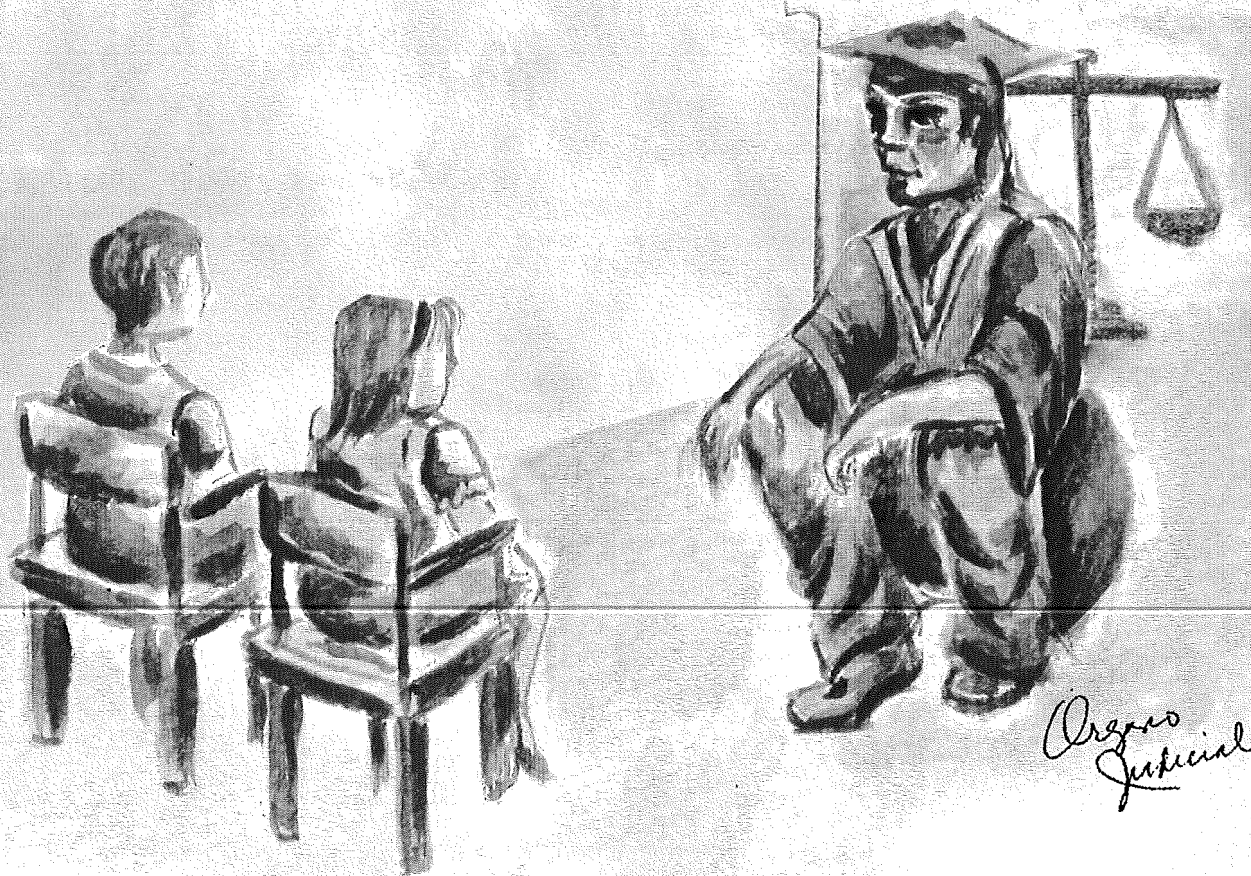


# EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS

**Marisol Bonilla de Arrocha**



**S**iempre que nos disponemos a escuchar al menor debemos tener presente: Las normas legales que rigen la materia; el asunto de que se trata; la edad y grado de madurez del menor de edad; la capacidad legal para expresar sus pensamientos, ideas, opiniones que a su vez hace alusión a la titularidad del derecho y la capacidad de su ejercicio; el ambiente en el que debe ser escuchado.

