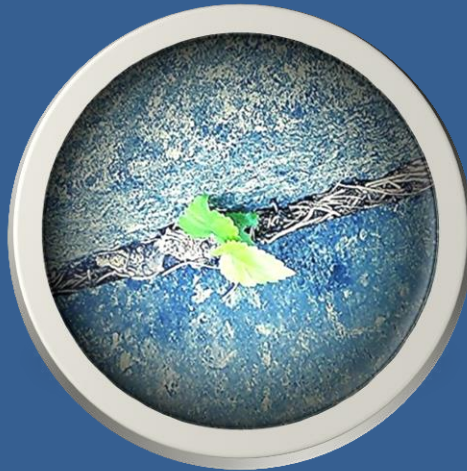


ESCUELA DE
POSGRADO



PUCP



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 7, Nº 1
Enero-julio 2017
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



Derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial

[Right to participate of children and teenagers in the judicial procedure]

Carmen Julia Cabello Matamala

Jueza (P) de la Corte Suprema de la República. Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Contacto: ccabello@pucp.pe

Resumen

El trabajo aborda el tema del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los procesos judiciales. Se destacan los esfuerzos llevados a cabo por el Poder Judicial peruano para efectivizar los derechos de los menores de edad, facilitándoles su participación en el proceso judicial dentro de un entorno adecuado, una metodología amigable, con una intervención profesional interdisciplinaria especializada.

Palabras clave: derechos de la infancia, derecho de los infantes a ser oídos, proceso judicial

Abstract

This essays deal with the topic of the children and teenagers' right to participate in judicial procedures. It is remarked the efforts carried out by the Peruvian Judicial Power in order to accomplish the rights of the underage persons, allowing them to participate in the judicial procedure into an adequate environment, a friendly methodology, with a professional interdisciplinary and specialized intervention.

Key words: children and teenagers' rights, right to participate, judicial procedure.

Recibido: 16 de abril de 2017 / Aprobado: 1 de agosto de 2017



Derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial*

Carmen Julia Cabello Matamala

1. Planteamiento del tema

Nos aproximamos a las tres décadas de que el Estado peruano asumiera el compromiso internacional de promover y cautelar los derechos de la infancia, al ratificar en el año 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño. La adopción de este instrumento internacional ha importado un cambio radical en la visión de la niñez, comprendiendo que no pueden ser atendidos como objetos de protección –a partir de su consideración de personas incapaces– sino que deben ser considerados sujetos plenos de derecho.

La necesaria adecuación de la normatividad nacional a la Convención, nos ha llevado en el país a la promulgación del internacionalmente elogiado Código de los Niños y Adolescentes de 1993, reformado en el año 2000, vigente en nuestros días, y que actualmente se encuentra en revisión, a través de un proyecto de reforma en consulta intersectorial.

* Ponencia en el *VII Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*, realizado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, los días 24 a 27 de abril de 2017.

Dentro de este marco legal de protección de la infancia y la adopción de la Doctrina de la Protección Integral por el Código de los Niños y Adolescentes peruano, podemos sostener los significativos avances normativos y modificatorias legales que se han dado durante estos años en la materia, deben observarse además regulaciones específicas como el Decreto Legislativo N° 1297 para la Protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos¹, Decreto Legislativo que modifica el Código de los Niños y Adolescentes para regular las sanciones a adolescentes infractores de la Ley Penal y su ejecución, cuyo espíritu altamente sancionador resulta muy discutible, máxime si el sistema de rehabilitación no es fortalecido a través de una efectiva implementación de medidas socioeducativas alternativas al internamiento y su afirmación a través del establecimiento en todo el país de Servicios de Orientación al Adolescente, denominados SOAS.

Son cuatro los principios rectores consagrados en la Convención, que sustentan la legislación sobre la Infancia:

- a) Principio de “no discriminación” (art. 2);
- b) Interés superior del niño (art. 3);
- c) Derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo (art. 6); y
- d) el de participación y ser escuchado (art. 12)², atendiendo a su libertad para opinar; teniendo en cuenta su edad y madurez.

En términos generales podría sostenerse que durante estos años los avances sobre la promoción y difusión de los derechos a

¹ Decreto Legislativo N° 1297, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de diciembre de 2016.

² UNICEF (2004).

favor de la infancia son relevantes, sin embargo corresponde inquirirnos respecto a la efectividad en la concreción de los mismos, en la ejecución de políticas públicas, de las prácticas gubernamentales por parte de los diversos sectores del Estado, acciones de la sociedad civil, e incluso en las pautas culturales, costumbres y quehacer al interior de la organización y relaciones familiares.

En el presente artículo proponemos reflexionar de modo crítico respecto a uno de estos principios rectores: el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes aplicado al ámbito del proceso judicial.

