



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. 3, n.º 3, julio-diciembre, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú
ISSN: 2709-6491 (En línea)
DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v3i3.6>

Las Reglas de Brasilia y los derechos del niño o del adolescente en el ámbito procesal

The Brasilia Rules and the rights of the child or adolescent in the
procedural sphere

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA

Universidad Privada San Juan Bautista
(Lima, Perú)

Contacto: manuel.bermudez@upsjb.edu.pe
<http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

RESUMEN

Las Reglas de Brasilia han mejorado los parámetros judiciales y procesales en los últimos años al regular mecanismos de acción judicial a favor de las personas en situación de vulnerabilidad, a quienes se brinda una mejor atención en la protección de sus derechos, por cuanto sus condiciones particulares y especiales son evaluadas bajo una perspectiva que mejora la regla establecida por la ley.

Elementos de evaluación especiales como la perspectiva de género, la atención de necesidades de personas con alguna discapacidad, la atención de derechos e intereses de niños y adolescentes, la tutela de migrantes en situación de desprotección, así como la perspectiva multicultural y bilingüe, son las premisas con las cuales los sistemas

judiciales en América Latina procuran afrontar eficientemente las exigencias que se desarrollan en sus jurisdicciones.

Como patrón de referencia general, los propósitos de las Reglas de Brasilia parecen mejorar el sistema de impartición de justicia. Sin embargo, un análisis más detallado sobre el contexto judicial y la participación procesal, y la evaluación de los conflictos familiares judicializados donde participan niños y adolescentes, permite detallar algunas condiciones que requieren una atención más especial, en particular porque las reglas procesales civiles no toman en cuenta el contexto humano y las circunstancias en las cuales los menores se encuentran en medio de un proceso judicial donde sus progenitores son los principales actores.

Palabras clave: debido proceso; debida diligencia; derechos procesales de niños y adolescentes; derecho procesal de familia; Reglas de Brasilia.

ABSTRACT

In recent years, the Brasilia Rules have enhanced the judicial and procedural parameters because they have regulated mechanisms for legal action in favor of persons in vulnerable situations. Consequently, they receive better attention in the protection of their rights. In effect, the Brasilia Rules improve the particular and special conditions of these persons.

Special evaluation elements include: gender perspective, assistance to persons with disabilities, protection of the rights and interests of children and adolescents, guardianship of unprotected migrants, as well as a multicultural and bilingual perspective. These elements are the premises with which judicial systems in Latin America seek to efficiently address the demands that develop in their jurisdictions.

As a general standard of reference, the purposes of the Brasilia Rules appear to improve the justice administration system. However, a more detailed analysis of the judicial context and procedural participation, and the evaluation of judicialized family conflicts involving children and adolescents, allows us to detail some conditions that require more special attention. In particular, civil procedural rules should take into account the human context and the circumstances in which children find themselves in the middle of a judicial process where their parents are the main actors.

Key words: due process; due diligence; procedural rights of children and adolescents; family procedural law; Brasilia Rules.

Recibido: 03/09/2021 Aceptado: 12/10/2021

1. INTRODUCCIÓN

La evaluación de casos vinculados a conflictos familiares, especialmente cuando participan niños y adolescentes, resulta compleja porque la legislación sustantiva y procesal no detalla elementos referenciales para analizar la participación de esos «sujetos de derechos» en el trámite de un proceso (Bermúdez, 2019b, p. 11).

Esta condición permite analizar y proyectar el modo de vincular el resultado de un proceso judicial respecto del propio desarrollo humano y sociofamiliar del menor, en particular sobre sus progenitores, quienes son los «sujetos procesales» que participan de modo activo y directo durante todo el proceso. Asimismo, es una exigencia que supera la determinación de la especialidad en la cual se analiza un expediente judicial y que puede no tener correlación con el contexto sociofamiliar, por cuanto la «respuesta legal» no siempre atenderá el problema humano en ciernes.

De acuerdo con esta descripción, el conflicto judicializado expone a los niños y a los adolescentes a una situación negativa porque, pese a ser «sujetos con derechos» conforme con la legislación nacional y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, no pueden participar de modo directo en el proceso por no ser «parte procesal», condición que permite evaluar el acceso a la justicia de los hijos de una pareja en un conflicto familiar al acreditarse una situación de vulnerabilidad en dos niveles, dado que son invisibilizados por sus propios progenitores y por el mismo Estado (Bermúdez, 2017b, p. 79).

Los progenitores no logran evaluar objetivamente sus acciones personales y procesales y asumen una condición excluyente de su realidad familiar, perjudicando de modo directo a sus propios hijos. Estos pueden verse afectados con actos que van desde la omisión de la asistencia familiar hasta actos de violencia psicológica, como puede ser la «alienación parental» (Bermúdez, 2007b, p. 7).

Complementariamente, los magistrados son conscientes de que deben aplicar la normatividad para cuando un niño o un adolescente participe en el trámite de un proceso, sea de alimentos, tenencia, régimen de visitas, filiación, etc., pero asumen una condición negativa en cuanto a la efectividad de sus decisiones porque el proceso judicial impone una condición «privada» en la cual el Estado solo podría participar si las mismas partes procesales comunican alguna situación negativa o particular.

