

Bajo derecho a ser escuchado*

Introducción

Hablamos de "niño" en los términos que la CDN¹, como "todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad", los cuales son sujetos de derechos, y como seres individuales tienen la titularidad de ellos, la ley debe reconocerles mecanismos efectivos para ejercerlos. La Convención les asigna el carácter de sujeto jurídico especial y reconoce una, "autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de acuerdo con la evolución de las facultades del niño"(art. 5), y establece un principio de garantía y prioridad de los derechos del niño con el principio de interés superior(art. 3.1)y un deber especial de protección.²

El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño establece que:"... 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, *el derecho a 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... 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad *de ser escuchado* en todo procedimiento judi-

* Este trabajo fue realizado por el equipo de cátedra de la materia de Derecho I dictada en la Escuela Superior de Trabajo Social de la Universidad Nacional de La Plata. La misma está compuesta por el Abog. Gabriel M A Vitale, Abog. Elizabeth Azcona, Maria Laura Viscardi, Ctdra. Maria Elina Lopez, Lic. Claudia Lopez, Mariela Bertoa, Paula Tosi y Juan Olivetto.

² conforme Cillero, Miguel"Infancia, Autonomía y Derechos"

cial 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 procedimiento de la ley nacional...”

El reconocimiento a los niños que se realiza a través de este artículo, del derecho a formarse un juicio propio y a expresar su opinión libremente, así como a ser escuchado, importa por un lado uno de los valores fundamentales de la misma y por otro lado, plantea tal vez uno de los desafíos más importantes. Constituye la llave que abre la puerta hacia un modelo más participativo de crianza de los niños, lo cual ha provocado resistencias y objeciones por parte de una sociedad que aún no se encuentra preparada para tratarlos con paridad³. Nunca habían sido reconocidas así de modo explícito la autonomía y la subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos. El nuevo principio encuentra también apoyatura en el artículo 13.1(libre expresión); en el art. 14.1 (libre pensamiento) y el art. 9.2(dar a conocer sus opiniones).

Por una parte, se puede considerar que los adultos son quienes tienen el derecho de interpretar de un modo objetivo el interés superior del niño o todo aquello que corresponda a su bienestar físico, espiritual, moral y mental del niño. En segundo lugar el derecho de expresar su opinión no se extiende a la visión global que tiene el niño del mundo, sino que abarca solamente las situaciones que lo afecten directamente, aquellos que limitan su ejercicio ya sea por la protección de los derechos y libertades de los demás - coherente en un sistema democrático -, o por lo prescrito en las leyes en nombre de la "seguridad nacio-

³ “Promoviendo la participación de los niños en la toma de decisiones democráticas”, extraídos de Promoting Children’s participation in democratic.

nal, el orden, la moral y la salud públicas" (arts. 10.2; 13; 14; 15). Sólo en relación de estas situaciones el primer párrafo del art. 12 prevé que su opinión sea tenida debidamente en consideración.

Desde la perspectiva del niño o la niña a ser escuchado en diferentes procedimientos legales, deseáramos diferenciar cuanto menos dos grandes grupos:

el niño o niña presunto infractor

el niño o niña víctima/testigo

En cuanto a la primera de las situaciones la Jurisprudencia Internacional ha sido buen testigo de los avances contra las ideas protectoras de la minorización de las personas menores de edad, es por ello que a mediados de los años 60 se comenzó a discutir con mayor claridad, las características del servicio de justicia especializada, no en cuanto al fuero, sino más bien la constitucionalidad de los procedimientos, ya que se disponían internaciones ilimitadas en el tiempo, cual si fueran penas de las personas menores de edad sin ni siquiera escucharlos, violando las garantías procesales de debido proceso y defensa en juicio.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos tuvo oportunidad de expedirse en algunos casos que marcaron la crisis del paradigma del Patronato de Menores y el comienzo de una nueva interpretación de los derechos, el derecho a ser escuchado como garantía básica de un sistema democrático. Los casos llevados al Máximo Tribunal fueron *O'Connell*⁴ (1870) *Kent vs. EE.UU*⁵

⁴ *People vs. Turner*, 55 III 280 1870 citado por Platt, Anthony en *Los Salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, ed. S XXI pag. 122.

(1966), Gault ⁶(1967), Winship (1970), Breed (1975)⁷ y Morales vs. Turman⁸ (1971); los cuales forzaron a cambiar las prácticas informales que habían caracterizado a la justicia especializada, por garantías básicas del debido proceso de ley⁹.