2. Derecho de participación: observaciones y avances

Como se acotara, el derecho a ser oído emana del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Éste reconoce que todo niño en condiciones de formarse un juicio propio tendrá el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

Este aspecto es relevado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de fecha 25 de noviembre del 2013, en el caso familia Pacheco Vs. Estado Plurinacional de Bolivia:

En el caso concreto, la Corte constató que los niños de la Familia Pacheco que fueron expulsados hacia el Perú junto con sus padres debieron haber sido considerados parte interesada o activa por las autoridades en esos procedimientos, pues resultaba evidente que su conclusión o resultados podrían afectar sus derechos o intereses. De esta forma, independientemente de si fue presentada una solicitud específica de asilo a su favor, en atención a su situación migratoria y sus condiciones, el Estado tenía el deber de velar por su interés superior, por el principio de *non refoulement* y por el principio de unidad familiar, lo cual requería que las autoridades migratorias estatales fueran especialmente diligentes en agotar todos los medios de información disponibles para determinar

su situación migratoria y, en su caso, adoptar la mejor decisión en cuanto al Estado al que procedía enviarlos en caso de expulsión. *Es decir, el Estado trató a los niños como objetos condicionados y limitados a los derechos de los padres, lo cual atenta contra su calidad como sujetos de derechos y contra el sentido del artículo 19 de la Convención Americana*³.

Como se aprecia son prácticas difundidas el que los menores de edad sean ignorados por la administración pública o la administración de justicia en particular, cuando por la representación paterna se pretende sustituir el derecho de participación que les es propio, el mismo que debe atenderse de modo concurrente a la intervención de sus padres o tutores, por cuanto la decisión administrativa o judicial a dictarse va a afectarlos en sus derechos.

En este aspecto corresponde destacar además, la relevancia que ostentan las 100 Reglas de Brasilia de acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, se trata de una norma vinculante para los Poderes Judiciales que la han ratificado, las 100 Reglas de Brasilia, Directriz Judicial que emerge del consenso de 23 Poderes Judiciales de Iberoamérica, aprobada en el año 2008 en Brasil y ratificada por el Poder Judicial del Perú en el año 2010:

Estas Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial⁴.

En la Regla 78 sobre el derecho a ser oído y acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes, se consigna expresamente que en los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

³ CIDH (2013) [evidenciados agregados].

⁴ XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA (2008: Regla 1).

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares⁵.

Estas pautas aunque obvias, en la realidad resultan distantes e insuficientes, ello en atención a que el proceso concebido por adultos para adultos no ha contemplado las características, necesidades y particularidades para la eficaz participación de los niños y adolescentes en los asuntos que los afectan y que serán decididos judicialmente.

Los legisladores y los operadores jurisdiccionales deben tener en cuenta, que se presentan diversas barreras de acceso a la justicia cuando un niño, niña o adolescente participa en un proceso judicial, es decir, se encuentra enfrentado a un lenguaje complejo, inmerso en espacios extremadamente formales, multisectoriales e incluso intimidantes por estar vinculados con la justicia, que importan su desplazamiento por diversas dependencias dentro del sistema de administración de justicia, generando condiciones para su revictimización .

Al respecto, resulta ilustrativo lo expresado por Eduardo Julio Pettigiani, quien brinda algunas pautas de cómo debe ser escuchado el niño:

En función de lo que caracteriza un régimen de tenencia o guarda, es imprescindible conocer de boca propia del niño cuáles son las sensaciones que experimenta en su realización, las modalidades que más le favorecen y penetrar en lo más íntimo de sus preferencias en esta materia. Opinión que debe ser pasada por el rasero que implican la edad y madurez del niño, para lo cual es impres-

⁵ XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA (2008).

credibile que el juez analice cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, y las pondere mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público, y particularmente con la índole de los derechos en juego⁶.

Como se evidencia, no es posible en un proceso judicial, la aplicación correcta del interés superior del niño si no se respeta su derecho a ser oído y a expresar libremente su opinión. El Comité de los Derechos del Niño mediante su Observación General N°14 ha reconocido que la opinión del niño es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta, al evaluar su interés superior.

Por ello, la Ley N°30466, del 17 de junio de 2016, establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño, definiéndolo como un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Adicionalmente, la norma legal acotada señala que el derecho del niño a expresar su propia opinión, es una garantía procesal.

Si bien es cierto, que el Código de los Niños y Adolescentes les reconoce el derecho a expresar su opinión libremente, y a que se tenga en cuenta en función de su edad y madurez, nuestra regulación legal no se ha detenido a formular directrices orientadoras que desarrollen una metodología y criterios uniformes para su aplicación.

