

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.



Escuchar o silenciar

Mariela A. González de Vicel¹

Mi agradecimiento a Oliverio, que prestó su bella imagen

La experiencia que deseo transmitir es incipiente en cuanto a la implementación de las nuevas técnicas provistas a partir del Convenio celebrado entre UNICEF y JUFEJUS, aunque no es posible realizar idéntica afirmación respecto de las entrevistas realizadas a niños, niñas y adolescentes (NNA) a lo largo del tiempo en que me desempeño trabajando en temáticas jurídicas vinculadas con ellos.

1. Un poco de la historia

Los juzgados de familia de la provincia de Chubut nacieron a la vida jurídica a partir del año 1997, y fueron provistos de tecnología suficiente para recibir las declaraciones de niños o niñas (en términos de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Así, por ejemplo, se acondicionaron cámaras Gesell en los tres juzgados de familia situados en las ciudades más importantes de la provincia (Comodoro Rivadavia, Trelew, Puerto Madryn y Esquel).

En razón de la oralidad de los procedimientos de familia, la recepción de la prueba se lleva a cabo en audiencias de vista de causa, donde se concentra la producción de las medidas probatorias y que se registran mediante sistemas de videgrabación o videocasetes.

En Derecho de Familia, se cuida que la intervención de los niños en los procesos no los perjudique y por ello se acepta la participación de otros profesionales que coadyuven a este objetivo. La participación interdisciplinaria, que comenzó siendo imperativa para el fuero de familia (art. 82 de la Ley III-Civil-21 Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia, antes 4347) actualmente ha extendido su aplicación al sistema penal, en el que se escucha a los sujetos menores de edad víctimas de delito son en calidad de testigos en salas acondicionadas al efecto (cámara Gesell) para evitar –en la medida de lo posible– la revictimización.

2. Normas vigentes en sede penal. La jurisprudencia de Chubut

En la actualidad, la ley XV-9 (antes ley 5478, Código Procesal Penal) dispone en su art. 193. "Testimonios especiales. Cuando deba recibirse testimonio de menores de dieciséis años y

¹ Jueza de Familia de Esquel, Chubut.

de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, el fiscal o el tribunal, según el caso y fundadamente, podrán disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o profesionales especializados, garantizando el ejercicio de la defensa. En estos casos se procurará obtener grabación o video-filmación íntegras del testimonio para su exhibición en el debate. El juez podrá disponer lo necesario para que la recepción del testimonio se realice en una sala debidamente acondicionada, que permita el control de la diligencia por parte del imputado y su defensor. En lo posible, se realizará la diligencia mediante un adecuado protocolo, con intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes. Se procurará la asistencia de familiares del testigo".

Debe considerarse que el relato directo de un niño frente, por ejemplo, a un agresor sexual, a sus abogados, al fiscal y al juez lesiona gravemente su libertad de expresión.

Así como a nadie se le ocurre que, para llegar a la verdad en una discusión por el ejercicio de la custodia de un hijo habría que preguntarle delante de su padre o su madre, para garantizar su derecho a ser oído: "¿con cuál de ambos quisieras vivir?", tampoco parece razonable preguntarle "¿Es cierto que te pega?, ¿dónde?, ¿con qué?" en presencia del victimario. Con más razón, debe considerarse que el relato directo de un niño frente, por ejemplo, a un agresor sexual, a sus abogados, al fiscal y al juez lesiona gravemente su libertad de expresión.

Además, resulta de aplicación lo establecido en el art. 279 del mismo cuerpo legal, norma que establece la procedencia del Anticipo Jurisdiccional de Prueba para los actos definitivos e irreproducibles, ya sea que se trate de una declaración que por obstáculos difíciles de superar fuere probable que no pueda recibirse en juicio, por la complejidad del asunto el testigo olvidare las circunstancias esenciales, o en caso de imputado prófugo, incapaz o temor en la conservación de la prueba. Si el juez ordena la realización de la prueba, lo es con citación de todas las partes.