Ante esta situación, se presenta un documento de trabajo vinculado a una metodología hermenéutica de tipo cualitativo, basado en un enfoque sistemático e interdisciplinario que permite identificar como objetivo de investigación el panorama procesal que incide en la evaluación de derechos y condiciones de los hijos con progenitores involucrados en un conflicto judicial.

La hipótesis propuesta se vincula al análisis de las Reglas de Brasilia, el cual permite sostener la necesidad que tienen los jueces por superar la evaluación normativa aplicable a cada caso. De esta manera, se podrá garantizar un acceso a la justicia de forma directa y objetiva para los hijos de las partes procesales, sobre quienes, además, se evalúan sus derechos y condiciones de vida familiar, y su alcance económico, porque finalmente son quienes asumirán las consecuencias del conflicto familiar.

2. LOS LÍMITES PROCESALES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES

Por la interpretación sistemática de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, y la interpretación del artículo 9 del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes sobre el resto de la legislación constitucional, civil, familiar y penal, es posible determinar que los niños y los adolescentes son sujetos de derechos en todo aquello que les pueda favorecer y vincular.

Sin embargo, este patrón normativo requiere ser evaluado en una dimensión práctica, especialmente cuando se analiza el contexto judicial que evalúa un conflicto familiar judicializado, considerando, además, el propio contenido programático del proceso, el cual es detallado en el Código Procesal Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, porque, según el Código Civil de 1984, todo menor de edad es «incapaz relativo», salvo que sea declarado «emancipado» o adquiera legalmente la mayoría de edad por matrimonio o por acreditar tener un título profesional.

Consecuentemente, surgen algunas condiciones procesales que no suelen ser abordadas por la realidad judicial y la dogmática especializada en el ámbito familiar (Bermúdez, 2012, p. 69), como las siguientes:

1. El niño o adolescente involucrado en el conflicto de sus progenitores no es parte procesal. En los procesos de filiación, patria potestad, alimentos, tenencia o régimen de visitas, la participación procesal de los niños y los adolescentes es sumamente limitada, tanto por las reglas procesales como por los propios progenitores.

La evaluación de los órganos judiciales tampoco colabora en este ámbito, puesto que la acción judicial se ejecuta recién cuando se supera la etapa de la audiencia (de forma general), y en las situaciones excepcionales de violencia familiar, cuando se invoca la evaluación pericial.

En consecuencia, se genera un panorama que permite detallar la inviabilidad directa, proporcional y efectiva de los derechos de los niños y los adolescentes en el trámite del proceso, pese al contenido material de la Ley n.º 30466, ley que desarrolla el «interés superior del niño» (Bermúdez, 2007a, p. 163).

2. El niño o adolescente involucrado en el conflicto de sus progenitores no actúa de forma autónoma, por más que se pretenda valorar su declaración en el ámbito de un trámite judicial. Existen pocos estudios que analizan el comportamiento personal de un niño sometido a una «alienación parental» durante el trámite de un proceso judicial, en particular porque existen pocas referencias judiciales al respecto. Tampoco existen estudios que evalúen el alcance de la «padrectomía» de un niño, dado que esta «consecuencia» solo podrá ser evaluada en los años posteriores al trámite judicial (Bermúdez, 2009, p. 255).

Igualmente, existen pocos estudios que analizan el impacto de las conductas procesales de los progenitores en los hijos, especialmente cuando estos presentan psicopatologías que inciden en el desarrollo psicológico y familiar de los hijos (Nakash-Eisikovits, Dutra y Westen, 2002, p. 1111).

Por ejemplo, en los ámbitos de la psicología clínica y los estudios jurídicos no se registran textos o investigaciones sobre el efecto *Doppelgänger*, la hibristofilia (South, 2021) o el impacto del síndrome del padre ausente, pese a que los progenitores involucrados en un expediente judicial presentan síntomas que exteriorizan estas referencias psicológicas (Bermúdez, 2018b, p. 261).

3. De forma complementaria, al estar inmerso en un conflicto familiar, el niño o adolescente también debe formar parte del contexto judicial, en el cual se ve forzado a tomar una posición porque no se toma en cuenta su propio contexto psicológico y familiar respecto de sus dos progenitores. Los estudios psicológicos, sociológicos y de la asistencia social, que evalúan el impacto del conflicto familiar en los demás parientes, permiten detallar que su alcance supera el contenido material procesal y judicial que determina un expediente judicial. Por ello, se puede sostener que su incidencia en el desarrollo de un menor de edad, que no ha generado el conflicto entre sus progenitores, estará en proporción al nivel de violencia que desarrollen las partes procesales, y que el sistema judicial no percibe esta situación de forma específica.

Esta situación implica que el proceso judicial detalle una serie de condiciones limitativas a los niños y a los adolescentes en el ámbito judicial y procesal. Situación que nos permite equiparar esta actuación judicial y procesal con la que asume una persona adulta en una situación y un contexto judicial y procesal penal, al ser sometida a una imputación o una acusación fiscal de haber cometido un ilícito penal.