El primero de ellos llamado “O Connell” vale la aclaración, con anterioridad a la creación del primer tribunal de Menores, fue el que realizó el Juez Thornton del condado de Cook en donde anuló el auto de prisión por el cual se enviaba a Daniel O Connell a la Reform School de Chicago. El magistrado entendió que el auto en cuestión era anticonstitucional ya que se había recluido al joven sin ni siquiera una vista de causa por los hechos que se le imputaban “...hay que tomar en cuenta también el bienestar y los derechos del niño...los mismos criminales no pueden ser condenados y aprisionados sin el debido proceso...”. Visionario en su sentencia por el solo hecho de entender los derechos de los adultos como mínima base aplicable a las personas menores de edad.

En el caso Kent vs. Estados Unidos, un tribunal juvenil había derivado a este adolescente de 16 años al sistema criminal adulto por sospecha de robo y violación, sin ser escuchado, ni vista de causa, ni consideración de peticiones del defensor del joven en orden a suministro de atención psiquiátrica dentro del

⁵ 383 U.S. 541. *En justicia y Derechos del Niño. Notas para el debate. El desafío pendiente por Julio Morales.*

⁶ 387 U.S. 1, 15-16 Arizona

⁷ En ambos casos se aplicaron el principio de la duda razonable y la prohibición del doble juzgamiento por los mismos cargos en Tribunal juvenil y en un Tribunal criminal de adultos. Violación del *ne bis in idem*. Lamentablemente en el caso *McKeiver*, la Corte basándose en la idea de que pese a los criterios sustentados en los casos *Gault* y *Winship*, no habría reconocido el carácter de juicio criminal de los procedimientos relativos a jóvenes infractores, y que el objeto de la investigación no era necesariamente la determinación de los hechos, mostrando un claro resabio tutelar.

⁸ Caso *Morales*.

⁹ *Pueblo v. Figueroa González*, 95 D.P.R. 98, 102 (1967); *R.A.M. v. Tribunal Superior*, 102 D.P.R. 270, 273 (1974); *Pueblo en interés del menor F.B.M.*, 112 D.P.R. 250, 252 (1982); *Pueblo en interés del menor R.H.M.*, 126 D.P.R. 404, 424-25 (1990) *Pueblo en interés del menor G.R.S.*, res. el 6 de julio de 1999, 99 T.S.P.R. 115. De la web oficial del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

sistema juvenil. El joven Kent fue sentenciado de 30 a 90 años de prisión. La Corte Suprema determinó que la orden de derivación era inválida en cuanto a requerimientos básicos del debido proceso, y señaló que el principio del *parens patriae*¹⁰ no podía constituir “una licencia para la arbitrariedad procesal”. En algunas ocasiones, un tribunal de menores que tenga jurisdicción en un caso puede renunciar a conocer la causa y ésta se lleva entonces a un tribunal penal para mayores. El fiscal tiene la facultad de escoger el tribunal, en el cual se ventilará el caso, pero en la mayoría de los Estados el Juez de Menores decide si se transfiere una causa o no. Sin embargo, debido a que en este tipo de tribunal el acusado estaría sujeto al castigo que se impone a adultos, se reconoce que el procedimiento de "traspaso" es una etapa de importancia crítica en los procesos de tribunales para menores. No son muchas las pautas que existen en cuanto a los niños que deben trasladarse a los tribunales penales para adultos. Se deja al juicio del juez de menores la decisión de determinar quién debe permanecer dentro de la jurisdicción del tribunal de relaciones familiares. Desde que ocurrió este resonante caso un buen número de Estados ha adoptado como ley criterios objetivos que deben utilizarse cuando se renuncia a la jurisdicción sobre menores. Dos de los criterios más comunes son la edad del acusado y la naturaleza del delito.¹¹

El hecho más resonante jurisprudencialmente denominado “Gault” fue la condena a un niño de 15 años en la escuela industrial del Estado por un período que se extendía hasta la fecha en que cumpliera 21 años. El joven Gerard Gault había sido acusado de hacer llamadas telefónicas obscenas a una vecina. Tras

¹⁰ *Principio similar –algo mas débil- que nuestra patria potestad.*

¹¹ *En justicia y Derechos del Niño. Notas para el debate. El desafío pendiente por Julio Morales.*

la correspondiente denuncia Gerard Gault fue aprehendido por la policía, que llevó el caso a la corte juvenil señalando que se trataba de un joven delincuente necesitado de la protección de dicho tribunal. En la corte juvenil la medida fue impuesta sin evidencia fáctica suficiente, sin ni siquiera la comparecencia del vecino denunciante ni de los padres del joven y sin asistencia jurídica. El menor imputado habría reconocido los hechos en una primera audiencia al ser interrogado en el tribunal. La Corte Suprema, revisando la constitucionalidad de dicha decisión, determinó que se habían violado una serie de garantías: el derecho a ser notificado de los cargos oportunamente; el derecho a la asistencia por un abogado; el derecho a careo y contra interrogación de denunciantes y testigos; y la notificación oportuna del derecho a no declarar. Por otra parte, si los hechos imputados a Gerard Gault hubieran sido cometidos por un adulto la sanción habría oscilado entre una multa de 5 a 50 dólares o prisión por dos meses como máximo.