En búsqueda de la eficacia de los derechos de la infancia, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas evalúa periódicamente el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por los Estados a favor de los derechos de los niños, al respecto nos parece fundamental destacar el último de éstos, que en sus observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del 29 de enero del 2016, res-

⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (2002).

pecto al Perú ha observado que la participación del niño no cumple con los estándares establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y a la letra consigna:

Aunque acoge favorablemente los esfuerzos que realiza el Estado parte para crear espacios de participación de los niños, incluido el establecimiento del Consejo Consultivo de Niñas, Niños y Adolescentes, de consejos educativos institucionales y de órganos de estudiantes, el Comité está preocupado por el hecho de que las opiniones expresadas en tales foros no se tengan debidamente en cuenta en los procesos de adopción de decisiones. También le preocupa el propósito del Estado parte de supeditar el derecho de los niños a participar en asuntos que les afecten a la autoridad de los padres en la versión revisada del Código de los Niños y Adolescentes. Además, preocupan al Comité los informes según los cuales los niños son rara vez consultados en los procedimientos administrativos o judiciales pertinentes y no son fácilmente tenidos en cuenta ni reconocidos en los hogares, las escuelas y las comunidades, como consecuencia, entre otras cosas, de concepciones tradicionales y culturales.

Recomendando el Comité en atención a la observación general núm. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, que el Estado peruano:

- a) Adopte medidas concretas para tener en cuenta las opiniones expresadas por los niños en diversos foros en relación con todos los procesos de adopción de decisiones que les afecten;
- b) Vele por que el derecho del niño a la participación en los asuntos pertinentes quede garantizado en la versión revisada del Código de los Niños y Adolescentes, de conformidad con el artículo 12 de la Convención;
- c) Vele por la aplicación efectiva de la legislación que reconoce el derecho del niño a ser escuchado en las actuaciones judiciales pertinentes, lo que incluye el establecimiento de sistemas o procedimientos para que los

trabajadores sociales y los tribunales se ajusten a ese principio;

- d) Establezca programas y actividades de sensibilización para promover la participación real y efectiva de todos los niños dentro de la familia, la comunidad y la escuela, prestando especial atención a las niñas y a los niños y niñas en situaciones vulnerables;
- e) Establezca directrices e indicadores para facilitar, evaluar y supervisar la aplicación del derecho del niño a participar en asuntos pertinentes y a ser escuchado en los procedimientos jurídicos y administrativos, y vele por que los profesionales pertinentes reciban formación sobre su utilización⁷.

En ese sentido, el Comité insta al Perú a que garantice en estricto cumplimiento con la Convención, el derecho de la participación del niño, y que las opiniones de los niños y las organizaciones de derechos a favor de la infancia relevantes sean escuchadas y se tengan plenamente en cuenta.

3. Protocolo de participación judicial del niño, niña y adolescente

Ante esta severa observación del Comité, resulta pertinente compartir un esfuerzo estatal en construcción, que viene impulsando el Poder Judicial, por acercarse al cumplimiento de estas recomendaciones, las mismas que constituyen un compromiso para el Estado Peruano.

El Poder Judicial del Perú ha emitido el Protocolo para la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial, aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 228-2016, de fecha 31 de agosto

⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2016).

del 2016, en el marco de ejecución del Plan Nacional de acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, 2016-2021, en concordancia a lo establecido por las 100 reglas de Brasilia, precisamente su regla 78.

El presente plan nacional, aprobado el 7 de abril del 2016, mediante Resolución Administrativa N°090-2016-CE-PJ, y en consecuencia de carácter imperativo en la institución, pretende garantizar el ejercicio del derecho humano de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Lo que importa adoptar medidas concretas para favorecer el goce efectivo de este derecho.

Consideramos importante relevar que este plan recoge la experiencia, las buenas prácticas de las Cortes Superiores de Justicia, con la participación de las representaciones institucionales, dependencias especializadas de gestión administrativa y ha considerado como fuentes los diversos planes nacionales del Estado respecto a las personas en condición de vulnerabilidad por razón de su edad, género, y discapacidad.

El mencionado plan emerge desde dentro de la institución con un enfoque humanista y un compromiso de hacer que la justicia sea efectiva. Desde esa perspectiva, se establece un instrumento de planificación que comprende el período 2016-2021.

En ese marco normativo institucional el Protocolo para la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial, pretende acortar la distancia entre éstos y el proceso, a partir del reconocimiento de los menores de edad como sujetos de derecho; facilitándoles la participación en el proceso judicial dentro de un entorno, una metodología amigable, con una intervención profesional interdisciplinaria especializada.

Este Protocolo se ha elaborado en base a la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño porque este instrumento internacional establece los requisitos básicos que deben

cumplir los métodos adoptados para que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de los niños.

Como lo describe la exposición de motivos del Protocolo en cuestión⁸, Su objetivo principal es el establecimiento de medidas adecuadas de carácter procesal que hagan posible la aplicación efectiva del derecho mencionado. En este contexto, se establecen los mecanismos que garantizan el ejercicio del niño a ser oído, resaltando que se trata de una opción y no de una obligación.