La evaluación comparativa nos permitirá demostrar que la premisa de que el niño o adolescente es un sujeto de derechos, conforme con la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes, resulta equivocada. Asimismo, se requiere atender elementos de naturaleza constitucional para garantizar la eficacia

de la condición normativa, tanto porque existe una condición de vinculatoriedad por su vigencia como porque constituye una obligación internacional del Estado peruano.

De este modo, es posible determinar que la situación de vulnerabilidad de un niño o adolescente, involucrado en un conflicto familiar entre sus progenitores, puede provocar la necesidad de configurar su accesibilidad a la justicia, puesto que el nivel de vulnerabilidad está acreditado.

3. LA JUSTICIA COMO VALOR SOCIAL Y PRINCIPIO JURÍDICO EN UN CONTEXTO JUDICIAL

La justicia constituye un valor de extraordinaria referencia en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, esencialmente porque permite la legitimidad de un Estado ante una población en un determinado territorio. Al ser un valor tan trascendental, su búsqueda y materialización permiten legitimar a las instituciones de la administración pública que proveen dicho servicio, lo cual también es, en esencia, una función que representa al Estado.

Estas instituciones permiten identificar la importancia de la justicia en una sociedad democrática, donde la gobernabilidad detalla un equilibrio entre el Estado y su valoración por parte de la población. En caso se registre una situación de inestabilidad o de ineficiencia en la prestación de los servicios de impartición y administración de justicia, el riesgo asumido resulta perjudicial para su propia sostenibilidad (Dakolias, 1999).

Bajo esta premisa, la legitimidad del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Ministerio de Justicia y el Ministerio del Interior, entidades vinculadas al ámbito de la impartición y la administración de justicia en el país, resulta cuestionada,

especialmente porque no logran satisfacer las elevadas exigencias y pretensiones de la población, sobre todo para acceder a una tutela de sus derechos en el ámbito judicial (Tamer, 2013, p. 3).

De este modo, en una evaluación comparativa, el Tribunal Constitucional resulta tener mayor legitimidad social que el Poder Judicial en la impartición de justicia; no obstante, en términos constitucionales, el artículo 138 de la Constitución Política de 1993 otorga un mejor marco de legalidad al Poder Judicial frente al órgano jurisdiccional constitucional, en especial porque se menciona que la potestad de administrar justicia proviene del «pueblo» (población).

Sin embargo, si bien la mayoría de las instituciones estatales resultan criticadas por la comunidad nacional, se aprecia que la ausencia o la limitación en el acceso a una «justicia» resulta un elemento sumamente complejo en el contexto político nacional. De ahí la vinculación directa con el patrón referencial de lo democrático que se asigna a nuestro régimen constitucional (Carrión y Zárate, 2007, p. 209).

Por ello, la tutela de los derechos fundamentales de la persona resulta sumamente priorizada, sobre todo en el terreno jurisdiccional, tanto en el ámbito ordinario del Poder Judicial como en el constitucional del Tribunal Constitucional. No obstante, la interpretación de estos derechos resulta ser difusa, y estos pueden ser evaluados bajo criterios disímiles en los diferentes ámbitos judiciales en los cuales se desarrolla un proceso judicial.

Así, surge una situación muy particular donde elementos filosóficos, políticos y prácticos se contraponen en un expediente judicial, por cuanto en dicho medio puede apreciarse la contradicción entre el «deber ser» y el «ser», donde el derecho, como institución, resulta ser cuestionado por la realidad nacional.

Esta situación es muy crítica si se toma en cuenta que la ley en esencia tiene una legitimidad y una legalidad que no han sido cuestionadas en el ámbito político y dogmático. Por ello, se asume que la norma jurídica resulta vinculante respecto de las acciones que ejecuta un juez en la evaluación de un caso expuesto en un expediente judicial (Ferrajoli, 2001, p. 18). Este es un error que cometen los jueces, principalmente en el ámbito jurisdiccional nacional, en la especialidad de familia, dado que las sentencias no siempre solucionan el conflicto humano en ciernes, así el magistrado quiera asumir un rol hercúleo (Rawls, 1997, p. 17). Y esto porque estos conflictos son muy diferentes a los «conflictos» puros que suelen detallarse en el ámbito comercial o civil, donde solo se debaten derechos e intereses.

La elevada valoración subjetiva y los condicionamientos personales de las partes procesales constituyen elementos que no suelen ser observados por los magistrados en el ámbito de la evaluación de los conflictos familiares y, por consiguiente, en la práctica sobreviene la disfuncionalidad de la sentencia.

A ello se debe agregar dos elementos importantes en el ámbito de la evaluación de los conflictos de naturaleza familiar judicializados:

1. El factor temporal, por cuanto el conflicto familiar no siempre tiene la misma intensidad y condición. Las partes procesales pueden procrastinar, ejecutar un conflicto directo e inmediato a la generación del hecho que provocó la confrontación, o eventualmente asumir condiciones negativas ante la atención del conflicto, desistiendo o abandonando el proceso. En este punto, hacemos especial mención a las partes procesales porque en esencia son los principales actores que generan y participan en el conflicto familiar.