En el caso Morales, Alicia era la mayor de ocho hermanos y, a la edad de 15 años, se veía obligada a trabajar y a entregar su salario a su padre. Ante las protestas de Alicia, su padre la hizo encarcelar por desobediencia. La práctica de la corte juvenil de Texas donde residía Alicia, era esencialmente aceptar la sentencia de los padres de mandar a los hijos a una institución estatal-sin escuchar a la persona menor de edad, sin notificación de cargos, ni presencia en la corte, ni representación legal. Luego de una denuncia realizada por violación al derecho a ser escuchado, El juez William Wayne envió una carta a cada uno de los jóvenes confinados, investigando si habían tenido acceso a un abogado y la posibilidad de ser escuchados administrativa y/o judicialmente. La tercera parte afirmó no haber tenido representación legal y la mitad no había podido declarar.

El estado acordó un juicio declaratorio que otorgó tiempo a la Sesión Legislativa de 1973 de reconsiderar el proyecto de ley no aprobado durante la sesión anterior, en la cual se habían incorporado los derechos de debido proceso bajo mandato de la Corte Suprema de Justicia (caso Gault-1967).

El proyecto de ley fue promulgado como el actual Título 3 del Código Familiar. El caso Morales estableció las primeras normas nacionales de justicia juvenil y correccional con el objeto de procurar derechos de debido proceso, principalmente el derecho a ser escuchado, ante toda corte juvenil y en las audiencias administrativas.

En el mismo sentido el Tribunal Supremo de Puerto Rico: "... a un menor le protege en todo momento la garantía constitucional contra la auto incriminación como parte del trato justo y del debido proceso de ley" que se refleja principalmente en el derecho a ser escuchado en todo momento.

Prácticamente todo Estado tuvo que volver a redactar sus leyes juveniles para conformarlas al mandato de la Corte Suprema sustentado esencialmente en la posibilidad de aplicar garantías constitucionales al proceso de menores. La garantía por excelencia es la defensa en juicio, que encuentra sustento en la posibilidad de ser escuchado cuantas veces lo crea conveniente y tener la cierta posibilidad de ser informado de los cargos por los cuales se los acusa.

Su impacto resulta muy importante, dado que reconoce el derecho de ciudadanía a sujetos que hasta ese momento se encontraban excluidos de participación civil, política y social.

Así el prestigioso y destacado constitucionalista argentino Dr. Bidart Campos afirmó que "...digno de todo elogio es el pedido fiscal que citó a un menor de 15 años a prestar declaración indagatoria... ya que no debe verse en

desmedro del menor imputado sino a la inversa, como la forma de darle la intervención necesaria, que por su edad tiene derecho, conforme a las reglas del debido proceso...".¹²

Creemos que al respecto, no se está avanzando sobre la inimputabilidad penal, sino justamente todo lo contrario, ya que se garantiza su participación, en base al derecho fundamental de ser oído. El menor como sujeto de derecho y protagonista, otorgándole su condición de ciudadano, ya que las garantías constitucionales aplicadas a partir de la mayoría de edad, deben ser devueltas y mantenidas a las personas menores de edad.

En las legislaciones Europeas, particularmente en las promulgadas después de la Convención, se pueden observar cambios que pueden llegar a contribuir en alguna medida, en la mayor protección de derechos a favor de la niñez y la adolescencia. Buena muestra de ello, es la ley orgánica española N° 5/2000¹³ reguladora de la responsabilidad penal del menor de edad que cuenta con dos pilares básicos, el interés superior del niño y el respeto a los derechos y garantías procesales. En la República Argentina el Congreso Nacional acaba de aprobar la ley sobre promoción y protección integral de la infancia, resaltando en especial el derecho de todo niño/a y adolescente a ser escuchado, algunos de sus párrafos son los siguientes:

"..Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño..." art. 1º

"... Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos."art. 2º

¹² Bidart Campos, Germán. "la indagatoria de un menor de 15 años en una causa penal " El Derecho, 19 de noviembre de 1993, Pág. 4.

¹³ Del 12 de enero del año 2000.