3.1. *Ámbito de aplicación*

Destaca en su ámbito de aplicación materias como:

[...] divorcio e invalidez matrimonial, tenencia, régimen de visitas, autorización de viajes, autorización para enajenar bienes del menor de edad, acogimiento familiar, adopción por excepción; suspensión, pérdida y extinción de la patria potestad; violencia física, psicológica, sexual o económica. Asimismo, se aplicará en los casos del adolescente en conflicto con la Ley Penal, abuso sexual al menor de edad y delitos en perjuicio de los niños, entre otros tantos casos⁹.

Sin embargo, debemos indicar, que el derecho a ser oído del menor de edad corresponde a todos los procesos judiciales de familia, civiles o penales en los que pueda afectarse sus derechos, enfatizamos ello, para sostener que dicha enumeración no es taxativa, sino enunciativa, por tanto en procesos como los de sustracción internacional e incluso para su declaración testimonial o para la práctica de la prueba de ADN, entre otros, debe recabarse su opinión.

⁸ PODER JUDICIAL DEL PERÚ (2016: 7).

⁹ PODER JUDICIAL DEL PERÚ (2016: 7).

3.2. Derecho de Información

Aspecto importante que destacamos del Protocolo es el derecho a la información que antecede la participación de los niños y adolescentes:

La Comunidad Internacional ha reconocido que el niño no puede expresar su opinión si previamente no ha ejercido su derecho a la información. Para ello, se recomienda que el niño sea preparado de manera previa a la diligencia judicial prevista, a través de una conversación, con la finalidad de explicarle, de acuerdo a su edad y grado de desarrollo, la naturaleza y el propósito de la diligencia en la que participará¹⁰.

La participación del equipo multidisciplinario es sumamente importante en este estadio ya que va a permitir fortalecer emocional e intelectualmente a los niños y adolescentes, aclarar sus dudas de los alcances de su intervención y así desvanecer cualquier sentimiento de culpabilidad que pueda generarse por el resultado judicial de su problema familiar, sentimiento al cual son proclives por las diversas situaciones que viven a nivel familiar, social de sus entornos y además por las perturbaciones emocionales que generan los diversos trámites administrativos o judiciales de los cuales son testigos o partes.

Estudios especializados sobre la materia, reportan:

Se podría decir que el conflicto no cesa cuando ocurre la ruptura; simplemente se traslada a los niños, convirtiéndolos en protagonistas de una situación que no les pertenece y obligándolos a ser la figura que garantiza la permanencia del vínculo, si se tiene en cuenta que la mayoría de los padres se separan pero no se desvinculan afectivamente y es por ello que convierten en eterno cada proceso que contempla la ley para llevar a cabo la separación, sometiendo a los hijos a constantes citaciones o interrogatorios o a

¹⁰ PODER JUDICIAL DEL PERÚ (2016: 7-8).

tomar decisiones que afectan su estabilidad emocional cuando los niños no están preparados para esto¹¹.

Concretar el derecho a ser informado previamente a la diligencia judicial, constituye un primer gran cambio en el paradigma judicial para la atención de los niños, niñas y adolescentes, que no sólo se extiende a los procesos de familia, sino como ya se acotó, insistimos se extiende a los procesos penales o civiles, en que pudieran participar ante la susceptible afectación de sus derechos.

3.3. Entrevista personal

Desde la mirada judicial, el derecho del niño a ser oído implica que pueda expresarse en sus propias palabras sobre las decisiones que le afecten y que sus puntos de vista sean tomados en consideración, según sus actitudes, edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad.

En el documento se define que el derecho del niño a ser oído en un proceso judicial importa que éste se pueda manifestar claramente con palabras, miradas o gestos, el parecer o juicio que él tiene formado de algo que se tiene en duda o está puesto en disputa. No se trata de que el niño emita un juicio de valor, sino simplemente de una manifestación que exprese sus sentimientos, necesidades personales y afectivas¹².

Según Rapaiye Bereugnot-Bouthir escuchar a un niño es tenerlo en consideración y mediante la entrevista entablar un diálogo con la finalidad de que exprese sus sentimientos, sin personas que pueden influir en él o distorsionar su opinión.

Coincidimos con el jurista Eduardo Julio Pettigiani, quien señala que fuera cual sea la edad del niño, es indispensable verlo porque constituye el verdadero y único modo de saber de él, más

¹¹ MUÑOZ-ORTEGA, GÓMEZ-ALAYA y SANTAMARÍA-OGLIASTRI (2008: 351).

¹² PODER JUDICIAL DEL PERÚ (2016: 8).

allá de certificados, informes y constancias foliadas, y que sus padres o representantes no suplan el contacto personal que debe mantener con el juez de manera directa¹³.

