sluzki, un reconocido psiquiatra familiar argentino que reside en Estados Unidos, recalca que para una buena reconciliación son necesarios los terceros. Cuando priman la desconfianza, las atribuciones negativas y el diálogo parental está roto, son los terceros los que pueden a veces incluir otras opciones que las hostilidades. Pero según como operen pueden aumentar tanto como disminuir el enojo. En principio pueden funcionar como meros garantes de la coexistencia entre las partes en conflicto. En futuras etapas y aplicando un marco evolutivo, una vez construidos límites seguros, aparece mayor confianza y por ende colaboración.

Hasta pueden llegar las partes a visualizar las hostilidades como negativas y pasar por lo tanto a la cooperación. Solo en una próxima etapa del proceso primará lo común y podremos hablar de interdependencia. Recién cuando se alcance una mayor integración familiar, después recorridas las etapas anteriores, llegaremos a la posibilidad de solidaridad.

II

Como es sabido, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño tiene rango constitucional en nuestro país. Ella constituye un avance jurídico importante: reconoce a todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad (a quienes llama “niños”, denominación que también

utilizaremos en este trabajo), sin discriminaciones de ningún tipo, ciertos derechos que los Estados Partes se obligan a respetar y a asegurar su aplicación (arts. 1 y 2).

En su artículo 3.1 afirma que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será *el interés superior del niño*” (la bastardilla es de los autores).

Y el artículo 12 establece que: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del 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. 2. 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 procedimientos de la ley nacional”.

La Convención de los Derechos del Niño no fue citada en el proceso descrito en este trabajo. Sin embargo, es evidente que aquélla subyace a todas las decisiones tomadas y, más allá, que una deficiente interpretación de su normativa, muy extendida en el mundo y especialmente entre nosotros, fue la causa más importante del desviado enfoque del caso, que se mantuvo hasta la rectificación final.

En efecto, una y otra vez en ellas se hizo referencia al “interés superior” de los niños, y una y otra vez se consultó a éstos e inclusive se consintieron sus deseos. Ejemplos: “*que consultados los niños sobre su deseo de irse con la mamá, solamente la nena, por ahora, desea retirarse con la madre*”; “*el progenitor los buscará a las 18 horas en el colegio y si ellos así lo desean los llevará a la casa de los abuelos maternos para que se encuentren con su mamá y permanezcan con ella hasta las 21, haciendo saber a las partes que deben respetarse los deseos de los niños*”; “*en primer lugar se deja constancia que los niños fueron entrevistados en privado por la señora Juez, señora Asesora y las profesionales del C.A.I., accediendo al régimen de visitas establecido con la posibilidad de interrumpirlo cuando lo deseen. A continuación se dialoga con los padres, asumiendo ambos el compromiso de cumplir la resolución judicial, el señor no manteniendo contacto con los niños en ese tiempo y la señora, comunicando al progenitor y al Tribunal en*

caso que los niños quieran regresar con aquél”.⁴ Las bastardillas son nuestras.

Analícemos los dos puntos mencionados. La Convención no define qué entiende por “el interés superior del niño” y por lo tanto hay que aproximarse a este concepto haciendo, antes que nada, una exégesis de la normativa que lo contiene. Digamos en primer lugar que la frase es una mala traducción del inglés, que reza “*in the best interest of the child*”, esto es: “en el *mejor* interés del niño”.⁵ La diferencia es importante, y si bien están quienes opinan que la Convención dice que el interés del niño es superior a todos los demás y que en la colisión entre el interés del menor y el de otro sujeto del derecho debe prevalecer la solución que prefiera al primero⁶, también hay quienes sostienen que solo se trata de que en la duda, o en caso de conflicto de intereses, las decisiones deben siempre atender a lo mejor para el niño: el “mejor interés” es lo que más convenga al menor, lo que no necesariamente ha de coincidir con el interés que se enfrenta con el de otro u otros sujetos del derecho.⁷