“...b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;”art. 3º

“...Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho:a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;... b) Que sus opiniones sean tomadas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo...Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.” art. 24.-

“a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;...b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte...”art. 27

2º grupo: el niño o niña víctima/testigo

Si los niños y niñas pueden ser una valiosa fuente de información para la justicia, hoy es indiscutible. El problema que se han planteado los juristas desde tiempos remotos, posiblemente muchos antes que otros profesionales relacionados con la infancia, no es estrictamente el del interés de la información infantil, sino el de su capacidad para expresarla adecuadamente.

Aunque el tema ha sido estudiado en diferentes ámbitos, desde el florecimiento de la psicología jurídica, se ha ido construyendo un corpus de investigaciones en relación directa con la niñez y su testimonio.

Diferentes posturas en relación a los testimonios infantiles.

El punto más discutido es el que se relaciona directamente con la fiabilidad dada a los testimonios vertidos por niños y niñas . Sus principales objeciones pueden ser consideradas en 6 categorías:

La memoria de los niños y niñas no es fiable.

Los niños y niñas son egocéntricos.

Los niños y niñas son altamente sugestionables.

Los niños y niñas tienen dificultad para distinguir entre realidad y fantasía.

Los niños y niñas hacen alegaciones falsas, particularmente acerca de agresiones sexuales.

Los niños y niñas no comprenden el deber de decir la verdad ante los funcionarios y magistrados.

“...sería interesante imaginar, hasta que punto podemos asegurar, en cada uno de los fundamentos a la negativa de la declaración, si sería realmente mas fiable, si en lugar de niños, fueran adultos.”¹⁴

En base a estas objeciones, la postura opuesta ensaya algunas respuestas a sus fundamentos como estos:

la fiabilidad de los testimonios infantiles con relación a su memoria, depende de cómo se formulan las preguntas. La supuesta falta de fiabilidad no es razón suficiente como para utilizar el testimonio con cautela.

¹⁴ (Jaffé 1996) de Ferrán Casas, Ob. Cit. Pág.241.

El egocentrismo infantil, se ha asociado a la debilidad mental. No obstante, el egocentrismo, según numerosas investigaciones, es algo natural en todas las personas, dejando de lado la edad en que se encuentren.

La investigación psicológica ha demostrado que niños y niñas, como así también los adultos, pueden ser ciertamente sugestionados, pero este riesgo puede minimizarse en la entrevista con el especialista.

Escasos estudios establecen las condiciones de los niños y niñas en relación con la distinción entre realidad y fantasía, sin embargo, algunas de ellas establecen que no tienden a confundir lo que han imaginado o hecho con lo percibido. La única diferencia radica en que los niños son inferiores a los adultos discriminando acciones realizadas por ellos mismos, de las acciones que han imaginado que ellos realizaban.

El tema de las alegaciones falsas de los niños y niñas es bastante complejo. Seguramente, un niño o niña inmerso en el proceso de separación de sus padres, puede ser manipulado por alguno de ellos, sin embargo es más fácil descubrir una mentira infantil que una realizada por un adulto.

Los estadios del desarrollo moral infantil son actualmente mucho mejor comprendidos que hace algunas décadas atrás. Entre los tres y cuatro años, la inmensa mayoría de niños y niñas, ya tienen una idea clara sobre lo que es verdadero y lo que es falso. Incluso, son capaces de comprender las implicaciones de mentir ante un tribunal. Algunos autores se sorprenden dado que existen tribunales donde antes de aceptar testimonios infantiles les exigen pruebas para evaluar su competencia y honestidad, cuando dichas pruebas no se las utiliza para los adultos.

Mas allá del mayor o menor peso de cada una de las objeciones citadas para los testimonios infantiles, está mas que comprobado que determinadas actuaciones complementarias en el proceso testimonial pueden avanzar en el territorio, en muchos países inexplorado, de los niños y niñas como testigos.

Existen tres cuestiones que participan de amplios debates en la actualidad: el apoyo de expertos, la utilización de videos y el testimonio por medio de representante legal.

En relación al apoyo de expertos para ayudar activamente a la niña o niño en procesos legales está cada vez mas reconocido en las legislaciones de muchos países, aunque la práctica realmente desarrollada no siempre es congruente con las intenciones de los textos legales. Muchos expertos sólo asumen la función de ser evaluadores neutrales que informan al juez de la realidad del niño, niña o su familia.

Entendemos, al igual que Garbarino y Stott, que se necesita una figura distinta al evaluador, al abogado defensor o de un posible terapeuta. Esta *persona especialista*, tiene que asumir la responsabilidad del bienestar general de niño o niña y de protegerle cuando interactúa con el sistema legal. A su vez, esta persona puede llegar a ser algún pariente o persona de afecto si está capacitado para ejercer tal función en el medio legal, y si no está implicado en el proceso.

