

BELFAST 2006

XVII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia (AIMJF)

Carmen PALACIOS-SERRES
Jurista y Mediadora
Especialista en Derecho de Familia
<http://www.mediation-filiation.info/>

“El niño en la comunidad – El derecho del niño a la supervivencia y al progreso”

¿COMO PODEMOS ESCUCHAR LA VOZ DEL NIÑO?

Nuestro XVII congreso mundial de la Asociación Internacional de Jueces y Magistrados para la Juventud y la Familia: LA JUSTICIA CORRECTA, se inscribe dentro de un contexto mundial y todos los temas que analizaremos se desarrollan en la historia actual de la infancia y de la juventud dentro de nuestra “aldea global”.

No citaré en esta intervención ningún país o región del mundo, ni pondré esta reflexión, al servicio de lógicas binarias: víctimas y victimarios, olvidados de la ley y en conflicto con la ley, menores en situación irregular (objetos de protección) o sujetos de derecho (amparados por la doctrina de la protección integral), porque mi intención es invitarlos a asumir una mirada sistémica del “niño en la comunidad y su derecho al progreso, a la supervivencia y al desarrollo”, desde el aquí y el ahora, con miras a formular perspectivas globales e incluyentes en el camino hacia la Justicia Correcta.

Advirtiéndome que en mi parecer, un camino hacia la Justicia Correcta, no se construye sobre una “autopista” de la codificación, la reglamentación y la normatividad exacerbadas. No es un camino pavimentado por la multiplicación de leyes infanto-juveniles y de protección de la infancia que conduzca hacia callejones y vericuetos poblados de “*Esos niños que sacrificamos... en nombre de la protección de la infancia*” como afirma Maurice Berger en el título de su último libro.

Sobre un soporte triangular:

El sentido del artículo 12 de la CDN, entre inclusión y exclusión;

El derecho del niño a “ser oído” desde el ángulo de la libertad, la capacidad, el bienestar;

El Mito de la perfecta Justicia, enfoco el tema que nos ocupa y les invito a “escuchar” esta reflexión-propuesta.

Δ El sentido del artículo 12 de la CDN, entre inclusión y exclusión:

¿Cómo podemos escuchar la voz del niño? Esta pregunta nos remite directamente al artículo 12 de la CDN:

“1. Los estados partes garantizan al niño que tiene capacidad de discernimiento el derecho de expresar libremente su opinión sobre todo asunto que sea de su interés, las

opiniones del niño serán debidamente consideradas teniendo en cuenta su edad y su grado de madurez.

2. Con este fin se le dará especialmente al niño, la posibilidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo de su interés, ya sea directamente, ya sea por intermedio de un representante o de un organismo apropiado, de manera compatible con las reglas de procedimiento de la legislación nacional”

Estamos ante un derecho para que el niño pueda hacer oír su voz libremente, sin embargo este derecho se desarrolla entre:

Una lógica incluyente: garantizar al niño la libertad de expresarse
Una lógica excluyente:

- con discernimiento - según su edad - su grado de madurez
- de manera compatible con las reglas de procedimiento nacionales

Sobre toda cuestión de su interés

El interés del niño vincula estas dos lógicas para establecer un puente de unión que las pone en inter - acción.

No obstante es de advertir, que a nuestros ojos la cuestión del discernimiento, la edad, el grado de madurez, y las reglas de procedimiento de la ley nacional, expresamente señalados en el citado artículo, son factores que limitan el ejercicio del derecho del niño a ser escuchado.

Por ejemplo, se ven casos de niños de muy corta edad que por las condiciones, dolorosas o precarias en que han vivido desarrollan un grado elevado de madurez y de discernimiento. Pero si la legislación nacional que se les aplica estipula una edad de 10 años para ser oídos judicial o administrativamente, este derecho se verá reducido e inclusive puede llegar a ser inoperante. En casos de divorcios, tenencias, guardas, visitas, e inclusive de adopciones, una ley de carácter nacional puede imposibilitar “escuchar la voz del niño” o ver este derecho seriamente afectado.