Naturalmente que nosotros adherimos sin vacilar a esta última interpretación, no sólo porque se trata de una traducción más adecuada, sino sobre todo porque implica la idea, correcta, de que los adultos siempre deben fijarse antes que nada en qué sea lo mejor para los niños. La otra, en cambio, induce a la incorrecta idea de que los niños son superiores a los adultos y que las decisiones deben ser tomadas consultando sus deseos, o bien a esa otra concepción, también falsa, en el sentido de que las autoridades de los Estados deben resolver en contra de los padres (o del subsistema parental, tal como lo hemos definido antes) y a favor de sus hijos, cuando los intereses “superiores” de éstos están en juego.⁸

Ya hemos visto, al analizar el caso, los nefastos resultados de esta ideología. Ideología que, por otra parte y afortunadamente, no es la de la Convención. Ésta, desde su mismo Preámbulo, expresa que “los Estados en la presente Convención... convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. ... Reconociendo que el niño, para el pleno armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión... Han convenido lo

siguiente:” (y sigue el texto de la Convención).

Nada más lejos de una visión adversarial entre Estado (o sociedad política planetaria) y familia, o entre familia y niño. Y en el articulado, amén de otras disposiciones importantes y congruentes, el art. 18 expresa que “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño ...”

El gran aporte de la Convención consiste:

- En haber expuesto por primera vez los derechos de un ciudadano que, por su debilidad natural, necesita de una protección especial que, en muchos casos, le es negada.
- Advierte también que es la familia, y por lo general los padres, quienes tienen la primera responsabilidad de asegurar esos derechos y brindar esa protección.
- Aclara seguidamente que los Estados deben garantizar un apoyo a la familia, que le permita cumplir con estos fines.

En otras palabras: el niño debe ser defendido y escuchado por el Estado. Pero la primera forma de defenderlo es fortificando el subsistema parental y el mejor modo de escucharlo es ayudando a los padres a poder escucharlo. Sin subsistema parental funcionando medianamente bien, el niño no tiene palabra válida, como este caso lo demuestra. Su palabra es simplemente una herramienta de defensa y ataque en el combate familiar.⁹

Darle la oportunidad a los niños de ser escuchados, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, implica que ellos tengan además capacidad para transformar su situación y su entorno cuando ello sea necesario. Sólo reconocidos como sujetos es como ellos pueden rescatar su capacidad de ser libres en su expresión y no el mero producto de construcciones familiares y sociales que a veces los dominan. Se evitarían así muchos "chirrolitas" que no hablan en nombre propio, que son hablados. Que

no tienen la libertad de ser ellos mismos. Que tienen que anteponer, por problemas de lealtad o por miedo a represalias afectivas o de otro tipo, los deseos o intereses de otros significativos a los propios.

III

Las dificultades para entender esta forma de pensar no son sólo nuestras. El debate que planteamos en este trabajo se reproduce en todo el mundo occidental, y quizás también en otros países que no conocemos bien. Y no sólo entre los firmantes de la Convención de los Derechos del Niño.

En los Estados Unidos de Norteamérica, que no la suscribió pero trabajó muy activamente en su redacción, el intercambio de ideas es intenso. Cuando hay aparente contradicción entre los intereses del niño y los de sus representantes, se le nombra un abogado, *the child's counsel*. Esta figura tiene alguna coincidencia con la de nuestro tutor *ad hoc*, que últimamente se está usando en nuestros tribunales no sólo para el caso en que hay posibles opuestos intereses económicos, sino también en los supuestos en que los dos progenitores litigan permanentemente e involucran a sus hijos en la pelea. Así, el tutor *ad hoc* sustituye a un equipo parental groseramente deficitario, al menos en lo que a procesos judiciales se refiere.¹⁰

Naturalmente que la existencia de un abogado del niño en alguna medida alivia al juez de la tarea de defenderlo él mismo, mejor que la presencia de un Asesor de Menores que tiene a su cargo miles de casos. Pero este alivio no exime al juez, naturalmente, de darle una orientación al proceso, en los términos que hemos expuesto en este trabajo.