En este sentido, son variadas las obras en las que establecen que el apoyo de expertos supone la necesidad de que todos los juristas y profesionales que participan en procesos infantiles tengan una formación especializada adecuada, para poder situarse en la perspectiva infantil.

La legislación de algunos países¹⁵ permite en la actualidad que los testimonios infantiles sean grabados en videos, en presencia del Juez o de otros testigos por él autorizados, con lo cual se eliminaría la presencia del niño o de la niña en la sala. Sin embargo, esta utilización de videos ha sido objeto de variados debates en países como Estados Unidos, acusando que sólo sirven para mostrar versiones parciales o distorsionadas de la realidad. Tras estas afirmaciones, algunos autores sugieren la utilización de sistemas de televisión de circuito cerrado, que permiten repreguntar al niño, sin necesidad de que permanezca en la sala.

Otra propuesta relacionada es la realizada por el denominado Comité Pigot de Inglaterra, el cual propone utilizar no un video de una sola declaración, sino una serie de ellos que permite comparar la evolución de las declaraciones infantiles.

En cuanto al daño que pueda resultar a un niño o niña por su participación como testigo en un Tribunal, esto dependerá de :

- La edad,
- el grado de desarrollo,
- la presencia de psicopatologías,
- el estado emocional,
- la calidad de la ayuda de los adultos,
- las peticiones de la sala del Tribunal,
- la oportunidad de las preguntas,

¹⁵ Vgr. Canadá y Dinamarca.

- el nivel de preparación y motivación del Juez,
- el entendimiento del niño o niña sobre los procesos.

Cabe agregar que no sólo es importante que un niño no salga traumatizado de su intervención en un proceso judicial, sino también demostrar que su participación en un proceso legal, reafirma su sensación de valía personal como ciudadano que es.

En Escocia, como resultado de varias encuestas realizadas, se aportan cifras las cuales muestran que niños y niñas entre once y quince años, durante los nueve meses anteriores a la encuesta, un 33% habían sido testigos presenciales de algún accidente automovilístico, un 24% había estado implicado en alguna ruptura familiar y un 64% había presenciado alguna vez algún tipo de pelea en la que alguien resultaba herido¹⁶.

Un caso paradigmático, lo constituye el actual Sistema Judicial de Menores Escocés, en el cual se crea el famoso sistema de las children's hearing o audiencias infantiles, siguiendo las recomendaciones del Comité Kilbrandon. Este sistema se refiere a cualquier procedimiento legal en el que intervengan menores y se sienta en tres principios básicos:

1. El principio de separación de prueba y la medida, dado que su instrumentación requiere habilidades distintas. Las audiencias infantiles actúan sólo cuando todas las partes están de acuerdo, o cuando no estándolo, sólo la policía presenta evidencias como resultado de su propio proceso de actuación independiente.

¹⁶ Spencer y Flin, Año 1990- de Ferrán Casas, Ob. Cit. Pág. 240.

2. El principio de bienestar del niño o niña, como orientador fundamental de cualquier decisión y medida adoptada, principio que se consolida con la conocida expresión del interés superior del niño.

3. El principio de participación del niño y de la familia, esta última como el contexto más próximo para atender al menor.

Las audiencias infantiles escocesas se siguen considerando como un método eficaz en el testimonio de menores, realizando el Reino Unido una sola reserva cuando firmó la Convención de los Derechos del Niño, en relación directa contra la participación de representantes legales en este tipo de audiencias.¹⁷

Es necesario superar ciertas incongruencias existentes en los sistemas legales para lograr un valioso testimonio infantil. Algunos informes presentados ante el Comité de las Naciones Unidas para el Seguimiento de la Convención, por países que la han ratificado, han estructurado la escala de edades reconocidas para ejercer estos derechos en las diferentes legislaciones nacionales.

La ley nacional 25.852¹⁸ establece la incorporación al Código Procesal Civil Nacional la siguiente reforma: “*Art. 250 bis*: Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II y título III, que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad, se seguirá el siguiente procedimiento: a) Los menores aludidos solo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes, designado por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún ca-

¹⁷ Reserva realizada por el Reino Unido cuando firmó la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas: “...No está permitida la presencia de representantes legales en los procedimientos seguidos por audiencias infantiles. Las audiencias infantiles han demostrado durante años ser una forma efectiva de enfrentar los problemas de los niños y niñas de manera menos formal y con menor confrontación. Por lo cual, el Reino Unido, respecto al Art. 37.d (de la Convención) se reserva el derecho de continuar con el actual sistema de audiencias infantiles”.