En este mismo sentido, como la cuestión del interés del niño, queda a la apreciación del operador de justicia infantil y juvenil, dicho operador tiene en su poder la facultad de:

- aceptar o rechazar escuchar la voz del niño
- interpretar lo manifestado por el niño
- utilizarlo conforme a lo que el respectivo operador de justicia “ha oído”, conforme a las preguntas que ha formulado y a las expectativas que ese adulto ha depositado sobre el niño.

Con esta apreciación, hay que aceptarlo, se corre el riesgo de perder objetividad para ganar en subjetividad, del que tiene entre sus funciones recoger y escuchar la voz del niño, para el bien y en interés del niño, pero también en nombre de la moral que subjetivamente defiende cada operador de justicia.

Formulo estas observaciones con el ánimo de colocarme en un justo medio y a una prudente distancia, para situar el tema y para enfocarlo con miras a favorecer la supervivencia y el desarrollo de la infancia.

EL NIÑO Y SU PALABRA: “El niño no miente, el niño cuenta y relata la representación de su mundo interior”, afirmaba Boris CYRULNIK en el congreso “Paroles d’enfants:

parole sacrée, sacrée parole!” (Palabras de niños: ¡palabra sagrada, sagrada palabra!) en París en Diciembre del 2005.

En este mismo congreso, Jean ZERMATTEN fue categórico al afirmar en su intervención: “La Parole de l’enfant: passage obligé, passage vérité?” (La palabra del niño ¿paso obligado, paso verdadero?), en el sentido que la recepción de la palabra del niño es una etapa de obligatorio cumplimiento para garantizar su interés personal y que nadie puede ejercer este derecho en el lugar del niño. El conferencista enfatizó el papel de los operadores de justicia infantil y juvenil, respecto a su formación a esta labor, como la importancia de todos los medios que se pongan al servicio de su formación a la escucha, pero por sobre todo, a las calidades y cualidades tanto humanas como profesionales de quienes cumplen con esta misión.

Para terminar esta primera parte bajo una lógica incluyente, no sobra recordar que la interpretación, desarrollo y aplicación del artículo 12 de la convención, se integran y están en relación con los principios de no-discriminación y del interés superior del niño (artículos 2do y 3ro de la CDN), puesto que estos tres artículos constituyen las líneas directrices de la convención, las cuales deben orientar y servir como ejes centrales en su aplicación.

Δ EL DERECHO DEL NIÑO A “SER OIDO” DESDE EL ÁNGULO DE LA LIBERTAD, LA CAPACIDAD, EL BIENESTAR.

“la realidad al final es la que manda y la pregunta que parte de ahí es cómo podemos vivir esta realidad y transformarla, pregunta que equivale a cuestionarnos sobre la ética” Adela Cortina

Esta asamblea mundial nos convoca bajo tres temas de trabajo:

“El niño en la familia – El derecho del niño a la vida de familia”

“El niño en la comunidad – El derecho del niño a la supervivencia y al progreso”

“Niños en conflicto con la ley”

Pero nos demanda una sola visión de la Justicia: la correcta.

Parafraseando a Adela Cortina, volvamos a nuestra tarea, ¿“cómo podemos escuchar la voz del niño”?, “la realidad de la justicia correcta es la que manda y la pregunta que parte de ahí es cómo podemos vivir esta realidad y nuestra capacidad para transformarla en supervivencia y desarrollo, pregunta que equivale a cuestionarnos sobre la libertad, la capacidad el bienestar”.

¿DE QUÉ NIÑOS ESTAMOS HABLANDO?, ¿A QUE REALIDAD ESTAMOS MIRANDO?:

¿El niño de las calles de nuestras grandes urbes?

- Pequeños e incluso graves delincuentes, atracadores, vendedores y consumidores de droga.
- Jóvenes “cañds” o al servicio de bandas y pandillas
- Niños violadores, asesinos a sueldo, “sicarios”.

¿El niño trabajador del campo y la ciudad?

- Niños explotados laboralmente

- Abusados, maltratados
- Sometidos al turismo sexual, a la prostitución, a la mendicidad

¿El niño desplazado, refugiado, separado de su hogar?

