

XVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

COMISION DE DERECHO PROCESAL CIVIL

PONENCIA: “COMO ESCUCHAR A NIÑAS Y NIÑOS”

AUTORA: GLORIA ANAHI MARTINA

DOMICILIO POSTAL: BARRIO 25 DE MAYO – CASA 221

LOCALIDAD: ZAPALA (CP. 8340) – NEUQUEN

TELEFONO: (0299) 155464992

CORREO ELECTRONICO: gloriamartina@yahoo.com.ar

SINTESIS: Frente a la consagración en el Código Civil y Comercial de la Nación –como regla procesal– del derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en todo procedimiento que los afecte directamente y a que su opinión sea tenida en cuenta y valorada, conforme el grado de discernimiento que posean y la materia debatida¹, es menester reconsiderar seriamente el modo de implementar aquella audición en relación a la franja etaria de personas menores a 13 años², actualmente desarrollada en forma asistemática y librada al puro arbitrio judicial, en modos diversos que van desde la escucha por el Juez a solas, en presencia del Defensor del Niño o asistido por su Equipo Interdisciplinario.

La apuntada falta de reglamentación conspira contra la eficacia de tan valiosa herramienta en tanto aleja la posibilidad de aprehender en toda su dimensión y alcances la real voluntad del niño, pilar esencial al momento de resolver la cuestión que lo involucra con resguardo de su interés superior.

Resulta pues imperioso reformar las normativas procesales y de organización de la justicia, a fin de reglamentar la audición del niño mediante Cámara Gesell, sin perjuicio del obligatorio contacto personal con el juez, a fin de cumplir el principio de inmediación³.-

¹ Arts. 26 y 707 CCC.-

² Art. 26 CCC.-

³ Art. 706 CCC.-

SUMARIO

- I.- Marco normativo del derecho de niñas y niños a ser oídos.**
- II.- La especialización del juez de familia, ¿garantiza la eficacia en la escucha a niños y niñas?.**
- III.- Cómo escuchar a niños y niñas.**
- IV.- Cámara Gesell. Particularidades y ventajas.**
- V.- El resguardo del principio de intermediación.**
- VI.- Conclusión.**

I.- Marco normativo del derecho de niñas y niños a ser oídos.-

La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en la ciudad de Nueva York, consagra el derecho de niñas y niños a ser oídos⁴. La importancia de esta normativa proviene del rango supranacional que ostenta en virtud de su incorporación -por la reforma de 1994- al artículo 75 inciso 22, 2º párrafo de la Constitución Argentina y de la condición de inmediata operatividad de su normativa⁵, aunque es dable señalar que idéntica garantía había sido ya plasmada, entre otros instrumentos internacionales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 –aprobado en el país por Ley 23.313⁶- que acuerda a *toda* persona el derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley⁷, potestad que incluye y alcanza a sujetos menores de edad, como lo señalara la Observación General 13 al precisar que “los menores deben disfrutar por lo menos de las

⁴ “Art. 12.1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

⁵ Grosman, Cecilia, *Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño en las relaciones de familia*, en La Ley, 1993-B-1091; C.S.J.N., “Wilnes c. Oswald”, sent. del 14/6/95, La Ley, 1996-A-260.

⁶ Publicada en el Boletín Oficial del 13 de Mayo de 1983.

⁷ “Art. 14, ap. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil...”.

mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14”⁸.

En el plano infraconstitucional, la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061 del año 2005, establece que el niño tiene derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que lo solicite y a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de resolver⁹.

En idéntica sintonía, desde los albores del año 2000, rige en la Provincia del Neuquén la Ley N° 2302 de Protección Integral de Niñez y Adolescencia, que crea el fuero de familia y garantiza al niño y adolescente el derecho a ser escuchado en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos y a que, para la resolución que se adopte, tanto administrativa como judicialmente, su opinión sea tenida en cuenta y valorada, bajo pena de nulidad, en función de su edad y madurez, debiéndose dejar constancia en acta certificada por quien tenga a su cargo la fe pública¹⁰. Hasta el presente, la norma permanece sin reglamentar.-

La reforma implementada en el Código Civil y Comercial incorpora como un principio del proceso de familia el interés superior del niño y consagra como una regla el derecho de todos ellos a ser oídos en los procesos que los afectan directamente y a que su opinión sea tenida en cuenta y valorada, según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso¹¹.