Además, el problema se traslada en cierto modo a la figura del *child's counsel*. No hay consenso sobre el tipo de enfoque y acercamiento que debe tener el *child's lawyer*, pero un estudio muy abarcativo encuentra cuatro posiciones predominantes. Una recomienda que ese abogado se dedique exclusivamente a pedir ante el juez el cumplimiento de los derechos legales del niño, sin involucrarse con él. Otra argumenta que el objetivo debe ser el darle poder al cliente-niño. Una tercera recomienda que, cuando el niño está capacitado para decidir, el abogado se limite a pedir lo que él quiere (para lo cual debe antes evaluar si esa capacidad se da en relación con el deseo del niño). La última asevera que todos los niños están en condiciones de contribuir en alguna medida a su propia representación.¹¹

Ninguna de estas posiciones coincide totalmente con la volcada por nosotros aquí, que consiste en que el tutor *ad hoc* o abogado del niño, en

representación de los verdaderos intereses de éste, en lugar de litigar contra los padres se dedique en primer lugar a hacer funcionar y robustecer el subsistema parental. Esta postura no es siquiera entrevista o aludida por los autores americanos en ese trabajo. Sucede lo mismo con otros del mismo origen ¹², al punto que uno de ellos se titula “Previniendo la creación de huérfanos por mandato judicial”. ¹³

Sin embargo, en la práctica, los representantes del niño estadounidenses muchas veces procuran que los padres consoliden un equipo y los reúnen para lograr acuerdos. ¹⁴ Cuando no existe esa posibilidad, tratan de que su cliente, el niño o niña, logre tomar poder para no sufrir o aliviarse de la triangulación que lo involucra y pueda reflexionar sobre lo que le conviene, a pesar de las presiones parentales. ¹⁵

Sirvan estas ideas como una contribución a un debate sobre la compleja noción del interés superior del niño, a la que hemos puesto en relación, que debe ser inexcusable, con el subsistema parental.

Notas

[[←1](#)]

Los autores agradecen a la señora jueza Dra. Adriana Gurgui de Nacif el haberles facilitado una copia del expediente para realizar este trabajo. Tanto ella como los autores se ocuparon de que no trascendiera la identidad de los miembros de la familia.

[←2]

El Dr. Pedro Herscovici es médico, terapeuta familiar y terapeuta comunitario. El Dr. Eduardo José Cárdenas fue juez de familia durante 20 años en la Capital Federal. Desde 1999 es abogado consultor y mediador en materia de familia. Ambos son docentes, entre otros lugares, en el post grado de Derecho de Familia de la U.B.A.

[←3]

Naturalmente que cuando decimos “parental” nos estamos refiriendo genéricamente al subsistema de autoridad, responsabilidad y ejecutividad de una familia, no restringiéndolo al caso de que los integrantes de ese equipo sean los padres (juntos o separados) y comprendiendo también los casos en que el subsistema está integrado parcial o exclusivamente con abuelos, padrastros, autoridades institucionales de hogares, etc.

[← 4]

Al abordar este tema queremos aclarar, para aventar prejuicios, que uno de los autores de este trabajo (EJC) fue durante 20 años Juez Civil en la Capital Federal, con competencia en los asuntos de familia, y desde el año 1985, cuando todavía la Convención no existía, formó un equipo interdisciplinario en el Juzgado con el objeto de intervenir en todos los casos de familia que se planteasen y, entre otras cosas, entrevistar siempre a los niños y adolescentes involucrados en esos casos. Y el otro coautor (PH) es terapeuta familiar y como tal entrevista permanentemente a familias con niños y adolescentes. Valga esta aclaración para que no se crea que las líneas que siguen esconden un mensaje contra la participación de los niños y los adolescentes en un proceso, sea judicial, médico, psicológico, social, etc.

[←5]

Ricardo J. Dutto, "El mejor interés del niño, la Constitución nacional y la jurisprudencia", en Zeus, 72-D-75, y "El mejor interés del niño en la adopción, la Corte y el joven sacerdote", en Zeus, 28 y 29 de septiembre de 2005, correspondientes al t. 99.

[←6]

Cecilia P. Grosman, "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño en las relaciones de familia", La Ley, 1993-B, 1089.

[[← 7](#)]

Augusto C. Belluscio, “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061”, La Ley, revista del 24 de febrero de 2006.