A nadie se le ocurriría pensar que la expresión "conversatorio con el menor" se creó cuando el juez, tuvo la iniciativa de realizar una diligencia para "**escuchar la opinión del menor**" dentro de un proceso en el que se regularían las visitas para establecer la forma en que mantendría contacto con su padre. Con el fin de llevarla a cabo el señor juez consideró pertinente efectuar una audiencia especial.

Como no era usual realizar audiencias con la participación de niños, niñas o adolescentes, el secretario del tribunal le pidió más detalles para fijar la fecha de la audiencia. El juez le explicó que deseaba conversar con el menor, oír de su propia voz qué estaba pasando con sus padres, saber si uno de ellos lo manipulaba para que rechazara al otro. De ese modo pretendía romper las tradicionales ritualidades procesales. El secretario creyó haber entendido sus indicaciones y elaboró una providencia que decía: *señalase el día.....del mes..... para realizar un conversatorio con el menor.....*

En adelante es el término que impropriamente se emplea para disponer que el menor sea escuchado. Es una

diligencia en la que se intenta reconocer el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes de expresar su opinión libremente en cualquier asunto que le afecte.

En lo que respecta a la forma y oportunidad de llevar a cabo la diligencia judicial de escuchar a los niños, niñas y adolescentes no tenemos normas jurídicas que establezcan pautas mínimas para tal efecto. De allí que los jueces y juezas, cada cual, le imprime su propia modalidad que, a la postre influyen al momento de su valoración.

Algunas veces cuando se practican las diligencias judiciales, en las que se da participación a los niños, niñas y adolescentes los mismos son re-victimizados sometiéndolos a reiterados interrogatorios con la apariencia de conversación. Ello sucede comúnmente en la investigación del maltrato de menores, especialmente en los de abuso sexual y sobre todo cuando lo cometen parientes cercanos o personas que mantienen vínculos estrechos con ellos.

Sobre todo se busca sustentar la detención preventiva del agresor en garantía de sus derechos de imputado. Desde un inicio los niños, niñas y adolescentes son entrevistados sobre los tristes hechos que han vivido. Se le hacen evaluaciones psicológicas, supuestamente para conocer su afectación emocional; son escuchados por el Juez; también en alguno que otro caso ha pedido intervenir el representante del Ministerio Público y participa en la medida de lo posible, el



defensor del menor.

En particular, considero que se requiere tener claro el sentido y la finalidad de la diligencia de oír y escuchar a los menores para que todas estas personas puedan participar en ella, con el verdadero propósito de conocer lo que piensa el menor para tomar las decisiones que favorezcan su bienestar.

La incorporación de los niños al mundo de los derechos es un fenómeno de reciente data, puede decirse que se haya vinculado al proceso evolutivo de los derechos humanos, cuyo desenvolvimiento tiene lugar a partir de la segunda mitad del siglo XX en el ámbito de la normativa internacional.<sup>1</sup>

En ese marco histórico LA CONVENCION AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS en el CAPÍTULO II sobre los DERECHOS Y DEBERES POLÍTICOS consagra en su artículo VIII un derecho humano fundamental que a la vez sustenta una garantía judicial que bien merece hacerla extensiva a los niños, niñas y adolescentes.

El citado artículo preceptúa que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley,

**para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.**

Se trata del derecho que tienen las personas de ser oídos en ámbitos jurisdiccionales que se extienden más allá de las causas penales. En cuanto al concepto de persona, la propia Convención indica que comprende a todo ser humano (artículo 1.1 de la Convención) de allí que no se puede privar a los niños, niñas y adolescentes de ese derecho. Ante todo, son sujetos de derechos, concepción propia de la doctrina de la protección integral, cuyo modelo a seguir intenta poner en práctica los derechos de los niños, niñas y los adolescentes y los mandatos establecidos que los Estados, la sociedad y las familias deben observar para poner en marcha y hacer posible el ejercicio de tales derechos.<sup>2</sup>

En el mismo orden jurídico es importante hacer énfasis en el principio de igualdad que inspira la CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la cual contempla en su articulado la existencia de derechos y libertades que toda persona tiene, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, **nacimiento o cualquier otra condición.**

Dicha Convención consagra entre sus

preceptos dos garantías fundamentales a favor de los menores: LA IGUALDAD ANTE LA LEY DE TODOS LAS PERSONAS INDEPENDIENTE DE SU EDAD. Y EL DERECHO A SER OÍDO O ESCUCHADO EN TODOS LOS ASUNTOS QUE LES AFECTAN.

LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Aprobada por nuestro país mediante LEY 15 DE 1990 establece el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes de ser escuchados y a expresar su opinión libremente en el artículo 12 en sus numerales 1 y 2 que a la letra expresamente dice:

*Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan 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.*

La Corte Suprema de Justicia, al interpretar esta norma en fallo de 8 de septiembre de 2000 sostuvo:

*"La norma revela que el menor de edad tendrá participación directa por sí mismo-o indirecta a través de su representante- en el proceso; en el caso que nos ocupa, los menores MM han participado en el proceso a través de su madre, MG, quien en su representación promovió el proceso de Solicitud de Libre y Total Administración de la*

*Cuota Alimenticia, así como el Aumento de dicha Cuota, por lo que a nuestro juicio, la norma transcrita se ha cumplido, ya que en ella se establece que se le dará participación al menor de conformidad con las normas de procedimiento de la ley nacional. A este respecto, el artículo 769 del Código de la Familia y el menor reza así:*

*"Artículo 769. Los menores podrán ser representados ante la Jurisdicción de Familia y Jurisdicción Especial de Menores por sus ascendientes, por otros parientes próximos, por las personas que los tienen bajo su cuidado, o por el defensor del menor; además de la representación legal que corresponde a los padres." Esta norma -interna- de Código de la Familia se complementa con la de la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto ambas señalan que el menor puede ser representado por sus ascendientes-padres o abuelos-, otros parientes, personas a cargo de su cuidado o el defensor del menor; es decir, la representación indirecta que mencionamos al referirnos al artículo 12 de la Convención el Menor, y como ya señalamos, esa representación se ha cumplido en este caso.."*

Vale la pena anotar que cuando el derecho a ser escuchado previsto a favor de los menores de edad se ejerce por intermedio de un representante nos lleva a la reflexión de dos temas sensitivos tales como: la contradicción que pueda darse entre los intereses de aquellos y los de sus representantes legales y el reconocimiento de la personalidad jurídica de los niños, niñas y adolescentes en el reclamo de sus derechos.

Se dice que de la no disección correcta

<sup>1</sup> ISABEL FANLO, DERECHO DE LOS NIÑOS. Una Contribución Histórica, Ediciones Coyoacán, México D.F., 2004, pág. 7.

<sup>2</sup> LIGIA GALVIS ORTÍZ, Las Niñas, Los Niños y los Adolescentes. Titulares Activos de Derechos, Ediciones Aurora, Bogotá, 2006, pág. 132.



del titular del derecho o de quien hace el ejercicio o lleva la defensa ante los tribunales, en su caso, puede derivarse alguna distorsión o alguna disfuncionalidad, e incluso, en su caso, algún perjuicio para el menor titular.<sup>3</sup>

En este sentido, en casos muy particulares será preciso aplicar las reservas que establece la ley en cuanto a la representación legal de los padres en ejercicio de la patria potestad. El Código de Familia exceptúa de la representación legal de los padres entre otros: el caso de los actos relativos a derechos que el hijo o hija, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, puedan realizar por sí mismos y cuando exista contradicción de intereses entre los padres y el hijo o hija, en estos últimos ha de nombrarse un defensor que los represente. (art.332,333 C.F.).