II.- La especialización del Juez de Familia, ¿garantiza la eficacia en la escucha a niños y niñas?.

El Código Civil y Comercial de reciente vigencia impone la especialización del juez de familia, manda absolutamente incompatible con el sistema legal imperante en diversas jurisdicciones provinciales aún

⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General 13, opinión consultiva solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición jurídica y los Derechos Humanos del Niño; sobre la interpretación de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el art. 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados”, en relación a niños.

⁹ Arts. 3° inc. b, 24, 27 inc. a.-

¹⁰ Art. 15.-

¹¹ Art. 707 CCC., Ley 26.994 (B.O. 8/10/2014).-

conservan –como en el interior de la Provincia del Neuquén– “juzgados polirrubros” que atienden fueron tan disímiles como los de familia y juicios ejecutivos¹², realidad que no sólo amerita una urgente reforma procesal y de organización de la justicia a fin de adecuar la organización jurisdiccional al ordenamiento jerárquicamente superior y posterior en el tiempo, sino que obliga al juez a una disociación mental en el modo de decidir las cuestiones de cada fuero a su cargo, que claramente conspira contra la eficacia de la escucha al niño.

Sin perjuicio de lo señalado y aún en los casos de jueces titulares de tribunales especializados en el fuero de familia, esa especialización –e incluso la experiencia en la función– lejos está de garantizar *per se* la eficacia en la escuchar a niños, es decir, a personas menores de 13 años.

Piénsese a ese respecto que el Juez de Familia, de formación netamente jurídica, no cuenta con saberes interdisciplinarios (psicológicos, psiquiátricos, asistenciales, etc.) necesarios para interpretar el alcance de las palabras, silencios, gestos y actitudes de un niño ni para discernir si ha sido adoctrinado, estimulado, coaccionado o sometido a cualquier otro medio de presión para verbalizar en su presencia una voluntad que no guarde correspondencia con la real, debiendo el magistrado conducir la escucha y desentrañar lo transmitido por el niño y percibido por el interlocutor, a puro voluntarismo, experiencia e intuición, con la consecuente aleatoriedad que tal falta de método conlleva.

Advierto también como una dificultad que conspira contra la eficacia de la escucha directa por parte del juez, las particularidades de abordaje que exige el intercambio de opiniones con niños, según la edad y capacidad progresiva de éstos. Los deseos, necesidades, miedos, angustias y pareceres de una persona de cinco años no se revelan ni transmiten de idéntica forma que si se trata de personas de ocho, diez o doce años. Lógicamente, la indagación efectuada necesariamente debe respetar también aquellas dimensiones etarias, conforme la capacidad progresiva y nivel de comprensión del niño, exigiéndose del interlocutor abordajes sustancialmente disímiles a fin de entablar con el niño la empatía y confianza

¹² Juzgado de Familia y Juicios Ejecutivos N° 2 de la III Circ.Jud. de Neuquén, con asiento en Zapala, creado por Ley 2649.

indispensables que permitan al juez conocer y comprender sus deseos, en modo tal de arribar a una solución respetuosa de su interés superior, que no puede ser pensada dissociada de la voluntad de la persona titular de la protección integral derivada de la menor edad.

Tampoco resulta un dato menor en el trance de repensar el modo de desarrollar la escucha y a la luz de propender a su eficacia; la circunstancia que el grado de afectación de un niño resulta directamente proporcional al de involucramiento de los adultos responsables (padres, tutores o guardadores) en la cuestión debatida y el contenido de la solución. Por ejemplo, en un proceso dirigido a zanjar el desacuerdo de los padres respecto al ejercicio de la custodia del hijo, es muy probable que uno de ellos ejerza sobre el niño algún tipo de manipulación o influencia que difícilmente podría ser detectada por un juez poco adiestrado en la interpretación de la comunicación gestual. Y lo que es peor, aún sin pasar desapercibidos para el magistrado los sentimientos de agobio, nerviosismo, tristeza o algún estado de ánimo del niño incompatible con la espontánea y libre comunicación con éste, probablemente le resulte difícil sortear esas barreras, traducidas tanto en la reticencia del niño a verbalizar lo que siente, como en sostener un discurso “aprendido” de algún referente adulto.