En la práctica tribalicialia de la provincia de Chubut, la declaración de la víctima menor de edad se toma en cámara Gesell, cuando los profesionales del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito (oficina dependiente del Ministerio Público Fiscal, leyes provinciales 5057 y 4031) comunican que el niño está en condiciones de declarar.

El Supremo Tribunal de Justicia de Chubut tuvo ocasión de dictaminar: "Fue acertada la decisión del tribunal de no citar nuevamente a la niña, que ya había declarado mediante la cámara Gesell, evitando así su victimización con respecto al proceso. Con razón, se ha considerado que el relato directo de un niño frente, por ejemplo, a un agresor sexual, a sus abogados, al fiscal o al juez lesiona gravemente su libertad de expresión. Con respecto a ello, Carlos Rozanski afirmó que "cuando se obliga a un niño abusado a sentarse ante un tribunal, se lo está silenciando y, de tal modo, se violan sus derechos elementales; concretamente, su derecho a ser oído". (Privilegios del niño en el proceso penal: la cámara Gesell, por Fabián Gustavo Gatti; Diario "Río Negro", 31 de octubre de 2005). Del voto del Dr. Alejandro Panizzi en autos "López, Luis Alberto p.s.a. de abuso sexual a J.B.L."(expte. 20.402 - L - 2006).

Normas que rigen en los juzgados de familia

El art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) 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 judicial 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..."

A nivel provincial, rige el art. 14 de la Ley III-Civil-21 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia (antes ley 4347) que establece: "El Estado asegurará el derecho de los niños y de los adolescentes a la libertad y a la integridad biopsicosocial, preservando la imagen, la identidad, la autonomía de valores, ideas o creencias, los espacios y objetos personales, no pudiendo ser privados de los mismos sin el debido proceso legal. *El Estado garantizará el derecho de los niños y adolescentes a ser escuchados en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que los afecte*" (El destacado es nuestro).

Por su parte, el art. 16, reconociendo y describiendo el derecho a la libertad, señala que éste comprende: "...b) Informarse, opinar y expresarse (...) e) Participar en la vida familiar sin discriminación (...) g) Buscar refugio, auxilio y orientación".

Antes de ellos, el art. 3 reconoce que "los niños y adolescentes gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona (...) asegurándoles todas las oportunidades para el desarrollo (...) en condiciones de libertad y dignidad"; mientras que el art. 4 establece la garantía de prioridad para asegurar la realización de sus derechos, entre los que enumera la dignidad, el respeto y la libertad, y el respeto por su personalidad. Y a su vez, el art. 8 señala: "En la interpretación de esta ley se tendrá en cuenta la condición de los niños y adolescentes como personas en desarrollo, los derechos y deberes individuales y colectivos, las exigencias del bien común y los fines sociales a los que ella se dirige. Los niños y adolescentes desempeñan una función activa en la sociedad y nunca serán considerados meros objetos de socialización, control o prueba".

Más específicamente, el art. 23 dispone: "Es deber de la familia, la sociedad y el Estado velar por la dignidad de los niños y de los adolescentes, poniéndolos a salvo de cualquier tratamiento inhumano, violento, vejatorio, humillante o intimidatorio".

Bajo esta norma, cualquier declaración prestada en sede judicial sin la presencia del victimario tiene suficiente respaldo legal. Sin perjuicio de ello, tanto en sede civil como en penal, rigen las garantías consagradas en la primera parte de la ley de protección integral.

Art. 84: "A todo menor de edad convocado por un órgano judicial en calidad de víctima o testigo, deberá garantizársele el pleno respeto de los siguientes derechos:

- a) A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes y demás miembros del organismo;
- b) Al sufragio de los gastos de traslado para sí y sus padres, tutor o guardador al lugar donde la autoridad competente designe;
- c) A la protección de su integridad psicofísica y moral, y la de su familia;
- d) A ser informado sobre la naturaleza y resultado del acto procesal en el que participa;
- e) Al acompañamiento, durante la sustanciación del acto, de sus padres, tutor, guardador, persona de su confianza o de algún miembro del Equipo Técnico Interdisciplinario, si el menor de edad así lo solicitare o se considerase conveniente, a menos que ello perjudique el curso de la investigación o el normal desenvolvimiento del acto.

Art. 85: "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, el menor de edad víctima de delito, y sus padres, tutor o guardador, tendrán derecho:

- a) A ser informados por la oficina correspondiente acerca de los derechos que les asisten, especialmente el de ejercer las acciones civiles pertinentes;
- b) A ser informados sobre el estado de la causa y la situación del imputado;
- c) A recibir orientación por parte del Equipo Técnico Interdisciplinario del Fuero.

Cualquier declaración prestada en sede judicial sin la presencia del victimario tiene suficiente respaldo legal.

Art. 86: "Los derechos reconocidos en este Capítulo deberán ser enunciados por la autoridad competente al momento de la primera presentación de la víctima o del testigo".

Cabe recordar que el derecho a ser escuchados y a que su opinión sea tenida en cuenta como pauta orientadora no significa que, por sí misma, la perspectiva del niño, la niña o el adolescente sea vinculante y dirimente para el juez, a tal punto de someter al magistrado a resolver sobre sus favoritismos (el de los hijos). Por otra parte, será el juez contemplando el interés superior del niño, quien decidirá sopesando toda la información recogida y valorando la prueba producida.

No hay norma escrita, ni siquiera jurisprudencia lineal sobre cómo hacer las entrevistas o exploraciones del deseo de los niños en sede civil. Cada situación merece un posicionamiento exclusivo, cada niño un abordaje adecuado, y cada entrevista será diferente según las circunstancias del caso.

En opinión de la suscripta, la inmediatez exigida por el art. 12 de la CDN (y 3º y 27 de la Ley III-Civil-21 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia –antes ley 4347–) se cumple cuando el juez toma contacto directo con el niño, ya sea solo o en presencia de los auxiliares que el magistrado disponga y conforme las circunstancias de la causa, edad, madurez y desarrollo. A fin de cumplir con la legalidad sustancial exigida por el art. 59 del Código Civil de la República Argentina resulta requisito la presencia en la entrevista del Ministerio Pupilar.

"Si compartimos que el nuevo paradigma de protección integral de derechos importa que, por ejemplo, en el seno de las familias se produzca lo que se ha llamado la "democratización" de las relaciones familiares, la exigencia ineludible de un profesional de la interdisciplina importaría que todo progenitor debería mediatizar el diálogo con sus hijos a través de un psicólogo; que los directores o maestros/maestras de los establecimientos escolares recurrirían a un profesional preferentemente "psi" para interpretar la opinión de los alumnos ante determinados temas; que un médico que trabaje el consentimiento informado de su paciente menor de edad (aun en presencia de los padres) debería ineludiblemente hacerlo con un psicólogo; y así podría seguir ejemplificando." ("G., P. S. c/O., E. D. s/ sumario", expte. 746, Fº 136, Año 2008, Letra "G", Juzgado de Familia Nº 1 de Esquel, firme).

El niño sabe que sus padres son responsables por él, que deben guiarlo; al mismo tiempo, deben conocer que el paso de cada etapa evolutiva determina una mayor participación en la toma de decisiones que lo involucran. En esa dinámica, la opinión del niño es un elemento más a tener en cuenta, siempre que no implique contradecir las responsabilidades y derechos que les corresponden a los adultos como padres, que no son otros que proveer lo necesario para su crecimiento apropiado (arts. 5º y 12.1, CDN, en Beloff, Mary, *Construyendo pequeñas democracias*, www.cels.arg.ar).

"Como bien lo señala Kemelmajer: "el juez suficientemente capacitado debe desentrañar la voluntad real del menor". Es resorte de quien resuelve recurrir –de estimarlo pertinente– a los profesionales "psi" al mantener las entrevistas con los niños". ("G., P. S. c/O., E. D. s/ sumario", expte. 746, Fº 136, Año 2008, Letra "G", Juzgado de Familia Nº 1 de Esquel, firme).

No hay norma escrita, ni siquiera jurisprudencia lineal sobre cómo hacer las entrevistas o exploraciones del deseo de los niños en sede civil. Cada situación merece un posicionamiento exclusivo, cada niño un abordaje adecuado, y cada entrevista será diferente según las circunstancias del caso. Lo relevante es poder identificar cómo se encuentran los niños ante el conflicto, informarlos de sus derechos, minimizar los efectos negativos de la exploración a través de preguntas indirectas, entrevistas reservadas, preservando su libertad de expresión, considerando que aturde a los niños el mero hecho de comparecer a los tribunales y deben minimizarse los efectos de la crisis que atraviesa la familia y la lleva al sistema judicial".

Los equipos técnicos deberán, articuladamente con el/la juez/a, sugerir la modalidad de la entrevista, indicar la etapa evolutiva transitada por el sujeto menor de edad, señalar el lenguaje apropiado. Será el juez entrenado, en presencia del Ministerio Público, quien en definitiva guiará la entrevista. Y, si lo estima necesario, por las condiciones del caso, dispondrá que la entrevista sea orientada por profesionales psicólogos. En estos supuestos, bajo la supervisión de los técnicos del derecho mediante la utilización del sistema de circuito cerrado de televisión o cámara Gesell, en su caso.

En ningún supuesto la entrevista con los niños debería constituir "prueba" en sentido técnico, de modo que el principio general en materia civil, a mi juicio, es la no registración de la audiencia con el niño, niña o adolescente. De ese modo se preserva su libertad y dignidad. Y en función de las reglas del Interés Superior del Niño, no podrá invocarse el derecho de defensa como argumento para una postura diferente, pues en su caso, son los derechos del niño, niña o adolescente los que deberán priorizarse.

No obstante, considero que rigen las reglas del consentimiento informado, de modo que tratándose de personas mayores de 14 años, que cuentan con discernimiento, a pedido del juzgador podría autorizar que la audiencia personal sea monitoreada e incluso registrada técnicamente.

3.1. Violencia familiar – Ley XV-12 (2009)

Recientemente se ha dictado una nueva ley de violencia familiar en Chubut, que define los tipos de violencia (física, psicológica o emocional, sexual y económica, conforme al art. 4), estableciendo el procedimiento especial bajo cuyas reglas se dictarán las medidas de protección.

En tal sentido, y relacionado con el tema que convoca esta obra, establece el art. 8: "Recibida la presentación el Juez/a requerirá un diagnóstico de interacción familiar efectuado por profesionales especializados de diversas disciplinas pertenecientes a los equipos técnicos del Juzgado de Familia para determinar los daños físicos y psíquicos sufridos por la víctima, la situación de peligro y el medio social y ambiental de la familia. El diagnóstico evacuado no tendrá carácter de pericia en los términos de los Artículos 461 a 482 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia del Chubut, por lo que no se encuentra sujeto a las normas que rigen este tipo de prueba.

Para el caso de localidades del interior, dichos informes podrán suplirse por personal municipal del área de acción social y/o de salud".

Por su parte, el art. 20 dispone las normas supletorias, y así: "En todo lo que no esté previsto en la presente Ley, serán de aplicación subsidiaria la Ley III - N° 21 (Antes Ley N° 4347), el Código Procesal Civil y Comercial, el Código Procesal Penal y el Código Contravencional".

Es decir que en ocasión de que un niño o niña ejerza su derecho a ser oído durante un procedimiento de abordaje de una situación de violencia familiar, deben respetarse todos los derechos antes señalados.

Es recomendable entonces que su declaración sea recibida por miembros del equipo técnico interdisciplinario, mediante la utilización de las tecnologías descriptas (video grabación). Con ello se contará con otro elemento para la adopción de la medida más adecuada de las previstas por la normativa (art. 9: exclusión del hogar, prohibición de acceso a la vivienda o acercamiento,

Será el juez entrenado, en presencia del Ministerio Público, quien en definitiva guiará la entrevista. Y, si lo estima necesario, por las condiciones del caso, dispondrá que la entrevista sea orientada por profesionales psicólogos.

Esa declaración, por otra parte, podría resultar de utilidad para la investigación de la comisión del delito de lesiones agravadas por el vínculo, en el supuesto en que la comunicación de violencia –física– ingrese al sistema judicial por la vía del juzgado de familia. En tal caso, los recaudos del entrevistador debieran ser los mismos que se toman para el supuesto de declaración del niño o niña en calidad de testigo o víctima en sede penal.

reintegro, custodia, alimentos, derecho de comunicación, ingreso a casa refugio o lugar alternativo a cargo del Poder Ejecutivo, sanción pecuniaria, embargo u otras medidas patrimoniales, terapia psicológica, inclusión en programas especializados, secuestro de armas, etc.). Pero, además, y para el supuesto de apelación de la medida cautelar, el tribunal revisor podrá contar con la palabra del niño o niña, y también en esa instancia puede considerarse ejercido el derecho a ser oído con el relato efectuado ante el profesional, evitando una nueva comparecencia.

No obstante, la norma del art. 130 de la Ley de Protección Integral señala como deber de la Cámara el tomar conocimiento personal del grupo humano involucrado. Esa declaración, por otra parte, podría resultar de utilidad para la investigación de la comisión del delito de lesiones agravadas por el vínculo, en el supuesto en que la comunicación de violencia –física– ingrese al sistema judicial por la vía del juzgado de familia. En tal caso, los recaudos del entrevistador debieran ser los mismos que se toman para el supuesto de declaración del niño o niña en calidad de testigo o víctima en sede penal. Cabe resaltar, además, que la normativa prevé varias vertientes de acceso al sistema protectorio: autoridad policial, Ministerio Público Fiscal, Defensoría Pública o Juez/a (art. 5).

Finalmente, el recurso tecnológico (video filmación) resulta de utilidad para el registro de la audiencia mantenida con todo el grupo familiar, en la que suelen plasmarse compromisos asumidos por los victimarios, revistiendo mucha utilidad la posibilidad de “enfrentarlos” con ellos ante las omisiones en que incurra.

Una cuestión constitucional

La Convención asigna a los NNA el carácter de sujeto jurídico especial, 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. 3º.1) y un deber especial de protección.

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). Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los NNA; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo (art. 24 de ley 26.061, dictada para adecuar al ámbito interno la CDN).

Ahora bien, el punto más discutido se relaciona directamente con la fiabilidad dada a los testimonios vertidos por niños y niñas. Del trabajo 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 Plata² surgen seis conclusiones con respecto a los niños y niñas:

- Su memoria no es fiable.
- Son egocéntricos.
- Son altamente sugestionables.
- Tienen dificultad para distinguir entre realidad y fantasía.
- Hacen alegaciones falsas, particularmente acerca de agresiones sexuales.
- No comprenden el deber de decir la verdad ante los funcionarios y magistrados.

² *Bajo derecho a ser escuchado*, trabajo realizado por el equipo de la cátedra de Derecho I, Escuela Superior de Trabajo Social de la Universidad Nacional de La Plata, integrada por el Abog. Gabriel M. A. Vitale, Abog. Elizabeth Azcona, María Laura Viscardi, Ctdra. María Elina López, Lic. Claudia López, Mariela Bertoa, Paula Tosi y Juan Olivetto.

No obstante, es cierto que la fiabilidad de los testimonios infantiles depende de cómo se formulan las preguntas y de otros factores que señalaré.

Un niño o niña inmerso en el proceso de separación de sus padres, puede ser manipulado por alguno de ellos, sin embargo con entrenamiento, sensibilidad, compromiso y colaboración adecuada, es posible detectarlo. El apoyo de expertos para ayudar activamente a la niña o niño en procesos legales está cada vez más reconocido en las legislaciones internas e internacionales, aunque la práctica realmente desarrollada no siempre coincide con los textos legales.

Entre otras consideraciones que debería tener en cuenta el entrevistador/a para que se vean protegidos los derechos enunciados se encuentran:

- La edad;
- El grado de madurez y desarrollo;
- La presencia de personas de confianza;
- El estado emocional;
- La calidad de la ayuda de los adultos;
- Las peticiones de las partes;
- La oportunidad de las preguntas;
- El nivel de preparación y motivación del juez;
- El entendimiento del niño, niña o adolescente sobre los procesos.

No deberían descartarse estrategias lúdicas, en especial en niños de poca edad. El entrevistador –y esto incluye al juez/a– debería estar dispuesto a dibujar, dialogar, e incluso sentarse o arrodillarse en el suelo para generar confianza, y a partir de allí lograr oír al niño.

4.1. Modalidades de entrevistas

Tanto en la sala de audiencias como en el juzgado de familia se han adaptado los ambientes de modo tal que:

- a) Las dependencias se hallan acondicionadas, con mobiliario pertinente y en un ambiente despojado y neutro.
- b) Se evitaron colores estridentes, adornos o identificaciones de cualquier tipo.
- c) De manera adyacente existen otros cuartos de control donde se opera la video cámara y el equipo de grabación y desde el cual puede seguirse la entrevista (cámara Gesell), o se instaló un circuito cerrado de televisión en el despacho del juez (sala de audiencias).
- d) Se cuidó de nutrir al equipamiento de un moderno sistema de micrófonos ambientales, corbatero y auriculares para el control de la fidelidad de la grabación del sonido.

La entrevista en sede penal se lleva a cabo estableciendo la escena, informando sobre la presencia de otros adultos en la antesala, la finalidad, dándole al niño, niña o adolescente la oportunidad de relajarse y sentirse cómodo.

En general se siguen las pautas diagramadas en el art. 250 del Código Procesal Penal Nacional. En el juzgado de familia, además, se alienta al niño a suministrar datos en sus propias palabras a través de la narración libre, se hace especial hincapié en los derechos que lo asisten y que por tratarse de un derecho puede o no ser ejercido por el niño, niña o adolescente. Además, se les hace saber que les asiste la posibilidad de concurrir con persona de su confianza, que estará presente el representante del Ministerio Púpilar y que pueden, además, solicitar y mantener una audiencia a solas con el juez.

Un niño o niña, inmerso en el proceso de separación de sus padres, puede ser manipulado por alguno de ellos, sin embargo con entrenamiento, sensibilidad, compromiso y colaboración adecuada, es posible detectarlo.

Los NNA, en ámbitos propicios, ejercen en la mayoría de los casos el derecho que les asiste, y con ello, aportan al juzgador/a esa mirada antes ausente, silenciada, que generalmente porta en sí misma lo que aquél indaga: la verdad.

Finalmente, y como lecciones aprendidas en este tiempo, podemos afirmar que el trabajo coordinado entre los operadores de diferentes oficinas (Ministerio Público Fiscal, Asesorías de Familia, Juzgados) en especial, en supuestos de víctimas de abuso, con la correcta utilización de los recursos disponibles evita la revictimización y logra los resultados esperados.

Pero además, los NNA, en ámbitos propicios, ejercen en la mayoría de los casos el derecho que les asiste, y con ello, aportan al juzgador/a esa mirada antes ausente, silenciada, que generalmente porta en sí misma lo que aquél indaga: la verdad.