Este contacto con el menor importa considerar además de su condición de vulnerabilidad, en razón a su edad, atender otras condiciones de vulnerabilidad adicional, dadas por alguna discapacidad, condición de pobreza, género, que se agravan cuando son víctimas. Resulta ilustrativo lo expresado en el Estatuto de la Víctima, aprobado mediante la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 (cuya transposición se produce con la LEVD) que considera plenamente ajustado a esta diferenciación entre las víctimas vulnerables y las víctimas que devienen vulnerables:

Y ello a pesar de que la mentada norma no utiliza los términos víctimas vulnerables o especialmente vulnerables, siendo sustituidas estas expresiones por la cláusula definitoria “víctimas con especiales necesidades de protección”, novación terminológica que ha sido criticada cuando de menores de edad se trata (Serrano Pasip, 2013:44). Así, tras garantizar en los procesos penales la protección adecuada a todas las víctimas de delitos (artículo 1), da por supuesto que los menores de edad tienen necesidades especiales de protección en razón a su vulnerabilidad (artículo 22.4)¹⁴.

Asimismo, se reconoce de manera expresa el derecho a ser escuchado del niño con discapacidad, garantizando su ejercicio a través de medios de apoyo y ajustes razonables. De igual modo, se garantiza la no revictimización del niño víctima a ser oído, evitando prácticas o procedimientos que afecten su integridad.

¹³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (2006: Fundamento XVII del voto del juez Pettigiani de la Segunda cuestión planteada).

¹⁴ SUBIJANA ZUNZUNEGUI (2016).

En cuanto al adolescente en conflicto con la Ley Penal, su participación debe estar cautelada por las garantías que observa el debido proceso, así como para aplicar la justicia restaurativa o la mediación penal, el adolescente debe tener la oportunidad de dar su consentimiento libre y voluntario.

Como es necesario, se advierte la necesidad de garantizar el derecho de participación a los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas, niños inmigrantes y otros niños que no hablen el idioma español.

3.4. Manifestación del representante

Dicha normativa administrativa ha establecido que el niño puede manifestar su opinión mediante un representante, quien deberá velar de manera exclusiva por los intereses del niño. Si bien se ha reconocido el derecho de representación, el protocolo ha dispuesto que el juez tendrá que evaluar el riesgo de conflictos de intereses entre el niño y su representante, de manera especial con los progenitores que sean los probables autores de delitos contra sus hijos o si el juez considera que es contrario al interés superior del niño.

En lo que respecta a la forma de participación del niño en la audiencia, se puede adoptar la forma de conversación, y en la medida de lo posible podrá ser acompañado por sus padres o tutores, salvo que exista el riesgo de conflicto de intereses o sean autores de delitos cometidos contra sus hijos o pupilos, y también si la tenencia y la patria potestad están en disputa.

¿Cómo el juez debe evaluar la opinión del niño? Consideramos fundamental para la evaluación, su comprensión y la colaboración interdisciplinaria, tanto en la etapa previa como durante su declaración. Corresponde considerar el nivel de comprensión del niño no solo por la edad biológica sino principalmente por el desarrollo de su capacidad para formarse una opinión; estimando que cada caso es diferente.

El juez debe conocer que existen factores que contribuyen a desarrollar la capacidad del niño, como: su experiencia, su entorno, sus expectativas sociales y culturales, y el nivel de apoyo familiar y comunitario.

La Doctrina de la Protección Integral nos invita a cambiar de paradigma sobre la capacidad jurídica del niño; es decir, por encontrarse en un proceso de desarrollo con autonomía progresiva, se tiene que partir de la presunción de capacidad para formarse sus propias opiniones y su derecho a expresarse. En tal sentido, el juez deberá prestar atención a la evaluación de las facultades del niño.

El concepto jurídico de madurez del niño que deberá manejar el juez para su evaluación, es el de la capacidad de comprensión y el conocimiento de las consecuencias de un determinado proceso judicial; sin perjuicio de que el niño exprese su opinión de manera razonable e independiente. En conclusión, el juez deberá evaluar la capacidad del niño teniendo en cuenta criterios cronológicos, psicológicos, culturales y sociales, y requerir concurrentemente asistencia especializada.

Eduardo Julio Pettigiani, jurista argentino sostiene que:

[...] el niño puede carecer de discernimiento y de madurez, y sin embargo ser perfectamente capaz de expresar sus sentimientos. Para que éstos sean captados, sólo basta encontrar alguien dispuesto a oír, si entendemos esta acción en la acepción de atender los ruegos, súplicas o avisos de alguien, o a alguien¹⁵.

Para oír al niño, en algunos casos, agrega Pettigiani, el especialista deberá recurrir a un proceso de interpretación¹⁶.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que existen estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opi-

¹⁵ PETTIGIANI (2006: 62).

¹⁶ PETTIGIANI (2006: 62).

niones desde muy temprana edad, incluso cuando no puedan expresarlas verbalmente.