El niño además concurre a la sede del Juzgado acompañado por uno o ambos padres o el adulto responsable de referencia y, si bien se entrevista a solas con el magistrado, su subconsciente registra la presencia mediata del adulto acompañante, que puede condicionar severamente el ánimo del entrevistado, máxime aún cuando previamente las restantes partes se encargaron convenientemente de hacerle conocer su posición de “arbitro” de la cuestión, carga emocional que de por sí aleja cualquier posibilidad de manifestación espontánea de opinión del niño hacia el juez.

Sumo a las objeciones apuntadas, el hecho que en la generalidad de los casos, la escucha se efectúa en el despacho del juez, siendo éste un ámbito generalmente acondicionado con la simbología propia de la jerarquía del cargo que ostenta (bandera, escudo), que podría ser percibido por el niño como un lugar hostil e incluso amedrentador, condicionante de la eficaz comunicación con su interlocutor.

Frente al panorama señalado, la falta de sistematización del modo de desarrollar la escucha de niños y niñas, deja librada al azar la eficacia de la escucha a niños y niñas y compromete gravemente todo el sistema de protección integral de derechos diseñada a fin de dotar de efectiva protección al colectivo vulnerables en razón de su edad.-

III.- Cómo escuchar a niños y niñas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en los procedimientos en que se discuten derechos propios de un niño y cuya decisión es relevante para su vida futura, se debe tener en cuenta la gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos dentro de la categoría de niños, en aras de propender a su interés superior¹³.

En el sentido indicado, destacada doctrina subraya que para poder determinar cuál es el superior interés del niño, resulta imprescindible contar con su opinión en cuanto sujeto de derecho que es¹⁴. Es que, los derechos humanos de un niño comienzan por el respeto a su opinión, la que debe ser tomada en cuenta considerando sus adecuadas particularidades, es decir, conforme su capacidad progresiva y dado el carácter de sujetos de derechos que les ha sido convencionalmente reconocido.

Desde los estándares constitucionales relativos a la protección de la infancia y a fin de no caer en una mirada ingenua, simplista o superficial que deje nuestras tranquilas las conciencias considerando cumplida la regla procesal de escuchar al niño con una entrevista cuyas vicisitudes permanece *in pectore* del juez actuante, estimo imprescindible reglamentar la forma de desarrollar la escucha a niños menores de 13 años, disponiendo que la misma se desarrolle a través de un método objetivo con intervención y auxilio de operadores interdisciplinarios que, en base a patrones predeterminados basados en conocimientos científicos, con reglas y principios conocidos de antemano, concreten el derecho humano de niñas y

¹³ CIDH, Opinión Consultiva OC, 17/2002, del 28 de agosto de 2002, considerando 101.

¹⁴ Pérez Manrique, Ricardo, "Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes", Informe presentado en el Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, publicado en www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derechos08.pdf.

niños a ser oídos en todo proceso que les incumbe y a que su opinión sea tenida en cuenta.

En la medida que la opinión del niño siga siendo discrecionalmente interpretada por el juez –y tal vez en muchas ocasiones, involuntariamente malinterpretada, tergiversada o manipulada–, la voz del niño permanecerá silenciada en el proceso. Según Emilio García Méndez, “(h)istóricamente, la relación de los adultos con los niños puede definirse a través de una sola palabra, que dicho sea de paso, es la misma que define la relación entre los hombres y las mujeres. Se trata de la palabra discrecionalidad, (...) el segundo componente que aparece tanto en la relación de los hombres con las mujeres como en la relación de los adultos con los niños, reside en que las peores atrocidades contra las mujeres y los niños se han cometido siempre muchas más en nombre del amor y de la compasión que en nombre de la represión”¹⁵.

