

XXXII Congreso Nacional de Derecho Procesal

Comisión de Derecho Procesal Civil

Síntesis de la propuesta: Mediante el presente trabajo analizaré las guías y protocolos vigentes para la escucha de niñas, niños y adolescentes en el marco del proceso judicial. Ello desde la perspectiva del paradigma protectorio y el cumplimiento de las mandas convencionales en términos de niñez.

Postulación a premio: Dejo de manifiesto que la presente ponencia es presentada al efecto de participar de los concursos y premios referidos en el artículo 18 del Reglamento del Congreso.

Título de la Ponencia: La práctica en el ejercicio del derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes.

Autora: Maite Bentancourt¹

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Paradigmas derivados de la constitucionalización y convencionalización del Derecho Privado: a) Paradigma de acceso; b) Paradigma protectorio. III.- Protocolos y guías para la escucha de niños, niñas y adolescentes vigentes en Argentina. IV.- Conclusión.

I.- Introducción

¹ Abogada graduada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Auxiliar Letrada del Juzgado de Familia N.º 6 del Departamento Judicial La Plata. Maestrando en Magistratura por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Administración de Justicia por la Universidad de Buenos Aires. Colaboradora en la Cátedra IV de Derecho Procesal Civil y Comercial en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Desde la entrada en vigor de los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño a la fecha se han transitado distintas modalidades y posicionamientos en lo que respecta a la participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales.

Actualmente, habiendo transitado una reforma constitucional y modificaciones al Código Civil y Comercial, nos encontramos frente a la uniformidad legislativa que delimita el actuar de los magistrados a la hora de la toma de decisiones que afecten en forma directa los intereses de este grupo, quienes deben tener en cuenta la opinión de los mismos.

El desafío hoy radica en la modalidad en que se lleva a cabo la escucha de los niños, niñas y adolescentes en el marco del proceso judicial, y si en ello existe uniformidad a nivel nacional.

II.- Paradigmas derivados de la constitucionalización y convencionalización del Derecho Privado.

La constitucionalización y convencionalización del derecho privado se ve reflejada a través de la redacción de los artículos 1 y 2 del CCyCN, permeabilizando las fronteras entre lo público y lo privado logrando así un diálogo entre la pluralidad de fuentes. Ello generó que conceptos y actividades jurídicas indeterminados quedan sujetas a la interpretación de quien debe aplicar o hacer efectiva la norma.

Es en este punto donde adquiere mayor relevancia el rol de la magistratura, con relación a las fuentes en general como normas fundamentales -entendiéndose como tales al conjunto de derechos, principios, valores, garantías y normas institucionales, que conformaran el ordenamiento jurídico²- y su posicionamiento respecto de los paradigmas de acceso y de protección derivados de esta transformación del sistema de derecho.

Los principios son normas indeterminadas que deben entenderse como mandato de optimización -imperativo de actividad en la medida que

² Las normas calificadas como fundamentales [...] cumplen una función integrativa, delimitadora e interpretativa del ordenamiento jurídico. - Lorenzetti, Ricardo Luis. "Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho"; 1ra. ed. reimpresión, Rubinzal-Culzoni, 2020; pág. 455.

sea posible- o también como un límite en la valoración. En tal sentido ha quedado plasmado en el artículo 707 del Código Civil y Comercial de la Nación, donde se establece que la opinión de niños, niñas y adolescentes será incorporada mediante el ejercicio del derecho a ser oídos en aquellos procesos que los afecten directamente.

En dicho texto legal, se pueden identificar caracteres propios de distintos paradigmas, a saber:

a) Paradigma de acceso

Se trata de una posición que busca incorporar en el sistema a los excluidos y brindarles tutela, con fundamento en la igualdad de oportunidades que emana de la Constitución Nacional.

Es bajo este paradigma que los principios como mandato de optimización encuentran visibilidad, ya que el juez interviene utilizando criterios extrajurídicos como puede ser la sociología o la economía, apartándose de su posición neutral.

b) Paradigma protectorio

Si bien este paradigma es consistente con el de acceso y comparte su fundamento de igualdad, el sujeto ya se encuentra dentro del sistema en condiciones de vulnerabilidad. Dicha condición, lo pone como centro y pretende brindarle protección articulando los tratados y convenciones sobre derechos humanos.

Para analizar la vulnerabilidad del sujeto, es necesario establecer si el mismo se encuentra en una posición débil en la situación jurídica, como así también los efectos como resultado de su protección³.

Otro aspecto a tener en cuenta en oportunidad de efectuar el análisis de vulnerabilidad del sujeto es si el mismo pertenece a un grupo o categoría específico, vinculándose así el paradigma protectorio con el colectivo. Sin perjuicio de que éste último tiende a identificar a un colectivo y darle

³ "Protección inmediata y desprotección mediata" - Lorenzetti, Ricardo Luis. Obra citada, pág. 327.

prioridad por sobre el sujeto, es importante la utilización que se hace dentro del mismo con relación a los grupos, como el de la familia.

En ese sentido, se identifica a la familia como un grupo de integración plena, donde se permite a los individuos que la componen que se sitúen y realicen a sí mismos; pero a su vez se la identifica como grupo institucional, ya que cumple un rol en la organización social. Pero a su vez, este grupo se encuentra en una situación de riesgo⁴, por diversas circunstancias y situaciones que elevan la conflictividad entre sus integrantes, lo que deriva en el posicionamiento de algunos de los individuos que la componen (como las mujeres y niños, niñas y adolescentes) en un contexto o situación de vulnerabilidad, cuadrando así dentro del paradigma protectorio.