¹⁸ publicado en el Boletín Oficial con fecha 8 de enero de 2004.

so ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes; b) el acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionados con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; c) en el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante con las conclusiones a las que arriban; d) a pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con el que se cuente. En ese caso previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber a la profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que sugieran durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate de actos de reconocimientos de lugares o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado...*Art. 250 ter.* Cuando se trate de víctimas previstas el art. 250 bis., que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido 16 años de edad y no hubieran cumplido los 18 años, el tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de especialistas acerca de la existencia de riesgo para la salud psico-física del menor en caso de comparecer ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el art. 250 bis.”

A modo ilustrativo la Dra. Elsa Cabrera de Dri , Jueza del Tribunal de Familia de Formosa comenta el amplio espectro que significa el derecho a ser escuchado siendo muchas mas que las palabras que pueda llegar a decir un niño/a. La circunstancia en que una niña de cinco años se negaba a ver a su padre, a fin de efectivizar el régimen de visitas establecido en la audiencia con la

Juez, se decide aplicar la técnica del juego para conocer su opinión. Esta consistía en que la nena se debía tapar los ojos y tenía que adivinar qué persona estaba frente a ella. Le hicieron tapar los ojos y se hizo pasar frente a ella primero al secretario, luego a la propia juez, y luego, sigilosamente- al padre. Cuando en esa oportunidad, la niña se destapó los ojos y vio al padre, lo abrazó, lo besó y se subió encima de sus rodillas. En este caso, quedó demostrado sin que la niña dijera una palabra, cuál era su verdadera opinión respecto a ver a su padre.¹⁹

En relación a los niños víctimas/testigos de delitos, en especial de abuso, resulta importante destacar que el espíritu de la norma jurídica deber ser resguardar la salud psíquica del mismo, evitando los amargos interrogatorios, logrando que los niños declaren una sola vez, pudiendo el juez analizar la declaración cuantas veces sea necesaria a través del casete o videocasete que hubiere tenido lugar al inicio de las actuaciones .

Es necesario que la víctima posea en la esfera judicial , todos los derechos que le garanticen la adopción de la medida más apropiada a su interés., consiguientemente tiene derecho a ser oído. El niño debe tener una posición activa en la justicia, de mayor participación en la solución del caso, es decir debe dejar de ser como víctima un objeto que se manipula (Grossman y Mesterman, Maltrato al menor, universidad Buenos Aires, 1992, pag. 328).²⁰

En base a ello, a finales del mes pasado la Federación de Colegios de Abogados ha formalizado el PROTOCOLO INDICATIVO PARA RECIBIR EL TESTIMONIO DEL NIÑO ABUSADO el cual expresa que : -El testimonio del ni-

¹⁹ Ref. artículo de Claudia Belluscio El derecho del niños y adolescentes a ser oídos en los procesos judiciales y administrativos

²⁰ En el derecho del niño a ser escuchado, por Fernando Ballester Bidau.

ño, para que acceda a la calificación de "prueba válida", con los requisitos previstos en el Código de Procedimiento, deberá necesariamente, ser tomado en sede judicial UNICAMENTE, excluyéndose todo tipo de interrogatorio en ámbitos administrativos, policiales, escolares u otros.-

-El testimonio será tomado por un profesional debidamente capacitado y entrenado especialmente al efecto. Su formación incluirá aspectos teóricos sobre delitos sexuales, categorías de abuso y conocimientos acabados acerca de la psicología evolutiva del niño, lenguaje, comunicación, neurolingüística y, desde luego manejo de aspectos de fondo y normas procesales sobre delitos contra la integridad sexual.

-Este protocolo se aplicara a menores de hasta dieciocho años.-

-La recepción del testimonio directo de la víctima implicará tomar todos los recaudos para su protección y contención, evitando la revictimización, a ese efecto se propone:

-1) Evaluación previa interdisciplinaria de la estrategia a implementar:

Será presidida por el juez interviniente y tendrá por objeto la recopilación de datos, intercambio de información, consideración de si la familia y el menor están en condiciones de que éste declare o si requiere apoyo previo de algún servicio a fin de preservar el bienestar del niño.- Se analizará el desarrollo físico, mental y sexual de la víctima y la pertinencia y oportunidad del examen médico, el que deberá ser realizado por un profesional ginecólogo de sexo femenino o masculino según convenga, en un consultorio especialmente acondicionado, pudiendo estar acompañado por un familiar o persona de confianza del niño.- Se evaluará su uso del lenguaje, el entendimiento social y sexual, el concepto que tiene del tiempo, su

estado mental actual, antecedentes culturales, impedimentos, duración y ritmo de la entrevista, quién presidirá, quién preguntará, quienes estarán presentes.- Esta reunión podrá incluir a personal policial, del servicio social, hospitalario, pericial, al equipo interdisciplinario del juzgado interviniente, juez, secretario, asesor de menores y a cualquier otra persona relevante que tenga información que pudiera ayudar a la toma de una decisión.-Se definirá con esta modalidad cómo será la entrevista con la víctima.-