Este protocolo, en virtud del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aplica los nuevos enfoques interdisciplinarios, reconociendo que el niño puede ejercer su derecho a ser oído mediante formas no verbales de comunicación; de manera especial, como el juego y la expresión corporal y facial; adoptando las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.

Según el jurista José M. Lombardo Vásquez, la participación del niño en el proceso judicial no debe revestir un carácter como medio de prueba ni un acto de parte, es esencialmente un medio de aproximación del juez a la realidad del proceso y a la vivencia del niño. Es decir, se trata de la aplicación del principio de inmediación procesal y de oralidad.

A fin de salvaguardar la integridad psicológica del niño, como sujeto pasivo de los delitos, debe propenderse a aplicar la entrevista única evitando los posibles efectos traumáticos.

Complementando la protección del niño, sobre el derecho a la intimidad, se propone que él debe ser escuchado en condiciones de confidencialidad por el juez y los miembros del equipo multidisciplinario, quienes deberán evitar su participación en audiencia pública.

3.5. Participación interdisciplinaria y ambientes adecuados para la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial.

Podemos preguntarnos: ¿en qué condiciones debe ser escuchado el niño? En concordancia con la recomendación de Kemelmajer de Carlucci, el juez podrá trasladarse a otro lugar, en caso

de que fuera necesario, para evitar todo tipo de solemnidad que pueda atemorizar o cohibir al niño¹⁷.

En consecuencia, el ambiente en el cual será escuchado al niño deberá ser distinto al despacho judicial, amigable y adecuado para su edad; para ello tanto las salas de espera como las salas de atención, deberán ser implementadas para que sean apropiadas para los niños. Si se trata de niños víctimas, las salas deberán contar con pantallas de protección visual y los medios tecnológicos necesarios que garanticen la privacidad y eviten la revictimización. En el caso peruano, el Poder Judicial está implementado las Cámaras Gesell y las Salas de Encuentro Familiar a nivel nacional

Se ha dicho que el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes debe realizarse en condiciones que favorezcan su cumplimiento, por lo que compartiremos con ustedes algunos esfuerzos que vienen desarrollando las Cortes Superiores del país con tal objetivo¹⁸:

- a) Salas de encuentro familiar: espacio interdisciplinario para la comunicación familiar

Para propiciar la preservación de la relación paterna y/o materna filial de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren involucrados en procesos judiciales se han habilitado las “Salas de Encuentro Familiar” en las 33 Cortes Superiores de Justicia.

Dichas salas interdisciplinarias para la comunicación familiar, son espacios neutrales, especiales y seguros que tienen las condiciones necesarias para recibir a las familias, donde además se realizarán las entrevistas y la exploración con el Equipo Multidisciplinario de manera que el niño, niña o adolescente no perciba

¹⁷ PODER JUDICIAL. PROGRAMA NACIONAL DE ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD Y JUSTICIA EN TU COMUNIDAD (2016: 25).

¹⁸ V. Anexo.

la presión de estar en un despacho judicial; además, se podrán realizar talleres y terapias familiares¹⁹.

b) Ambientes con características de Cámara Gesell

Para salvaguardar, la protección del derecho a la intimidad, imagen e integridad de los niños, niñas y adolescentes que intervienen en procesos judiciales, se vienen instalando en las diversas Cortes Superiores de Justicia ambientes con características de Cámaras Gesell.

Asimismo, se implementa el uso de videoconferencias para evitar la exposición reiterada de los niños, niñas y adolescentes intervinientes en el proceso y su ejecución.

c) Justicia itinerante

Con la finalidad de propiciar el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes de zonas suburbanas y rurales, se viene impulsando la descentralización de la plataforma judicial mediante el establecimiento de mesas de partes itinerantes de recepción de demandas de alimentos y filiación. Proyectándose el desarrollo de audiencias bajo el mismo sistema, afirmando la inmediación.

4. *Propuestas de reforma legislativa*

Consideramos de singular importancia los innovadores aportes del grupo revisor del Código Procesal Civil en relación a la participación de los niños, niñas y adolescentes, proyectándose la inclusión del siguiente artículo:

Artículo 127 B.- Participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso.

En los procesos judiciales en los que participen niños, niñas o adolescentes el juez debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral y deberá comunicarse con ellos a través de un lenguaje senc-

¹⁹ PODER JUDICIAL DEL PERÚ (2015).

llo y respetuoso, evitando formalidades contraproducentes para la actuación de estas personas.

Los actos procesales se deben celebrar en un ambiente adecuado y con el apoyo profesional interdisciplinario.

Se propone así regular legislativamente el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes, no solo en términos declarativos sino que, de modo innovador, prevé la intervención profesional interdisciplinaria y condiciones idóneas en que este derecho debe concretarse en el proceso judicial, y por tanto impulsa imperativamente que las instituciones que integran el sistema de justicia las implementen en el ámbito de sus competencias, a fin de prestar el servicio de justicia en condiciones adecuadas a las necesidades de atención de esta población con particulares condiciones de vulnerabilidad.