[← 8]

Algunas leyes de nuestro país equilibran matizadamente el concepto. Véase el artículo de Belluscio citado en la nota anterior.

[←9]

Hace ya muchos años, en “¿Niños versus adultos? Textos, contextos y pretextos para interpretar la Convención”, en la revista “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, N° 13, p. 59 y stes., uno de nosotros (EJC) expresó: “No me ha dado resultado, lo digo con dolor, las veces que me he plantado como defensor de los derechos del niño sin haber sido comprendido y aceptado por la comunidad a la que él pertenece (sea la familia biológica o su "lo" familia, en la terminología de Eva Giberti - conformada total o parcialmente por miembros no unidos por la biología o por la alianza, a veces tampoco por la cohabitación). Esta fórmula: "Estado o instituciones + el niño vs. la o 'lo' familia", ha terminado siempre con pérdida para todos, incluido el niño. Lo he visto centenares de veces: el derecho del niño a informarse y a expresarse sólo está protegido si los adultos de la familia, o de "lo familia" pueden comunicarse entre sí, acordar, colaborar y ejercer así sanamente la autoridad.

[← 10]

El estado de Illinois, por ejemplo, tiene tres figuras a través de las cuales se busca proteger los intereses de los niño/as. La primera figura es la de “abogado del niño/a”. Cuando un abogado actúa como abogado del niño/a puede intervenir activamente en todo el proceso y la comunicación con el cliente-niño/a es confidencial. La ley dice que el abogado “puede” tomar directivas del cliente. La segunda figura es la de “tutor ad litem”. El tutor debe investigar cuál sería en el caso el mejor interés del niño/a y proponer una solución al conflicto en este sentido. En general participa en el juicio como perito. No cumple las funciones típicas de un abogado. La comunicación con el niño/a no es confidencial con respecto al tribunal. La tercera figura es la de “representante del niño/a”. Esta figura es una combinación de las dos anteriores. El representante del niño/a actúa como abogado, sus comunicaciones con el representado son confidenciales, pero debe actuar según lo que considere que es el mejor interés del niño. No puede ser citado como perito ni como testigo. Es el juez quien decide si nombra un abogado en defensa del niño/a y si lo hace, a través de qué figura. En general la figura más usada por los jueces es la del representante del niño/a. (Comunicación de la Dra. María de la Paz Videla, hizo durante un año una experiencia como “representante del niño/a” en la Clínica de Derecho de Niño/as y Familia de la Universidad de Loyola, Chicago.

[← 11](#)

Representing Children, The Role of the Child`s Counsel, p. 233.

[← 12](#)

Reconciling Parent`s and Chidren`s interests in Relocation, por Hon. Arline S. Rotman, Robert Tokinns, Lita Linzer Schwartz y M. Dee Samuels, en Family and Conciliation Court`s Review, vol. 38, nro. 3, julio 2000, p. 341-367.

[← 13](#)

Preventing Judicially Mandated Orphans, por Theresa D. Legere, en la misma revista citada en la nota anterior, vol. 38, nro. 2, abril 2000, p. 260-281. Se refiere preferentemente a casos de maltrato o abuso de niños por sus padres o adultos de su familia, área en la cual los norteamericanos y anglosajones en general son inflexibles en el sentido de practicar lo que llamamos “parentectomía”.

[← 14]

Salvo los casos de maltrato o abuso, como hemos dicho en la nota anterior. Como parte de la maestría de Derecho de Niños y Familia que hizo en la Universidad de Loyola, Chicago, la Dra. María de la Paz Videla fue designada representante en tres casos. “En un caso de tenencia, luego de un divorcio difícil, nos relata la Dra. Videla, los chicos eran una mujer de 11 y un varón de 9. La relación con ellos fue más compleja, por la edad de los chicos. Tuve tres encuentros con ellos, promovidos por mí, a lo largo de un año. No me llamaban en forma espontánea. Ellos si expresaban deseos, algunos que consideramos válidos y otros basados en cosas circunstanciales, como por ejemplo un enojo con la mamá porque los mando a ordenar. Tuvimos dos entrevistas con ambos padres –juntos- para tratar de ayudarlos a lograr un acuerdo. No llegaron a un acuerdo de fondo, pero acordaron algunas cosas en relación a los hijos. Muchas de las preocupaciones de los hijos que habíamos considerado relevantes fueron resueltas por los padres en estos encuentros. En este caso hubo una evaluación de interacción familiar. Acá la decisión sobre qué postura tomar en el juicio, estuvo basada en lo que consideramos mejor para los niños teniendo en cuenta las entrevistas con los niños, las entrevistas con ambos padres y toda la prueba aportada (sobre todo la pericia psicológica, pero también los informes escolares y otros elementos). La decisión de trabajar con los padres para llegar a acuerdos no es obligatoria sino optativa del representante del niño, y no se toma en todos los casos ni es política de todas las instituciones.”