Téngase en cuenta que, en estos ámbitos, las partes procesales también pueden finalizar el conflicto judicial, inclusive el conflicto familiar, con una reconciliación o la toma de una posición mucho

más pacífica respecto de sus intereses. Por esta razón, el conflicto familiar involucra un contexto subjetivo y su evaluación debe implicar la atención de un problema humano.

2. El factor humano, dado que no todo hecho que incida negativamente en los derechos y los intereses de la otra parte puede provocar la ejecución de un proceso judicial. Así, situaciones de extrema violencia pueden dar paso a una etapa de distanciamiento entre las partes en conflicto, y en el tiempo pueden asumir una situación especial de reconciliación, situación válida y aceptada por el Código Civil.

Otro aspecto poco analizado en la doctrina nacional está relacionado con los niveles de negligencia en la tutela de los derechos de los hijos dependientes, por parte del progenitor que posee la tenencia o la tenencia ficta. En este sentido, la escasa ejecución de exigencia del cumplimiento de alimentos o de la atención de cuidados parentales puede incidir en la propia calidad de vida de los hijos, quienes no asumen que, en esencia, quien hizo más daño a su propia realidad fue el progenitor más próximo y no quien hizo la «omisión».

Asimismo, los niveles de responsabilidad parental en este ámbito no han sido estudiados, lo que permite sostener que la evaluación de la vulnerabilidad de los niños en el ámbito judicial es un tema poco evaluado por la doctrina especializada, y afirmar que los niños y los adolescentes en el proceso judicial son invisibilizados.

4. EL CAMBIO DEL CONTEXTO SOCIOFAMILIAR POR EL DESARROLLO DEL HIJO

En todo proceso judicial donde participan niños o adolescentes no se toma en cuenta un factor extrajudicial, el cual responde a un patrón de referencia natural o biológico. Esto corresponde a que los niños y los adolescentes:

1. Crecen y generan nuevas condiciones respecto de la relación individual que establecen con cada progenitor. De este modo, los niños y los adolescentes al inicio del conflicto familiar, aun en casos donde se registra un conflicto familiar judicializado (en un expediente judicial), se convierten en sujetos no procesales que inciden en la calidad e intensidad de un conflicto familiar sin tener vinculación con un proceso judicial.

La mayoría de edad, la generación de nuevos contextos personales e inclusive familiares de los hijos, por ejemplo, cuando estos tienen sus propios hijos, cambian el panorama de las relaciones entre los progenitores, lo que constituye una condición ajena al trámite judicial (Bermúdez, 2017a, p. 109).

Esta referencia incide de modo directo en la evaluación de la vulnerabilidad de los hijos de los progenitores con procesos judiciales en trámite, porque mientras son niños el nivel de afectación puede ser muy significativo y la incidencia negativa puede permitir la evaluación de un posible delito por parte de alguno de sus progenitores. Sin embargo, cuando el adolescente ya se encuentra próximo a cumplir la mayoría de edad, el comportamiento de los progenitores respecto de sus intereses sobre este hijo varía y, por lo general, el nivel del conflicto se reduce porque el hijo asume una condición autónoma con relación a sus propios progenitores.

2. El hecho de que las partes procesales también desarrollan nuevos contextos personales, familiares, sociales, económicos, laborales y profesionales (Glasser y Glasser, 1962, p. 46). El paso del tiempo permite a las partes procesales asumir nuevas condiciones para sí mismos, como también frente a terceras personas, incluyendo su relación con la contraparte procesal. En este sentido, es posible que en el tiempo las partes puedan iniciar o establecer una nueva relación familiar (familia ensamblada), tener nuevos hijos o, eventualmente,

desarrollar una situación o condición especial (minusvalía o desarrollo profesional). Con ello, el nuevo contexto familiar puede provocar un nuevo abanico de situaciones conflictivas (Dunn, O'Connor y Cheng, 2005, p. 223).

Ambos factores inciden radicalmente en la legitimidad, la legalidad y la sostenibilidad de la sentencia judicial y permiten a las partes procesales:

1. Modificar de forma unilateral sus obligaciones y derechos respecto de la relación individual de cada progenitor frente a los hijos.
2. No ejecutar ninguna acción judicial o procesal de reclamación por acto de incumplimiento, por parte de la contraparte procesal. Esto suele ser asumido como síndrome de burnout (Llaneza, 2007, p. 532), por cuanto se evidencia un desgano en la ejecución de actos en el ámbito judicial ante el incumplimiento de las obligaciones por parte de la otra parte procesal.