Cabe destacar además, la comprensión de la Justicia Itinerante que ha sido acogida por el grupo revisor del Código Procesal Civil, a fin de incorporarla en la regulación del artículo 126 referido a la intermediación y proximidad:

El Poder Judicial promoverá la Justicia Itinerante como una medida de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a la población que se encuentra en lugares geográficamente lejanos o con dificultades de comunicación.

El Juez podrá disponer audiencias itinerantes para lo cual, si es necesario, habilitará lugar, día y hora.

De este modo se contempla la concreción del derecho al acceso a la justicia no sólo favoreciendo la tutela jurisdiccional desde los Despachos judiciales sino también a través de su acercamiento efectivo a las poblaciones alejadas y menos favorecidas, que no pueden llegar a las sedes judiciales. Este contexto legal favorecerá el desarrollo de diversos proyectos de servicios judiciales a favor de la niñez y de otras poblaciones en condición de vulnerabilidad.

5. Reflexiones finales

Como se ha observado es necesario considerar los diversos elementos que participan en el engranaje judicial y que posibilitan la atención de este derecho humano de nuestros niños, niñas y adolescentes, de participación efectiva en el proceso judicial. Ello importa considerar las políticas institucionales en el marco de las cuales se desempeñan los operadores de justicia, jueces, fiscales, policía, miembros de los equipos interdisciplinarios; los de carácter procesal dado por la normativa que estructura los procesos, así como las condiciones de infraestructura y logística de las sedes judiciales.

Desde la dación del Código de los niños y adolescentes por los 90, el proceso de especialización ha avanzado al unificarse en la especialidad de familia, tanto los tradicionales casos de familia bajo la competencia de la justicia civil como la de los niños y adolescentes, de igual modo la participación de operadores de justicia, con importante calificación a nivel de juzgados especializados de familia, y que se encuentran implementados principalmente en las sedes de Cortes de Justicia, las que coinciden en ubicación con las capitales de Departamentos, en todo el país, así como por las dos Salas Superiores especializadas de Familia de la Corte de Lima Centro, por lo que si bien la calificación profesional de la judicatura especializada se fortalece, pero aún es insuficiente, por cuanto un importante número de causas de familia son tramitadas antes órganos mixtos no especializados.

Respecto al fortalecimiento del trabajo interdisciplinario, se ha advertido la relevancia que tiene en la especialidad y particularmente en relación al derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes, antes, durante y después de su participación, como importante elemento técnico colaborador a la labor jurisdiccional, por lo se requiere potencializar los equipos multidisciplinarios en las Cortes de Justicia, con el equipo profesional especializado, proyectando incluso su desplazamiento itinerante en las zonas

sociales requirentes al interior de sus respectivas Cortes de Justicia. Resulta pertinente impulsar asimismo el desarrollo de redes de seguimiento y soporte a partir de la coordinación con otros entes del Estado y la sociedad civil, coadyuvante, para la oportuna intervención de la problemática no sólo legal sino particularmente emocional que atraviesan los menores de edad en este capítulo litigioso de sus vidas.

De igual modo, resulta estratégica la renovación procesal que se impone, que haga que el proceso judicial hecho por adultos para adultos, considere en su estructura y dinámica procesal la flexibilidad necesaria que posibilite activamente la participación de los niños, niñas y adolescentes, así como de otras poblaciones en condición de vulnerabilidad, superando los obstáculos que limitan hacer efectivo su derecho de acceso a la justicia y tutela jurisdiccional efectiva.

Consideramos en términos generales, que es muy importante trabajar intensamente en la ejecución nacional del Protocolo de participación judicial de los niños, niñas y adolescentes, su difusión, permanente capacitación de los operadores y equipos multidisciplinarios, fortaleciendo el trabajo colaborativo interinstitucional, acondicionamiento de ambientes y recursos logísticos; a lo que debe adicionarse la medición de sus resultados, para lo cual es necesario el monitoreo de su ejecución por los propios operadores, para medir efectivamente el impacto del cambio de paradigma desde la justicia hacia sus destinatarios, para una mejor atención judicial a la infancia, a fin de que lo realizado no devenga en un esfuerzo institucional inconcluso.

Finalmente, evocando las palabras de Anabelle León Feoli, Ex Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica e integrante de la Comisión de Seguimiento de las Reglas de Brasilia, sostendremos que: “Cuando la justicia centra su atención en los derechos de quienes son los verdaderos protagonistas de los sis-

temas de justicia, significa que se empieza a hablar de *una justicia con rostro humano*"²⁰.