“En otro caso de post divorcio destructivo, relata la Dra. Videla, la hija de las partes era una adolescente de 15 años. El padre no solo pedía su tenencia, sino también que fuera a vivir a Miami junto con él y su nueva familia. Los dos padres se negaron expresa y totalmente a mantener conversaciones, ni siquiera por teléfono abierto. La relación con mi representada/cliente de 15 años, en cambio, fue muy interesante. María era una chica muy sensata, y lo primero que me dijo cuando nos conocimos fue que ella no quería decidir nada ni dar una opinión que fuera determinante para la decisión. Esta fue parte de nuestra tarea: que su participación en el proceso sea adecuada. Para aliviar su carga, en este caso le dije a María que nuestra posición estaría determinada por lo consideráramos que iba en su mejor interés. No tomamos ninguna posición inicial, ya que primero necesitábamos conocer más el caso. Mi relación con ella fue muy directa, porque por su edad me podía llamar por teléfono y arreglar un encuentro con facilidad. Además de la actividad concreta en relación al juicio, tuve varias entrevistas con María y su madre y una entrevista con ella, su padre y la mujer de éste, y luego con los adultos solamente. Por razones de distancia vi menos al padre y a su mujer, pero tuvimos comunicación telefónica fluida. Por la edad de María, nos pareció mejor trabajar con ella para que ella pudiera por sí misma lograr algunas cosas. Por ejemplo, su participación en el proceso había vuelto a los padres muy ansiosos, y le hablaban mucho sobre este tema, y sobre qué pasaría si ella decía tal o cual cosa. Ella se sentía muy presionada y angustiada. María pudo salir de esta posición hablando ella directamente con sus padres. Lo hizo primero con mi ayuda, y luego siguió sola. Pudo hacerlo muy bien, con cariño y los padres lo entendieron y la presión cedió. Para mí, lo más importante fue que María estaba aprendiendo lograr cosas por sí misma. Es decir que por un lado, respecto de la posición en el juicio, tomamos una posición de “sustitución” de María, que en el fondo era lo que ella estaba pidiendo, y lo que consideramos que sería en su mejor interés. Tomar esta posición fue fácil porque María estuvo de acuerdo en que así fuera. Ella no quería decidir, y prefería que otro tomara una posición por ella. Está claro que en realidad es el juez quién decide, pero María temía que tomar posición tuviera un impacto demasiado grande. La apoyamos en esto. Hicimos mucho hincapié con toda la familia en que la entrevista con la Juez no era tanto para que María dijera con quién quería vivir, sino para que la conociera y también para que María conociera a quien tomaría una decisión muy importante sobre su vida. La juez que intervino en el caso fue excelente, y cuando la entrevistó dejó muy en claro que era ella quien decidía y que lo haría pensando en lo que fuera mejor para María y no en lo que María quisiera. Le hizo muchas preguntas sobre su vida, sobre cómo era en un lugar, cómo en el otro, sobre la relación con los padres. No la presionó para nada. Por otro lado, María requería nuestra asistencia para cosas más cotidianas, como la comunicación con su padre sin interferencias de su madre, o el tema de las presiones sobre su entrevista con la juez. Sobre estos temas, nuestra posición no fue de “sustitución” sino de promover su autogestión. Ayudarla para que ella pudiera lograr los cambios que necesitaba y en el camino aprendiera a comunicarse mejor con sus padres. Y lo hizo muy bien.”

Table of Contents

[Notas](#)