-2) Video-Grabación de la Entrevista con utilización de la Cámara de Gesell.-

a) Habitación debidamente acondicionada con instalaciones adecuadas, mobiliario que incluya dos sillones, almohadones, una pequeña mesa en un ambiente despojado y neutro que predisponga. Evitar colores estridentes, adornos o identificaciones de cualquier tipo.- De manera adyacente habrá otro cuarto de control donde se opera la video cámara y el equipo de grabación y desde el cual podrán los autorizados seguir la entrevista.- El entrevistador podrá usar un audífono que permita a quienes están en el cuarto de control, comunicarse con él.- (Cámara de Gesell).-

b) Realización de la entrevista previo paneo visual grabado que permita verificar que el niño se halla solo con el entrevistador.-

c) Se recomienda al entrevistador construir afinidad con el niño.

Presentarle a las personas presentes, establecer la escena, darle oportunidad al niño de relajarse y sentirse cómodo. En esta etapa inicial el entrevistador complementará sus datos acerca del desarrollo social, emocional y cognoscitivo del niño, su habilidad de comunicación y qué

comprensión tiene de los conceptos de verdad y mentira. Se sugiere no mencionar el delito alegado en esta fase.

d) Alentar al niño a suministrar datos en sus propias palabras y en su exacta medida y tiempo a través de la narración libre del relato de un evento importante. - El entrevistador aquí tiene la función de facilitar y activar la palabra del niño sea a través del uso del lenguaje verbal, corporal o gestual, hora de juego diagnóstica, participación de muñecos sexuados, dibujos o cualquier otra técnica que el entrevistador considere apropiada al fin que se persigue.- Es posible interrogar a la víctima para obtener más información con el uso de preguntas de final abierto. Las preguntas serán específicas pero no insinuanes, es decir que no sugieran, en modo alguno la respuesta ni estén basadas en una suposición de los hechos aún no probados, ni prejuicios o preconceptos del entrevistador, bajo apercibimiento de ser excluidas como prueba.- Si es necesario se podrá hacer una interrupción para que el niño descanse o cubra alguna necesidad que pueda manifestar.- Si a juicio del entrevistador experto las circunstancias hicieran aconsejable diferir la entrevista para otro día, dicha cuestión será dirimida en el mismo momento por el juez interviniente, confirmándose a los autorizados y con la notificación a los interesados formulada "in situ" en el mismo acto, sin más trámite.-

e) Se propone una etapa de cierre que incluya una revisión o resumen de la información que el niño ya ha dado, usando su propio lenguaje. Es propicia la oportunidad para agradecer al niño y preguntarle si desea aclarar algo que no entendió o mencionar una preocupación que pudiera surgirle.- Informarle si habrá otra reunión, y en su caso cuándo y para qué. Responder

las preguntas del niño con solvencia y habilidad y despejarle todas las dudas sobre el proceso o cualquier otra cuestión que él requiera.-

f) El juez, secretario, asesor, fiscal, defensor oficial -y en su caso los abogados de parte con autorización -del Juez podrán hacer preguntas que se comunicarán a la entrevistadora, respetando la modalidad descrita aquí.-

g) No se recomienda la presencia de los padres.-

h) El juez será siempre quien tenga el control general de la video grabación y se sugiere que se presente al niño explicándole su función.-

i) El video será la única prueba testimonial del niño a todos los efectos legales cualquiera sea la naturaleza del proceso que se siga con relación al abuso sexual de la víctima, para lo cual deberán tomarse todos los recaudos técnicos y de conservación y guarda necesarios a efectos de evitar el deterioro o destrucción de la cinta y preservar así su valor probatorio.-

El testimonio así tomado será considerado prueba válida en el proceso, a menos que no se respete la guía o memorando de buena práctica en cuyo caso el propio juez o los abogados podrán pedir que no se la admita como prueba.-

Asimismo, en la provincia de Buenos Aires, el testimonio podrá tomarse como "Anticipo extraordinario de prueba" de conformidad con el art. 274 del C.P.C.

Consideraciones finales.