5. LA ACTUACIÓN INDIVIDUAL DE UN NIÑO O UN ADOLESCENTE EN EL ÁMBITO PROCESAL Y JUDICIAL RESPECTO DE LA MISMA CONDICIÓN POR PARTE DE UN IMPUTADO EN EL ÁMBITO PROCESAL PENAL

Tomando como válido el hecho de que todo sujeto de derechos cuenta con determinados derechos fundamentales, como acceder a una defensa legal (oportuna y eficiente), participar en un proceso judicial bajo las reglas del debido proceso, acudir a un órgano jurisdiccional para requerir una tutela judicial efectiva o participar en un proceso judicial en un plazo razonable, por citar solo algunos, debemos mencionar que estos elementos no siempre son efectivos en el ámbito judicial.

Este defecto no cuestiona la legitimidad y la institucionalidad de los órganos jurisdiccionales de forma absoluta, pero sí genera una situación negativa en los ciudadanos que deben asumir una participación en un proceso judicial. Entonces, sobre esta referencia podemos detallar dos situaciones comparativas muy específicas en el ámbito jurisdiccional familiar y penal, donde es posible ubicar a un niño o a un adolescente y a un imputado:

Tabla 1

Evaluación comparativa	Niño o adolescente	Imputado en el ámbito penal
Condición procesal	No es parte procesal.	Es parte procesal.
Asignación de abogado de oficio	Salvo en los casos donde se evalúa la responsabilidad penal de un adolescente infractor, los niños y adolescentes, en el ámbito judicial, no cuentan con una asistencia letrada de forma autónoma frente a la que desarrollan sus progenitores.	Es una garantía y un derecho del imputado contar con una asistencia letrada en su defensa, y esta debe ser oportuna y eficiente.
Evaluación de sus derechos en el ámbito del inicio del proceso judicial	Debe ejecutarse al menos la admisión de una demanda o la validez de una denuncia penal para iniciar la tutela de sus derechos.	Es automática e inmediata a la actuación estatal.
Evaluación de las pericias en los procesos donde participa	Dependerá del trámite procesal ejecutado por sus progenitores para evaluar el tiempo y el modo en el cual se le ejecuten las pericias que determine el órgano judicial.	Se ejecuta de forma inmediata a la intervención de los órganos jurisdiccionales.
Acceso a remedios procesales para la tutela de sus derechos	En función de la acción procesal de un progenitor o representante procesal.	Es de forma automática.
Acceso a información referencial del trámite y desarrollo del proceso	En función de la edad del niño o del adolescente, y la información proporcionada es limitada.	Es obligatoria y genera una condición favorable al imputado si no conoce la imputación.

Fuente: Elaboración propia.

Consecuentemente, es posible detallar, sobre el alcance de la tabla comparativa, que un niño o un adolescente tiene «menos» derechos que un imputado en el ámbito judicial y procesal penal. Esto se desprende de la propia evaluación normativa aplicable en la evaluación comparada.

Por tanto, corresponde enfatizar que al tratarse de un sujeto «de derechos», esta conclusión preliminar no podría ser válida en un Estado de derecho democrático y social porque en esencia en el Código de los Niños y Adolescentes se regula el «interés superior del niño», en tanto existe una obligación internacional asumida por el Estado peruano según lo detallado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sin embargo, la realidad permite detallar otro punto de vista y evidencia la necesidad de modificar el patrón de evaluación jurisdiccional que se desarrolla en el ámbito de la especialidad del derecho familiar.

6. LA ASISTENCIA LETRADA A TODO SUJETO DE DERECHOS

Conforme con los puntos preliminares, es posible enfatizar la importancia y la vigencia de la garantía de que todo sujeto de derechos tiene derecho a una asistencia legal oportuna y eficiente porque en esencia esta condición se vincula con:

1. La obligatoriedad de atender al niño o al adolescente que participa en un proceso judicial, especialmente cuando se registra un conflicto entre sus progenitores, de acuerdo con los alcances del metaprincipio del «interés superior del niño» (Bermúdez, 2019b, p. 53).
2. El derecho de acceder a una tutela judicial efectiva en un nivel de oportunidad inmediato a la condición que impone la participación o el involucramiento de un niño o un adolescente en un proceso judicial en el cual participan sus progenitores.
3. La imparcialidad que debe desarrollar el órgano jurisdiccional, en particular cuando observa que los progenitores suelen asumir una correcta defensa de los intereses y los derechos de sus hijos, que en esencia provoca un conflicto de intereses con su propia participación procesal en el trámite de un proceso judicial.

4. La importancia de flexibilizar el ámbito judicial para generar una condición de sensibilidad social a favor de un niño o un adolescente involucrado en un trámite judicial por registrarse un conflicto entre sus progenitores.

En este sentido, se debe tener en cuenta que el trámite de los medios probatorios de oficio y las actuaciones procesales se suelen ejecutar en un tiempo posterior a la denuncia o el planteamiento de una demanda, y esto constituye una limitación objetiva en la defensa de los derechos del niño o el adolescente por parte de los magistrados (jueces y fiscales).

Lo mencionado podría permitir que el juez tenga en cuenta que su sentencia deberá ser «interpretada» en un contexto de temporalidad y de generación de nuevas condiciones entre las partes procesales, razón por la cual es posible detallar que, en el ámbito judicial penal, a todo condenado o procesado, en casos especiales, se le puede imponer la ejecución de algunas acciones que informen al juzgado sobre su condición. Esta referencia no se da en el ámbito judicial, familiar o civil, especialmente porque el niño o el adolescente no es sujeto procesal.