En cierto modo, resulta difícil determinar en qué momento la representación de los padres afecta el bienestar de los hijos; pero ello no es imposible. Por citar solo unos ejemplos: así se advierte cuando uno de los padres demanda alimentos o renuncia a ellos por conflictos personales con el otro. Algunas veces el egoísmo de los padres los lleva a negarles injustamente el derecho que los hijos tienen de comunicarse con el progenitor que no conviven.

Las denuncias infundadas del maltrato de los hijos en ocasiones las presentan sus

padres para evitar el cumplimiento de la obligación de dar alimentos o para castigar afectivamente al cónyuge impidiéndoles que vean a sus hijos. Son todos casos en los cuales es inmensamente valiosa la expresión de la opinión de los hijos, bajo el principio de intermediación en el que el juez de niñez y de familia juega su mejor papel al escucharlos.

En lo que respecta a la edad y el grado de madurez, de todo cuanto se ha dicho, se advierte que son condiciones esenciales que deben tenerse debidamente en cuenta a la hora de apreciar la opinión de los niños. En este aspecto la ley tampoco ha fijado una edad determinada como requisito para que sean escuchados los menores de edad.

El Código de Familia sigue el sentido de la Convención en este aspecto y reconoce a favor del menor el derecho que tiene a expresar su opinión libremente y conocer sus derechos. En la citada excerta legal se ha establecido que, en todo proceso que pueda afectar a los mimos, deberá ser oído directamente o por medio de un representante, de conformidad con las normas vigentes y que su opinión debe tomarse en cuenta, considerando para ello la edad y madurez mental del menor. (artículo 489.numeral 10 ).

El Código Judicial solo regula lo concerniente a la capacidad de los menores de edad para rendir testimonios en el artículo 908 numeral 3 y el artículo 913.

3. ANTONIO TORRES DEL MORAL, El Menor y Su espacio Social. Primeras Jornadas de Protección al Menor en España y su Proyección hacia Iberoamérica, Casa de América, Madrid, 1999, pág.181.

El artículo 908 que invocó el precitado fallo de la Corte Suprema de Justicia establece que son absolutamente inhábiles para declarar en todos los procesos los menores de siete años. (Artículo 908.13).

El artículo 913 contempla los dos supuestos en que se admite la declaración de menores que son: El menor que tiene (7) años y es menor de (14) catorce años requiere de curador para declarar. El menor que tenga (14) catorce años o más no necesita curador, pero el juez debe cuidar de que no se le sorprenda con el interrogatorio.

En lo que concierne a tales normas de procedimiento es importante resaltar que el derecho que tienen las personas menores de edad a expresar su opinión es autónomo, se concreta al escucharlos y difiere de las declaraciones testimoniales que rindan en cualquier tipo de causa. Debe quedar claro que estas normas se refieren a las edades aceptadas legalmente para que los menores de edad rindan testimonios válidos en cualquier tipo de procesos y de ninguna manera deben constituir un referente para que los jueces, juezas u otras autoridades restrinjan los derechos de las personas menores de edad de ser oídos en un proceso que concierna a sus derechos o les afecta.

La idea de una audiencia similar a las de los testigos, a la que asistirían los litigantes

4 MARÍA MATILDE RISOLÍA DE ALCARO, La Opinión del Niño y la Defensa de sus Derechos, Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad, Editorial Universidad. Argentina, 2004, pág. 266.

resulta contraproducente para escuchar la opinión de los menores, no solo porque afectaría su libertad de expresarse, también por las lesiones a las relaciones familiares que necesariamente conlleva.

Procesalmente habrá que ponderar con mucho cuidado la disyuntiva entre la necesidad de resguardar el secreto de lo que el niño expresa, cuando es llamado en virtud de lo previsto en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, es decir, a los efectos de que su opinión sea escuchada, y las que procuran preservar las garantías del debido proceso, para el caso de que se les reciba un testimonio.<sup>4</sup>

En tal sentido, adquiere plena vigencia el principio de prevalencia del interés superior del Niño, el cual se impondrá sobre las formas como garantía del debido proceso.