Las distintas investigaciones y estudios realizados, nos invitan a sumarnos a la corriente de que un testigo infantil puede declarar tan precisamente como un

testigo adulto, siempre y cuando se respeten algunas pautas interdisciplinarias tales como:

los recursos económicos presupuestados para poder llevar adelante las correspondientes adaptaciones y trabajos de equipos interdisciplinarios.

La evaluación de la capacidad de responsabilidad; dígase maduración, desarrollo psicológico, desarrollo moral; en un niño o niña es una cuestión muy compleja, y se necesita indispensablemente, el apoyo y trabajo de coordinación de todos los integrantes del procedimiento psicológico-jurídico.

La repercusión real que tendrá el informe técnico para la toma de decisiones y esto resulta del valor en la consideración por parte de los jueces. Esto implica una capacitación en el área de la niñez de todos y cada uno de los intervinientes en el procedimiento para profundizar el conocimiento de las capacidades positivas de los menores, y evaluar rigurosamente los resultados de las intervenciones efectivamente adoptadas para cada caso.

Se deben generar normas y procedimientos para armonizar el derecho internacional al derecho interno en cada país, y estudiar analógicamente los diferentes programas del derecho extranjero para luego adecuar las diferentes instituciones que tengan relevancia en el trato con la niñez, no olvidando tener siempre en claro el interés superior del niño en desarrollo como sujeto de derechos y capaz de ejercerlos.

Adaptar los procedimientos con los diferentes mecanismos utilizados tales como audiencias infantiles, videos.

Evitar exposiciones innecesarias, maltratos verbales de alguna de las partes o sus representantes, compartir audiencias con los victimarios, es por ello que consideramos que los niños son sujeto de derecho en desarrollo, con potencial

de futuro , pero con voz en acto, única manera de reconocerse como sujetos de derechos y principalmente como ciudadanos.

Sin lugar a dudas la Convención de los Derechos del Niño, y en particular su artículo 12, constituye el basamento que deben considerar todos los Estados para establecer los mecanismos apropiado que asegure la debida participación y representación judicial de los niños y adolescentes, de su intereses en cualquier procedimiento en el que se encuentren involucrados o estén comprometidos sus intereses.

Resulta de importancia su testimonio en la búsqueda de resoluciones de conflicto en las diferentes áreas del derecho, pero siempre y cuando se pueda asegurar su cuidado físico y psíquico para evitar la revictimización del testigo.

El sujeto niño plantea situaciones complejas en dinámica constante. Las decisiones que se tomen respecto de él se direccionan hacia el futuro de ese niño con un impacto en su vida y entorno social difícil de predecir .Esto nos obliga a trabajar en términos de estrategia y no de planificación solamente. A fin de incluir lo máximo posible las voluntades del niño , la familia y la comunidad.

En consecuencia, el niño y adolescente debe participar y ser escuchado en todos los procedimientos que afecten sus intereses, e interpretarse esta participación de manera amplia, independientemente de la edad del mismo., resguardando su integridad física y psíquica. Este parece ser el camino no solo de la doctrina y jurisprudencia internacional sino también de nuestro país, y este hecho, no es una nueva visión sobre la declaración de los niños/as y adolescentes sino lisa y llanamente, la aplicación de La Convención de Derechos del Niño, como ruptura filosófica y jurídica trascendental con las tradiciones tutelaristas y paternalistas de la infancia; desarrollando el nuevo paradigma de la protección

integral de derechos, abandonando la consideraciones como objetos de compasión y tutela ,pero principalmente para ser escuchados como personas.

Bibliografía consultada

- Justicia y Derechos del Niño. UNICEF- revista nº3.
- Miguel Cillero Bruñol, los Derechos del Niño: De la Proclamación a la Protección Efectiva.
- Fernando Ballester Bidau, El Derecho del niño a se Escuchado.
- Marisol Burgués, la defensa de los derechos de los niños y adolescentes en los procesos de familia.
- Baratta Alessandro, Infancia y Democracia , ed. mineo, Santiago de Chile 1997.
- Flavia Valgiusti, Paradigma Emergente en la Defensa de los Derechos del niño, en Revista Jurídica de San Isidro.
- Claudio A. Belluscio, El Derecho de los niños y Adolescentes a ser Oídos en los procesos judiciales y administrativos.
- Vitale, Gabriel M. A, De los testimonios de niños y niñas, publicado en la revista de derecho penal y procesal penal “Derecho Penal on line “
web www.derechopenalonline.com.
- Gutiérrez Ayesta, Verónica, La palabra del Niño y el Derecho a ser Escuchado.
Convención Internacional de los Derechos del Niño