Bajo estas condiciones es viable plantear la contradicción entre la regulación detallada en la normatividad y el ejercicio de tales derechos (Martínez-Pujalte, 1997).

7. EL DIVORCIO ENTRE LA REALIDAD Y EL ÁMBITO JUDICIAL EN DONDE PARTICIPA UN NIÑO O UN ADOLESCENTE

De lo expuesto en los puntos preliminares, es posible detallar que la mayor parte del «problema» en evaluación debe ser atribuido al legislador y no al juez. Es el primero quien ha estado actuando en total desconocimiento de cómo se están dando las condiciones y situaciones que se registran en el ámbito judicial, en particular en el ámbito evaluativo de conflictos familiares.

Las principales razones de esta actuación negativa parten de los siguientes hechos complementarios:

1. Un total desconocimiento de la realidad judicial y procesal, especialmente por la ausencia de una preparación profesional que lo vincule con la realidad nacional.
2. Una actuación negligente en la evaluación del ámbito normativo aplicable a la tutela de derechos de las personas que forman parte de grupos vulnerables o en situación de vulnerabilidad.
3. Un desconocimiento de los parámetros legales, procesales, judiciales e institucionales en los cuales intervienen las partes procesales y los miembros de una familia en crisis en el ámbito judicial.
4. Una desidia respecto de la reforma del Código Civil de 1984, en particular porque en las últimas legislaturas en el Congreso de la República han participado congresistas que forman parte de organizaciones de carácter religioso que se han opuesto a toda reforma y actualización de la legislación familiar, sin tomar en cuenta el contexto de la realidad social.

Sin embargo, estos elementos no validan ni justifican la actuación del juez en el ámbito de la evaluación de los derechos fundamentales de un niño o un adolescente que participa en un proceso judicial promovido por sus progenitores.

Por ello, es posible identificar algunos defectos en la práctica judicial de los magistrados nacionales:

1. La ponderación sobrevalorada de la legislación frente a un contexto que requiere la aplicabilidad de principios jurídicos o la tutela de derechos en función de una interpretación progresiva de los derechos humanos, sobre la base de la validación de un derecho natural o en función de la aplicabilidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Bermúdez, 2018a, p. 27).

El excesivo formalismo, detallado por el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes de 1984 y 2000, respectivamente, resulta disfuncional en el contexto contemporáneo. Basta con detallar que aún se registra la vigencia de instituciones jurídicas que resultan inconstitucionales («hijo alimentista») o disfuncionales («causales de divorcio»).

2. La evaluación conjunta del derecho de defensa, de participar en un proceso bajo las reglas del debido proceso o de requerir una tutela judicial efectiva no son vinculantes cuando se evalúa la participación de un niño o un adolescente, permitiéndose que las partes procesales puedan ejecutar actos que provoquen una acción negativa en los derechos de sus propios hijos.
3. No se ha tomado en cuenta la constitucionalización del derecho de familia desarrollado en el ámbito judicial, especialmente porque no se ejecutan acciones de garantía a los derechos fundamentales de los niños y los adolescentes que participan en un proceso judicial, puesto que estos no son parte procesal (Bermúdez, 2011).

8. ¿LOS NIÑOS O LOS ADOLESCENTES ESTÁN LIMITADOS POR SUS PROPIOS PROGENITORES?

El contexto comparativo previo resulta referencial para la evaluación y la atención de derechos fundamentales, pero también es válido para analizar el alcance que implica el hecho de que un niño o un adolescente esté inmerso en un conflicto familiar.

La propia normatividad aplicable a la evaluación de procesos judiciales en los que participa un niño o un adolescente, en la especialidad de familia, civil o penal, permite detallar la obligatoriedad de los magistrados a valorar elementos objetivos, ello provoca como resultado que no presten atención a situaciones especiales, en particular porque no es posible registrar:

1. Una intermediación judicial efectiva. Véase en este contexto el factor temporal en el cual los magistrados conocen o interactúan con las partes procesales.
2. Una evaluación imparcial de los hechos. Téngase en cuenta que el contexto formal y procesal permite detallar solo un ámbito específico del conflicto familiar y, por lo general, los hechos no detallados en el expediente judicial resultan ser más referenciales que lo expuesto en los fundamentos de hecho.

Por ello, resulta cuestionable que los jueces no puedan evaluar el contexto procesal que se detalla en el ámbito judicial cuando las partes tienen varios procesos en trámite. Este hecho permite detallar el efecto *Doppelgänger* que suelen generar las partes procesales toda vez que denuncian hechos o plantean demandas civiles o de naturaleza familiar en mérito de acciones maliciosas o temerarias, cuando en esencia pudieron provocarlas o han tenido vital participación en el desarrollo del conflicto con la contraparte.

Desde nuestra perspectiva, los niños y los adolescentes que se encuentran en medio de un conflicto entre sus progenitores desarrollan una condición psicológica y legal inferior a la de un detenido o un imputado en el ámbito procesal penal porque estas últimas personas cuentan con la garantía de ejecutar de modo autónomo y directo la defensa de sus derechos. En cambio, los niños y los adolescentes no pueden actuar de forma autónoma, independiente, discrecional o en libertad cuando son involucrados en un proceso judicial donde sus progenitores (o uno de ellos) es parte procesal.

Consecuentemente, la evaluación de la libertad de estos niños o adolescentes resulta invisible en el trámite judicial y ante ello surgen casos que se agudizan en el tiempo, como sucede cuando hay una situación de obstrucción de vínculo, que genera de forma complementaria actos

de alienación contra el progenitor sin tenencia (preferentemente), que pueden provocar casos de padrectomía (Bermúdez, 2012).

La misma situación se desprende en el ámbito de la evaluación de un proceso de alimentos, en el que la exigibilidad de estos suele depender de la valoración subjetiva de las partes en conflicto, lo que puede provocar la sustracción del hijo o la omisión de la prestación de alimentos.

La secuencialidad de estos procesos judiciales permite apreciar un elemento registrado en el ámbito del Poder Judicial y del Ministerio Público porque las partes procesales son registradas en las estadísticas; sin embargo, los jueces no toman en cuenta:

1. El contexto judicial y temporal de lo que se ejecuta o desarrolla en otro expediente judicial. La autonomía de cada proceso judicial implica una evaluación exegética de la realidad familiar en evaluación e incide en el incremento de la violencia entre las partes en conflicto.
2. Las pericias o los medios probatorios evaluados en el ámbito del desarrollo de otros procesos judiciales. En este sentido, es posible detallar que un proceso penal donde se evalúa un caso de feminicidio no necesariamente provocará un proceso de divorcio entre el feminicida y la víctima.
3. Las condiciones en las cuales concurre un niño o un adolescente en un proceso judicial. En particular cuando este participa de una declaración testimonial o una audiencia, puesto que no puede comprender el alcance de su propia declaración, que se hace ante extraños y en un ambiente hostil y ajeno a su realidad.

9. LAS CONTRADICCIONES PROCESALES EN EL ÁMBITO COMPARATIVO ENTRE UN IMPUTADO Y UN NIÑO O UN ADOLESCENTE QUE PARTICIPA EN UN PROCESO JUDICIAL

Ténganse en cuenta los siguientes elementos:

1. El niño o el adolescente no puede comprender a cabalidad el contexto legal, procesal y familiar detallado por el juez, el fiscal, el perito o sus progenitores. La información resulta ser un elemento poco valorado en el ámbito del trámite judicial de un expediente cuando participa un niño o un adolescente, sin importar la especialidad judicial.
2. El niño o el adolescente no tiene derecho a guardar silencio. Nótese este punto comparativo que resulta sumamente gráfico respecto del derecho que tiene un adulto y que no puede ser equiparado cuando se trata de un niño o un adolescente que participa en un proceso judicial.
3. El niño o el adolescente no puede invocar una defensa autónoma de sus derechos porque no comprende el alcance de esta garantía ni tiene los medios para ejecutarla (Cummings y Davies, 2011, p. 53). En casos donde los progenitores están inmersos en la evaluación de sus pretensiones en un contexto judicial, la exclusión de los derechos de sus hijos ante la defensa de sus intereses suele ser un factor referencial. Esto sucede cuando se argumentan pretensiones como:
 - 3.1. La suspensión de derechos vinculados al ámbito de la patria potestad o de visitas sin la referencialidad probatoria que justifique tal acción.
 - 3.2. El incumplimiento de las disposiciones judiciales por comportamiento discrecional de una parte procesal, a pesar de que no existe motivación objetiva para ello ni se registra la validación de dicha acción ante el ámbito judicial.

La participación de los abuelos o los tíos tampoco resulta válida porque estos pueden actuar de forma complementaria a la defensa de los intereses del familiar que es el progenitor del niño o del adolescente.

4. El derecho a un reconocimiento médico o psicológico. Cuando se registra un conflicto familiar judicializado, las pericias médicas, psicológicas o psiquiátricas suelen ejecutarse en el trámite del proceso judicial, mientras que una persona adulta imputada de cometer un delito es sometida a tal evaluación de forma inmediata a la acción represiva del Estado.

10. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES INVOLUCRADOS EN UN CONFLICTO FAMILIAR SEGÚN LAS REGLAS DE BRASILIA

De acuerdo con lo detallado, es posible evaluar el alcance de las Reglas de Brasilia en el trámite de un proceso judicial (Andreu-Guzmán y Courtis, 2008), bajo las siguientes condiciones y a favor de todo niño o adolescente involucrado en un contexto judicial provocado por sus progenitores:

1. Los niños y los adolescentes, de forma independiente al contexto sociofamiliar detallado en un proceso judicial, son personas en condición de vulnerabilidad (primera regla). Por tanto, los jueces de todas las especialidades deben tener especial cuidado en la evaluación de los derechos y las obligaciones de los progenitores respecto de sus hijos.