Efectuada la descripción de los paradigmas e identificando a los niños, niñas y adolescentes como sujetos cuya protección se encuentra como una obligación del Estado en función de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), las leyes nacionales y provinciales de promoción y protección integral (26.061 y 13.298 respectivamente), como también el propio Código Civil y Comercial en el artículo 707, es que a continuación se plasmaran los desafíos en torno al cumplimiento de la incorporación de la opinión de los mismos en el proceso.

III.- Protocolos y guías para la escucha de niños, niñas y adolescentes vigentes en Argentina.

A lo largo y ancho del país existen diferentes organizaciones de la administración del servicio de justicia y legislación procesal para el abordaje de los conflictos sometidos a resolución judicial.

Sobre este andamiaje los tribunales superiores de las provincias de Entre Ríos, Buenos Aires y Río Negro desarrollaron guías y protocolos de buenas prácticas para la escucha de niños, niñas y adolescentes.

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos el 12 de febrero de 2019 aprobó el “Protocolo de buenas prácticas para la escucha de niños, niñas y adolescentes en los procesos de familia en la provincia de

⁴ “Grupos de integración plena. La Familia” - Lorenzetti, Ricardo Luis. Obra citada, pág. 348.

Entre Ríos (Reglamentario de los arts.12 de la CDN; 24,27 de la Ley 26.061; arts.26, 103 y 707 del CCyCN y art. 17 de la Ley 9861)”⁵. Este documento se limita a establecer un marco para llevar a cabo la escucha sin adentrarse en pautas específicas para la modalidad de comunicar la convocatoria, pero determina que la entrevista será videograbada⁶.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en marzo de 2022⁷ y el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en marzo de 2023⁸, publicaron guías de escucha para la niñez y adolescencia en el marco de los procesos judiciales.

A diferencia del protocolo entrerriano que resulta aplicable solo para el fuero de familia, la aplicación de las guías referidas no se encuentran limitadas a un fuero exclusivo. De este modo se garantiza que en todo proceso donde la decisión afecte a un niño, niña o adolescente se tenga en cuenta su opinión.

A su vez, se plantea la actividad de la escucha sobre tres ejes en torno a la convocatoria: a) la preparación y comunicación; b) realización de la entrevista y su conclusión; y c) prácticas desaconsejables e interrogantes para advertir la necesidad de establecer o no la convocatoria.

Cada eje mencionado se encuentra atravesado y constituido por elementos como el lenguaje claro, información suficiente, oportunidad procesal, intermediación irrenunciable, escucha activa, entre otros. Todo lo que conlleva a que se proceda a la adaptación de los espacios donde se llevarán

⁵ PROTOCOLO DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA ESCUCHA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS DE FAMILIA EN LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS (Reglamentario de los arts.12 de la CDN; 24,27 de la Ley 26.061; arts.26, 103 y 707 del CCyCN y art. 17 de la Ley 9861) – Disponible en <https://www.jusentrerios.gov.ar/institucionales/protocolo-de-buenas-practicas-para-la-escucha-de-nn-y-aa-en-los-procesos-de-familia-acuerdo-general-no-01-19-del-12-02-19-punto-4o/>

⁶ Mecanismo similar fue propuesto por la Dra. Gloria Anahí Martina para la provincia de Neuquén en la ponencia titulada “Como escuchar a niñas y niños” que fue presentada en el marco del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal y se encuentra disponible en la página web de la Asociación Argentina de Derecho Procesal - https://aadproc.org.ar/pdfs/biblioteca_virtual/Congreso_2015/Ponencias%20de%20Participantes/Jurisdccion%20Protectoria/Familia/MARTINA%2C%20%20Gloria%20A..

⁷ "Guía para escuchar a Niños, Niñas y Adolescentes en el Proceso Judicial. Prácticas Aconsejables", Resolución SC N° 819 /22 SCBA – Disponible en <https://www.scba.gov.ar/institucional/notaprevias.asp?id=49691>

⁸ Guía de escucha para la niñez y adolescencia : Aprobación; Acordada N° 003/2023 - SGyAJ – Disponible en <https://digesto.jusrionegro.gov.ar/handle/123456789/16248>

a cabo las entrevistas para establecer un vínculo agradable y de confianza que garantice la libre expresión del niño, niña o adolescente.

El obrar de los tribunales que propiciaron estas guías y protocolos exponen la importancia y trascendencia de este tipo de documentos para evitar que el actuar de la judicatura que resulte perjudicial para la niñez o arbitraria a la hora de la construcción de la decisión judicial.

IV.- Conclusión

La diversidad de legislación procesal en las jurisdicciones de Argentina incide en la modalidad en que quienes ejercen la magistratura llevan a cabo su actividad y la escucha de los niños, niñas y adolescentes. Esta situación legislativa es la que llevó a los Tribunales Superiores de las provincias de Entre Ríos, Río Negro y Buenos Aires a establecer guías de buenas prácticas para llevar a cabo las entrevistas y encuentros relativos a la niñez.

En estas condiciones, a los fines de garantizar el ejercicio del derecho a ser oídos en pie de igualdad para todos los niños, niñas y adolescentes del país, entiendo que correspondería la unificación de criterios mediante una guía por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sirva como base para la totalidad de las jurisdicciones.

Ello importaría, a su vez, un mecanismo de prevención de responsabilidad internacional del Estado Argentino ante un eventual incumplimiento de los deberes asumidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y el resto de la legislación vinculada a la temática. Todo esto sin perder de vista que los magistrados deberán analizar los elementos y características de cada caso concreto para la adecuación y aplicación de las pautas y guías que puedan establecerse. -