- Niños guerreros o soldados que hacen parte de ejércitos regulares e irregulares
- Niños vendidos, objeto de tráfico de órganos,
- Excluidos del sistema escolar
- Sin cobertura de salud, desnutridos, enfermos de sida, mutilados por minas antipersonales
- Niños huérfanos o abandonados, maltratados por sus propios progenitores, abusados dentro de su misma familia.

Y tantos otros niños y niñas que independientemente del hecho de que sean ricos o pobres, de que pertenezcan a un mundo desarrollado, en desarrollo o por desarrollarse, no tienen acceso a la *capacidad de ser escuchados*.

Estamos entonces hablando y mirando a aquellos niños y niñas que de una u otra forma, en mayor o menor grado, se hallan olvidados o excluidos de su comunidad familiar, escolar, social y por lo mismo, total o parcialmente privados, de su pleno derecho a la supervivencia y al desarrollo.

¿Cómo podemos escuchar la voz del niño?, ¿el derecho a ser escuchado se aplica únicamente ante los tribunales penales y de protección de la infancia y de la juventud?

“La CDN ha igualmente establecido nuevas normas, codificando por primera vez el derecho del niño a hacerse escuchar, tanto en sentido general como en un contexto más específico durante cualquier procedimiento atinente al niño” afirma Willie McCarney en su editorial de la Crónica de la AIMJF de Julio del 2004, “La puesta en práctica de la Convención sobre los Derechos del Niño – El Desafío para la Magistratura.”

Dentro de este sentido general del niño a ser escuchado, el cual no se limita el campo judicial y administrativo, radica el objetivo fundamental de este derecho, que consiste en restablecerle al niño su capacidad de desarrollo, asegurarle la supervivencia y ponerlo de cara al progreso. En otras palabras, abrirle paso para que se integre al primer factor de desarrollo: EL CAPITAL, social y humano principalmente.

LA LIBERTAD, LA CAPACIDAD, EL BIENESTAR, concebidos como fin y medios de desarrollo por el economista Amartya Sen nos ofrecen una sólida pista de trabajo para enfocar la Justicia Correcta.

Extendida la noción de *LIBERTAD* hacia el concepto de las capacidades de las cuales dispone una persona para realizar aquello que tiene razón de desear realizar. Este enfoque se orienta hacia una definición específica del bienestar del ser humano y aporta un concepto novador a la noción de pobreza: de una visión reductora centrada en los recursos económicos, ofrece una visión amplia que comprende e incluye múltiples dimensiones, entre las que se destaca el concepto de “capacidades”.

Lo que caracteriza entonces a una persona pobre, son sus muy limitadas capacidades para alcanzar el bienestar, por consiguiente la pobreza se puede definir de manera equivalente, bien como la falta de libertades básicas – desde la perspectiva de las capacidades -, o bien como la no realización de los derechos a esas libertades - desde la perspectiva de los derechos humanos (Crónica de la AIMJF de Diciembre 2005, “El Concepto de Pobreza y los Derechos Humanos”, página 29).

Bajo este enfoque, las capacidades de los niños para ser escuchados y tener en cuenta su palabra, se constituyen en fuentes de bienestar porque garantizan el espacio de libertad que les permite acceder a una Justicia Correcta.

“¿De qué modo, preguntó Hermes a Zeus, he de hacer la distribución entre los hombres del respeto y la justicia?.....Entre todos, dijo Zeus, de modo que cada uno tenga su parte, ya que la sociedad no podría subsistir si, al modo que sucede con las demás artes, solo unos pocos participaran de ellos. Y en mi nombre dictarás esta ley: que se mate como a una peste social, al que no pueda ser partícipe del respeto y la justicia”. El Mito de Protágoras

Δ EL MITO DE LA PERFECTA JUSTICIA

La aplicación de una justicia correcta a favor de la infancia y la juventud nos pone ante un dilema, o por lo menos ante un hecho que participa de diferentes racionalidades y se nutre de realidades complejas, en sus múltiples dimensiones culturales, normativas, socioeconómicas y políticas.