Referencias

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

2016 Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados del Perú. Aprobadas por el Comité en su 71er período de sesiones (11 a 29 de enero de 2016).
<http://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/obs-finales-cuarto-quinto-combinados-2016.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2013 Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Sentencia: 25 de noviembre.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_272_esp.pdf

MUÑOZ-ORTEGA, María, Paola Andrea GÓMEZ-ALAYA y Claudia Marcela SANTAMARÍA-OGLIASTRI

2008 "Pensamientos y sentimientos reportados por los niños ante la separación de sus padres". *Universitas Psychologica*. Vol. 7, N°2, pp. 347-356.
<http://sparta.javeriana.edu.co/psicologia/publicaciones/actualizarrevis-ta/archivos/Rev%20Universitas%20Psychologica%207-2-03.pdf>

PETTIGIANI Eduardo Julio

2006 "Derecho del niño a ser oído. ¿Cómo debe ser escuchado?". En MORELLO, Augusto Mario y Ramiro ROSALES CUELLO (Coords.). *Familia y sucesiones: enfoque actual. Libro homenaje al Dr. Eduardo Moreno Dubois*. Buenos Aires: Librería Editora Forense, pp. 61-110.

²⁰ XVII CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA (2014: 14) [evidenciados agregados].

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

- 2015 *Buenas Prácticas para el Acceso a la Justicia de Poblaciones Vulnerables* [CD-ROM]. Lima, Perú.
- 2016 *Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente*. Aprobado por Resolución Administrativa N° 228-2016-CE-PJ. Lima, 31 de agosto.
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fce98d004f2ba78fa10fa9ecaf96f216/RA_228_2016_CE_PJ+-31_08_2016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fce98d004f2ba78fa10fa9ecaf96f216

PODER JUDICIAL DEL PERÚ. PROGRAMA NACIONAL DE ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD Y JUSTICIA EN TU COMUNIDAD

- 2016 “Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente”. *Justicia Perú. Revista del Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad*, Año 1, N° 2, pp. 24-26.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fa7d56004efdd33ca9bda9ecaf96f216/revista+virtual+septiembre+2016.compressed.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fa7d56004efdd33ca9bda9ecaf96f216>

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José

- 2016 “Las víctimas especialmente vulnerables (en especial en los delitos sexuales y de violencia de género)”. [Curso online]. *Estatuto de la Víctima*. Escuela del Consejo General del Poder Judicial.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

- 2002 Acuerdo 78.728. Sentencia: 2 de mayo.
<http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=92325>
- 2006 Acuerdo 98.830. Sentencia: 31 de julio.
<http://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=112256>

UNICEF

- 2004 *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, preparado por Rachel Hodgkin y Peter Newell. Ginebra: UNICEF.
https://www.crin.org/en/docs/Manual_de_aplicacion.pdf

XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA

2008 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Brasilia, 4 a 6 de marzo.
<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/ReglasdeBrasilia-2008.pdf>

XVII CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA

2014 Informe sobre la aplicación de las 100 Reglas de Brasilia por parte de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Chile, 2 al 4 de abril.
http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=777898&folderId=904111&name=DLFE-6385.pdf

Anexo²¹

PLAN NACIONAL ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD - AÑO 2016		
Salas de Encuentro Familiar, Ambientes con características de Cámaras Gessell y Mesas Itinerantes en el país		TOTAL
Salas de Encuentro Familiar	Cortes Superiores de Justicia de Cañete, Huara, Lima Este, Lima Sur, Moquegua, Tacna, Tumbes, Sullana, Callao, Lambayeque, Huánuco, Arequipa, Amazonas, Apurímac, Ayacucho, Loreto, Pasco, Ucayali, Ventanilla, Ancash, Cajamarca, Junín, San Martín, Huancavelica y Cusco.	25 Salas
Ambientes con características similares a las Cámaras Gesell	Cortes Superiores de Cañete, Huaura, Lima Este, Lima Sur, Moquegua, Tacna, Tumbes, Sullana, Arequipa, Lambayeque, Huánuco, Apurímac, Pasco, Ucayali, Ancash, Cajamarca, Del Santa, Lima, La libertad, Junín, Ica, San Martín, Huancavelica, Cusco y Puno.	24 Cortes Superiores

²¹ Fuente: Programa Nacional de Acceso a la Justicia de personas en condición de vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad 2016

Mesas de Partes Itinerantes	Cortes Superiores de Justicia de Cañete, Huaura, Lima Este, Lima Sur , Moquegua, Tacna, Tumbes, Sullana, Arequipa, Callao, Lima Norte, Lambayeque, Huánuco, Piura, Apurímac, Ayacucho, Pasco, Ucayali, Ventanilla, Ancash, Cajamarca, Del Santa, Lima, La Libertad, Junín, Ica, San Martín, Huancavelica, Cusco y Puno.	30 Cortes Superiores
-----------------------------	---	----------------------

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe