



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 2, n.º 2, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (online)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v2i2.5>

Garantías para la participación del niño, la niña y el adolescente en el proceso judicial

The guarantees for the participation of children and adolescents in
the judicial process

TERESA CÁRDENAS PUENTE

Corte Superior de Justicia de Junín
(Lima, Perú)

Contacto: tcardenas@pj.gob.pe
<https://orcid.org/0000-0002-8533-950X>

RESUMEN

Entre los valores fundamentales del sistema de protección a la infancia se ubica, aparte del derecho a la no discriminación, a la vida y el interés superior, el derecho a la participación del niño, la niña y el adolescente en el proceso judicial; sin embargo, este no se ha operativizado de manera concreta ni adecuada para lograr su efectividad. En el presente artículo, examinaremos este derecho en el sistema jurídico y las diversas disposiciones normativas que lo regulan e identificaremos algunas cuestiones que ponen de relieve las garantías que deberían existir para que sea efectivo. A partir de ello, plantearemos medidas procesales para garantizar tal derecho de participación y la plena protección de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos

del Niño, procurando que la intervención sea lo menos perjudicial posible, en función de lo que exijan las circunstancias.

Palabras clave: garantías; participación; proceso judicial; niño; niña; adolescente.

ABSTRACT

Among the fundamental values of the child protection system, apart from the right to non-discrimination, the right to life and the best interests of the child is the right to child participation in the judicial process; however, this right has not been implemented concretely and adequately to guarantee its effectiveness. In this article, we will examine this right in the legal system and the various normative dispositions that regulate it and identify some issues that highlight the guarantees that should exist for it to be effective. Based on this, we will propose procedural measures to guarantee this right of participation and the full protection of the rights recognized in the Convention on the Rights of the Child, trying to ensure that the intervention is the least harmful as possible, depending on what the circumstances require.

Key words: guarantees; participation; judicial process; child; adolescent.

Recibido: 13/03/2021 Aceptado: 15/05/2021

1. ANTECEDENTES

El derecho a la opinión fue introducido formalmente en el sistema normativo interno mediante el Código de los Niños y Adolescentes aprobado por la Ley n.º 27337 del 7 de agosto de 2000. Sin embargo, su incorporación fue declarativa, puesto que dicha disposición no delimitó las condiciones, las garantías ni los parámetros para efectivizar de manera adecuada su actuación como manifestación del derecho de

participación de la niña, el niño y el adolescente en el proceso judicial. Consideramos que esta fue una de las causas por las que dicho derecho no estuvo garantizado plenamente en el Perú, pues

el Comité de los Derechos del Niño en sus observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Perú del 29 de enero de 2016 ha observado que la participación del niño no cumple con los estándares establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. 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 (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2016, p. 4).

2. ADOPCIÓN DE NORMAS QUE GARANTICEN EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DEL NIÑO, LA NIÑA Y EL ADOLESCENTE EN EL PROCESO JUDICIAL

En el Perú, el 17 de junio de 2016 se aprobó la Ley n.º 30466. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. En ella, además de establecerse los criterios para la aplicación del interés superior del niño, se contempla el derecho del niño a ser escuchado para garantizar su derecho. El reglamento de esta ley fue aprobado casi dos años después, el 1 de junio de 2018. Está compuesto por cinco títulos, cuatro capítulos, treinta y cuatro artículos, dos disposiciones complementarias y dos transitorias. En atención al tema que nos ocupa, esta norma contextualiza el derecho de la niña, el niño o el adolescente a ser informado y escuchado, a expresar su propia opinión y a que esta sea tomada en consideración con los efectos que la ley le otorga. Con esa intención, en el artículo 12.1 se señala que, para garantizar dicho derecho, se deben considerar los siguientes elementos: a ser informado(a), a la opinión y a ser escuchado(a).

Por su parte, en el 2010, el Poder Judicial se adhirió a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Así, se conformó la Comisión de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, la cual propuso el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente, aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a través de la Resolución Administrativa n.º 228-2016-CE-PJ, del 31 de agosto de 2016. Este instrumento contiene medidas procesales para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las niñas, los niños y los adolescentes involucrados en procesos judiciales e incluye reglas para los procesos judiciales de adolescentes en conflicto con la ley penal.

3. OBSTÁCULOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL

En los procesos existen algunas deficiencias que impiden garantizar el derecho del niño, la niña y el adolescente a ser oídos en el proceso judicial. A continuación, exponemos las causas:

- a) El proceso judicial no está diseñado para atender las condiciones y las necesidades que se exigen bajo el enfoque de infancia que refieren la ley especial y la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ello, resulta necesario adaptar ciertas exigencias y características al proceso. Por ejemplo, contar con un ambiente amigable y libre de presión, sobre todo si tenemos en cuenta que la audiencia es única en muchos de los procesos en los que debe tomarse la opinión de la niña, el niño o el adolescente.
- b) En el desarrollo de la actividad procesal, el niño, la niña y el adolescente son oídos, y los contenidos de sus declaraciones y opiniones son incorporados al proceso mediante un acta. Sin embargo, en muchas ocasiones, esta se recibe sin cumplir las condiciones para que

los menores expresen sus opiniones «libremente» en un ambiente privado, agradable y seguro. Durante los interrogatorios en la sala de audiencias, no intervienen profesionales ni técnicos capacitados en psicología infantil. Además, no se informa a los menores respecto del procedimiento, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse, ni sobre las circunstancias en las que se solicita su opinión y los servicios que pueden usar. Menos aún se les menciona que brindar su opinión constituye un derecho y no una obligación (Poder Ejecutivo, 2018, art. 12.1).

- c) Si bien se escucha al niño, la niña o el adolescente y se plasman los contenidos de sus opiniones en el acta inserta al proceso, estas no son valoradas por el juez al momento de la decisión. Conviene anotar que la «valoración» es el razonamiento lógico por el cual «el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones» (Comité de los Derechos del Niño, 2009, párr. 45). A estas últimas se les debe otorgar importancia en función de la edad y la madurez del menor, tal como lo exigen el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el primer párrafo del artículo 9.1 del Reglamento de la Ley n.º 30466. Cabe recalcar que esta es una situación distinta a la mera descripción del contenido de la opinión en la resolución. Es decir, se debe citar al niño, la niña o el adolescente para explicarle detalladamente cómo se tomó en cuenta su opinión.
- d) Respecto del ámbito de aplicación de las garantías procesales para la efectividad de este derecho, nos cuestionamos si la obligación de garantizar la participación termina con la recepción de la opinión o la declaración del menor. Esta interrogante surge del supuesto en que el niño, la niña o el adolescente a quien se deba entrevistar o interrogar pregunte «¿qué sigue después de la opinión?». Dudamos mucho de que la respuesta correcta sea que se tomará en cuenta en

la decisión, dado que para garantizar correcta y efectivamente su derecho de participación en el proceso judicial, debe asegurarse la plena protección del menor, tal como lo estableció el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General n.º 12: «Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño» (2009, párr. 21). En la práctica, este aspecto es desatendido: en múltiples casos, luego de que el menor expresa su opinión, se advierten conductas atípicas o lesivas de los cuidadores. A partir de ello, inferimos que existe riesgo o vulneración respecto del goce de los derechos fundamentales del menor, por ejemplo, en su entorno familiar. En otras palabras, el niño, la niña o el adolescente se expone a una situación compleja o arriesgada después de que los cuidadores hayan conocido su opinión y estén disconformes con ella. Probablemente, estos realizarán reclamos y reproches, afectando los derechos del menor, quien, según el enfoque generacional, se encuentra en una relación asimétrica de responsabilidad, confianza y poder con sus cuidadores. Desde esta perspectiva, cuando los intereses del niño entran en conflicto con los del adulto que ejerce su cuidado, no se adoptan las medidas de protección necesarias. Por ello, exhortamos a que la toma de opinión o la declaración del menor en un proceso judicial esté plenamente garantizada.

- e) Se piensa erróneamente que las garantías procesales de la participación del niño, la niña y el adolescente deben cumplirse en los procesos bajo la jurisdicción del derecho de familia, debido a que la mayor parte de los procesos en los que se encuentran inmersos son de esta especialidad. Sin embargo, su aplicación también corresponde a otros ámbitos (penal, civil, etc.), debiéndose tener en cuenta que tanto el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño como la Ley n.º 30466 y su Reglamento disponen su aplicación en general.

4. MEDIDAS QUE OPTIMIZAN LAS GARANTÍAS PROCESALES

A propósito de lo expuesto en el punto e) sobre las garantías procesales, resulta necesario señalar que el Poder Judicial, a propuesta de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, aprobó, mediante la Resolución Administrativa n.º 277-2019-CE-PJ del 3 de julio de 2019, el Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell, mecanismo utilizado por el Módulo Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Junín a fin de garantizar un ambiente privado y agradable para los menores, donde intervenga un psicólogo capacitado para recabar sus opiniones o declaraciones en los procesos judiciales cuyas decisiones los afecten o en los que participen.

Finalmente, entre las garantías procesales que se deben adoptar para que el niño, la niña o el adolescente inmerso en procesos judiciales ejerza el derecho a ser escuchado, enfatizamos la confidencialidad de su opinión, ya que esta garantiza el derecho del menor a opinar de manera libre y asegura su plena protección, sobre todo si recordamos que aquel es el ejercicio de un derecho, mas no de una obligación. Por ende, no se trata de un medio probatorio por el que se deba poner en conocimiento a las partes para garantizar el principio contradictorio. Esta medida prioriza el interés superior del niño, sustentado en el principio de precaución, el cual exige que

las autoridades y responsables de las entidades privadas se orientan a garantizar el bienestar y desarrollo integral de la niña, niño o adolescente cuando se sospecha que determinadas medidas y decisiones a tomar, pueden crear un riesgo en ellas, y ellos, aun cuando no cuentan con una prueba definitiva de tal riesgo (Poder Ejecutivo, 2018, art. 3, inc. k).

Así, resulta necesario que en todo proceso judicial se garantice el bienestar del niño, la niña y el adolescente frente a posibles daños y

otras consecuencias de la decisión en la seguridad de estos. En esa línea, siguiendo la Observación n.º 12 del Comité de los Derechos del Niño (párr. 13), el Reglamento de la Ley n.º 30364 señala lo siguiente:

Cuando la opinión de la niña, niño o adolescente entra en conflicto con la de su representante, la entidad competente asegura el derecho a expresar libremente la opinión de la niña, niño o adolescente y salvaguardar sus derechos a través de los procedimientos o medidas que estén bajo su competencia.

La opinión se recibe en una audiencia o entrevista privada, con presencia de alguna otra autoridad o un/a defensor/a de el/la niña, niño o adolescente, evitando la aplicación de interrogatorios o fórmulas que revictimicen y perjudiquen la libre manifestación de voluntad de la niña, niño o adolescente; guardando confidencialidad de lo expresado (Poder Ejecutivo, 2018, art. 12.1, inc. b, párrs. 2-3).

5. CONCLUSIONES

El derecho de participación del niño en los procesos judiciales debe ser efectivo mediante mecanismos o salvaguardas procesales útiles que le permitan expresar libremente su opinión en los tribunales y garanticen la plena protección de sus derechos. Esto implica un cambio de paradigma: ver al niño no como un sujeto pasivo sino como un sujeto activo, según su grado de madurez.

Por otro lado, la inadecuada conceptualización de la opinión del niño impide que en el proceso judicial se asuman las garantías efectivas para el respeto del derecho de participación que le asiste, según la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ello, resulta necesario replantear el concepto de «opinión del niño», a fin de que los operadores jurídicos lo comprendan como un derecho del menor y no como la actuación de un medio probatorio por el cual deba ser publicado a las partes para ser sometido a un principio contradictorio.

En definitiva, debe ser entendido como una manifestación del derecho de la niña, el niño y el adolescente a opinar en asuntos en los que se decidirán temas relacionados con sus derechos o proyectos de vida.

Por último, resulta pertinente introducir como alternativa la posibilidad de la reserva de la opinión, especialmente en casos en los que pueda surgir algún conflicto de intereses entre los menores y sus padres o cuidadores, de modo que se evite cualquier riesgo de violencia o maltrato.

REFERENCIAS

Comité de los Derechos del Niño (2009). Observación General n.º 12. El derecho del niño a ser escuchado. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2016). Resolución Administrativa n.º 228-2016-CE-PJ. Lima: 31 de agosto de 2016. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/56df4880461ffb15a4c5fe04d51e568e/Contenido+Protocolo+Participaci%C3%B3n+Judicial+NNyA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=56df4880461ffb15a4c5fe04d51e568e>

Poder Ejecutivo (2018, 1 de junio). Decreto Supremo n.º 002-2018-MIMP. Reglamento de la Ley n.º 30466. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. *Diario Oficial El Peruano*, 25-36. <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/DS02-2018-MIMP.pdf>