El mito de la perfecta justicia encarnada en la ley, no es suficiente para permitirle al niño realizar aquello que tiene razón de desear realizar, en su legítima búsqueda de bienestar.

El niño trabajador, no es siempre un fenómeno vergonzante que amerite el castigo y premie económicamente al progenitor que envíe el niño a la escuela

El niño y la adopción, no se trata de descalificar”perse” esta figura, que se remonta en los imaginarios y en la historia a través de todos los tiempos, porque a fuerza de reglamentarla “en nombre de la protección de la infancia”, se llega a efectos perversos y reductores, a “esos niños que sacrificamos”

Las nuevas formas que adquiere la maternidad, la paternidad, la filiación, bajo el auge de la fertilización humana en laboratorio, las parejas reconstituidas, las parejas homo y heterosexuales, la monoparentalidad e incluso el niño cabeza de familia, demandan una especial atención, para darles la existencia jurídica, que les permita acceder a su bienestar.

Las limitadas capacidades del niño nacido en prisión y separado de su madre, en aras a garantizarle “la libertad” y su interés superior.

Las sanciones a que puede ser sometida la niña apenas adolescente, que regala a su bebé, para darle la oportunidad de vivir, en lugar de arrojarlo a un botadero de basuras, chocan con la noción de libertad para realizar aquello que se tiene razón de desear realizar.

Las contradicciones entre castigo, reinserción y supervivencia de los niños delincuentes, de los niños soldados, en su legítimo deseo de volver a integrarse a su comunidad

¿Podríamos entonces encontrar en el desarrollo de la democracia participativa el motor para fomentar el derecho del niño a su supervivencia y desarrollo? Concibiendo el modelo participativo como un espacio de pluralismo, de libre confrontación de ideas y experiencias, de rechazo de la autoridad impuesta, entre otros.

Para Amartya Sen el papel de la democracia es fundamental en el proceso de elaboración de aquellos valores ligados a la libertad de expresión y de acción, porque

este sistema encarna un asunto de reglas y de procedimientos que regulan su funcionamiento bajo principios de Justicia y Equidad.

Siguiendo esta propuesta, planteo el acceso a la justicia correcta, a favor de la infancia, bajo una reflexión que rechaza una noción homogeneizadora respecto a una realidad heterogénea; un trabajo y acciones permanentes, que implican lo siguiente:

- trascender los modelos que se pretenden antagónicos y se descalifican mutuamente, para atender a los “pobrecitos menores” o a los “niños sujetos de derechos”, hacia la elaboración de un modelo común de comprensión, transformación y traducción de la realidad particular e individualizada en que esta inmersa cada situación.
- incitar a una ética del conocimiento y de la responsabilidad (mirar los hechos como son y no como quisiéramos que estos fueran), para gestar espacios de acción individual y colectiva.
- reconocer que estamos pasando de formas de poder jerárquicas, autoritarias y verticales, hacia modelos de regulación social y de socialización, negociados, plurales, reticulares y complejos, pero seguramente más adaptados a las necesidades de cambio y transformaciones permanentes que exige un mundo globalizado.

Tendremos que aceptar el hecho que dentro de estas “mutaciones”, se halla la fuente de construcción de nuevos paradigmas, para que el derecho del niño a ser oído no se quede escrito y enunciado en términos de eficacia simbólica. Cada uno de nosotros tiene en sus manos una cuota de esta responsabilidad, así nos lo demanda el pluralismo de la sociedad democrática hacia la cual estamos mirando.

Invito a Fernando Savater a sentar la última palabra a título de reflexión final: “No es cierto que el pluralismo de la sociedad democrática quiera decir que cada cual pueda tener su ética y todas valgan igual. Lo que cada cual tiene es su *conciencia moral*, esa sí personal e intransferible. En cuanto a los valores, puede argumentarse la superioridad ética de unos sobre otros, empezando por valorar el mismo pluralismo que permite y aprecia la diversidad.”

Diversidad que nos acoge en la ciudad de Belfast y se encarna en esta asamblea mundial en torno a la infancia y a la juventud.