IV.- Cámara Gesell. Particularidades y ventajas.-

La sustitución de la Doctrina de la Situación Irregular por la Doctrina de la Protección Integral, caracterizada como el pasaje de la consideración de los “menores” como objetos de tutela y represión a la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de plenos derechos, importa una concepción innovadora del niño, que deja de apoyarse en función de la edad adulta o de la sociedad para sustentarse en el significado evolutivo de una personalidad en formación, sostenida en la consideración de la dignidad y el respeto que su persona merece. Esta evolución iniciada con la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU) y proseguida luego por numerosos Estados –entre ellos, la Argentina–, dio comienzo a una ardua tarea por acomodarse a tal legislación, estableciéndose a ese fin no sólo instrumentos normativos sino mecanismos de promoción y de protección destinados a dotar de exigibilidad y protección eficaz a aquellos derechos, siendo uno de ellos la implementación obligatoria de la Cámara Gesell para tomar declaraciones a niños víctimas de abusos sexuales, con el objetivo de evitar la revictimación.

¹⁵ García Méndez, Emilio, “Especificidad y universalidad del derecho”, en Faur, Eleonor-Lamas Alicia (comp.), *Derechos universales. Realidades particulares*, UNICEF, Buenos Aires, 2003, p. 60.

Una de las finalidades de la utilización de la Cámara Gesell¹⁶ es procurar que los niños tengan que declarar una única vez a lo largo del proceso judicial, que lo hagan únicamente ante un psicólogo especializado y a través de herramientas tecnológicas que permitan a las partes seguir las alternativas de la entrevista desde afuera del recinto. El objetivo es reducir lo más posible el estrés que supone para el niño atravesar un proceso judicial, evitar su revictimización y, en lo que al fuero de familia se refiere, obtener una cabal comprensión de los deseos y opinión del niño, aprehendiendo su voluntad a través de métodos científicos de la mejor calidad posible que ayuden a la realización de Justicia de Acompañamiento y aseguren el resguardo del interés superior de los sujetos vulnerables del proceso en razón de su menor edad.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén estableció el Protocolo de Actuación de Cámara Gesell¹⁷ que, si bien destinó al fuero penal, nada impide su aplicación al proceso de familia, previa adecuación a sus particularidades, teniendo presente la previsión allí contenida respecto a que “La entrevista de recepción de testimonio en todas sus fases, estará bajo la dirección exclusiva del Juez interviniente...”¹⁸.

La eficacia del método radica en que la intervención de profesionales especializados asegura una fidedigna comprensión del discurso –verbal o gestual- del niño, de sus silencios, grafismos y de cualquier otra conducta u omisión cuyos alcances y significancias serán correctamente transmitidos al juez, quien –como sucede en sede penal–, podrá indicar al experto los interrogantes que estima deban ser respondidos por el niño.

Otra de las sustantivas ventajas del sistema reside en el hecho que la grabación del acto permite a la Alzada la correcta revisión de lo actuado en primera instancia, con adecuada valoración de los dichos del niño o niña y sin necesidad de reiterar su escucha, dado el efecto claramente estresor que aparea al sujeto una nueva concurrencia a la sede tribunalicia.

¹⁶ Creada por el psicólogo y pediatra estadounidense Arnold Gesell para observar la conducta en niños sin ser perturbado o alterado ante la presencia de extraños.

¹⁷ Aprobado por Acuerdo N° 4132 del 11-4-2007

¹⁸ Art. 1, Protocolo de Actuación en Cámara Gesell.

V.- El resguardo del principio de intermediación.

La utilización de la Cámara Gesell en modo alguno implica mengua o desmedro del principio de intermediación, pilar del nuevo proceso de familia¹⁹. Es que, encontrándose presente el Juez en el salón contiguo al que se desarrolla la entrevista del niño con el experto en psicología, concluida la misma y en ese ámbito, bastará al magistrado apersonarse en el lugar y mantener con el niño un adecuado contacto personal y escuchando lo que éste desee comunicarle o responder sus interrogantes, si los tuviere, de lo que se desprende que la escucha del niño mediante Cámara Gesell no produce mengua alguna del principio de intermediación.-

VI.- Conclusión.-

Conforme lo apuntado y con específica referencia a los niños, es decir, a las personas menores de trece años, resulta imprescindible implementar su derecho a ser oídos a través de un método científicamente reglado y destinados a no sustituir o completar la voluntad y opinión de aquél colectivo.

Desde este miraje, la incorporación de la opinión del niño al proceso mediante la utilización de Cámara Gesell, constituye indudablemente una acción positiva en los términos del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional.-

¹⁹ Art. 706 CCC.