En este ámbito, el acceso a la justicia supera la referencia de la participación en el proceso para expresar su opinión, conforme con lo que detalla el Código de los Niños y Adolescentes. Esto a razón de la primera regla, que detalla que los servidores y los operadores del sistema de justicia deberán otorgar un trato adecuado a sus

circunstancias personales, y ello supera el procedimiento usual que impone la legislación civil, constitucional, familiar y procesal civil al menor de edad, quien no siendo parte procesal debe ser considerado beneficiario de la segunda regla.

2. El nivel de atención a los niños y a los adolescentes es superlativo y permite que el juez, sin importar la naturaleza del proceso judicial, pueda evaluar la autonomía del menor de edad respecto de sus progenitores, considerando la cuarta regla.

En este punto, es importante detallar que los niños y los adolescentes en familias ensambladas permiten que los progenitores no biológicos puedan ejecutar acciones de tutela a favor de los hijos de la pareja, como ha sucedido en las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: Sentencia n.º 09332-2006-PA/TC, caso Reynaldo Shols, y Sentencia n.º 02478-2008-PA/TC, caso padrastro presidente de Apafa (Bermúdez, 2019a, p. 110).

3. Conforme con la vigésimo cuarta regla, se debe tener en cuenta que los niños y los adolescentes, ante un conflicto familiar, deben ser identificados como personas en vulnerabilidad por los jueces, fiscales, abogados, policías y toda persona que forma parte del sistema judicial, incluidos los peritos.

En este ámbito, es conveniente tener en cuenta que en la evaluación pericial de los daños que puedan generarse en los niños y en los adolescentes, aquellos deben ser evaluados tanto en su temporalidad como en su incidencia respecto de su propio desarrollo personal y familiar. Este elemento exige la variación de los mecanismos de evaluación que actualmente existen y que permiten mejorar la vigésimo sexta regla, respecto de la mejora de procedimientos judiciales que garanticen un acceso a la justicia a todo menor de edad en situación de vulnerabilidad.

REFERENCIAS

- Andreu-Guzmán, F. y Curtis, C. (2008). Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. En Ministerio Público de la Defensa - Defensoría General de la Nación, *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia* (pp. 51-60). Defensoría General de la Nación.
- Bermúdez, M. (2007a). El desarrollo estatal, jurisdiccional y familiar de la protección del interés superior del niño. *IUS Doctrina*, (8), 163-173.
- Bermúdez, M. (2007b). La violencia familiar invisible provocada por la separación o divorcio. *Campus. Revista de la Escuela de Postgrado de la UPAO*, 2(3), 7-33.
- Bermúdez, M. (2009). El síndrome de alienación parental. *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, (44), 255-284.
- Bermúdez, M. (2011). *Constitucionalización del derecho de familia*. Editorial Caballero Bustamante.
- Bermúdez, M. (2012). *Derecho procesal de familia*. Editorial San Marcos.
- Bermúdez, M. (2017a). *El derecho de familia en la postmodernidad*. Universidad Privada Antenor Orrego.
- Bermúdez, M. (2017b). *Los derechos y obligaciones paterno filiales*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Bermúdez, M. (2018a). El conflicto familiar como problema humano y el vínculo familiar a ser tutelado. *Revista de Derecho de la UCB*, 2(3), 27-44.
- Bermúdez, M. (2018b). El efecto Doppelgänger en los conflictos de familia judicializados. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (60), 261-268.

- Bermúdez, M. (2019a). *Elementos procesales y probatorios en el derecho de familia*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Bermúdez, M. (2019b). *La evaluación constitucional de derechos en el derecho de familia*. Gaceta Jurídica.
- Carrión, J. y Zárate, P. (2007). *Cultura política de la democracia en el Perú, 2006*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Cummings, M. y Davies, P. (2011). *Marital conflict and children. An emotional security perspective*. The Guilford Press.
- Dakolias, M. (ed.). (1999). *Court performance around the world. A comparative perspective*. World Bank.
- Dunn, J., O'Connor, T. G. y Cheng, H. (2005). Children's responses to conflict between their different parents: mothers, stepfathers, nonresident fathers, and nonresident stepmothers. *Journal of Clinical Child and Adolescent Psychology*, 34(2), 223-234.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Glasser, P. H. y Glasser, L. N. (1962). Role reversal and conflict between aged parents and their children. *Marriage and Family Living*, 24(1), 46-51.
- Llaneza, F. (2007). *Ergonomía y psicología aplicada: manual para la formación del especialista*. Lex Nova.
- Martínez-Pujalte, A. (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Nakash-Eisikovits, O., Dutra, L. y Westen, D. (2002). Relationship between attachment patterns and personality pathology in adolescents. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, 41(9), 1111-1123.
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.

South, S. C. (2021). Pathology in relationships. *Annual Review of Clinical Psychology*, (17), 577-601.

Tamer, V. (2013). *Legitimidad judicial en la garantía de los derechos sociales: especial referencia a la ejecución penal en Brasil*. Universidad de Salamanca.