Las normas generales de procedimiento están estructuradas dentro de un régimen de derecho que se remonta a la Codificación. De allí su tendencia marcadamente influenciada por el carácter privatista del proceso civil, en abierta contradicción a los preceptos de interés social que introduce la Convención de los Derechos del Niño.

En el artículo 12, no se alude a una simple declaración testimonial de niños,



niñas y adolescentes, se trata del derecho de ser oídos y por consiguiente de intervenir de modo directo como sujeto afectado en los procesos judiciales para determinar cómo se atiende a su interés superior en cada caso particular.

El grado de madurez y la edad de los niños, niñas y adolescentes tendrán que ser valorados desde el punto de vista del ejercicio del derecho, sin descartar los efectos que produzca su opinión en el ánimo del juzgador para ser considerado como un testimonio en el caso de incriminar o juzgar la conducta de un adulto.

Lo interesante de las reglas del Código Judicial para reconocer valor a las declaraciones de los menores de edad es que permite que se tomen en cuenta bajo ciertas circunstancias según su etapa de desarrollo. Lo que en cierta forma indica que se está graduando su madurez según su edad.

El **Doctor JORGE FÁBREGA P.**, al referirse al valor de los testimonios de los niños menores de siete años, cita la exposición de **GORPHE en su obra crítica del testimonio**, en la cual expresa:

*"No carece de interés que JEAN PIAGET, como consecuencia de las experiencias clínicas hechas sobre criterio número de niños en el Instituto J.J. Rousseau en Ginebra ha aproximado el pensamiento del niño a la misma forma de pensamiento cuya identidad con los sueños, las quimeras, la*

*imaginación artística, mística y mitológica, los delirios, etc., han demostrado los psicoanalistas y que se ha convenido en llamar con FREUD el pensamiento "simbólico" o con BLEULER el pensamiento "autístico" o "no dirigido" que, según JUNG y FREUD, es una manera económica y primitiva de pensar. Se encuentra en el niño hasta los siete u ocho años una falta de dirección espontánea, un egocentrismo, un predominio de las imágenes confusas y locales sobre los conceptos precisos, en fin, la inconsciencia en las conexiones en torno a las series de imágenes y a la insensibilidad en la contradicción. El niño por su experiencia limitada, es naturalmente un egocéntrico. Su interés está en relación con su pequeña personalidad que le parece con frecuencia el centro de los acontecimientos. Sin embargo, en los Estados Unidos, niños de cualquier edad pueden declarar si el juez se encuentra satisfecho de que poseen capacidad para observar, recordar y comunicar. Así no ha sido infrecuente que se les permita declarar hasta menores de cuatro años".<sup>5</sup>*

De cualquier manera, no pueden admitirse la rigidez de las normas procesales aludidas, ni los criterios doctrinales radicales, para restar importancia a la expresión del niño a temprana edad, a fin de conocer sus intereses, necesidades y vínculos. En su gran mayoría, los ordenamientos jurídicos parten de la edad de 12 años como la etapa en la que debe ser oído el menor, por su capacidad de razonamiento, pero también se ha aceptado que antes de esa

<sup>5</sup> JORGE FÁBREGA P, Medios de Prueba. Tomo I, Editores Plaza & Janes, Bogotá, Colombia, 2001, pág. 308.

edad si tuviera suficiente juicio, el juez pueda escucharlo y valorar la opinión que exteriorice según la orientación que le brinden los especialistas en la materia respectiva.

Cuando el menor no llega a los doce años a partir de los que es preceptivo escucharle, no es conveniente establecer reglas generales en cuanto a la edad a partir del cual deban ser oídos, ya que ello siempre dependerá de su desarrollo psíquico, de su discernimiento y madurez.

Al hablar de un discernimiento suficiente, más que a la edad cronológica ha de atenderse a la edad mental o desarrollo psíquico, el cual no guarda rigurosa equivalencia con la primera.<sup>6</sup> Las circunstancias especiales en cada caso de los menores de siete años de edad determinarán la conveniencia de escucharlos y bajo tales supuestos es preferible tomar en cuenta otras vías de expresión que no sea el lenguaje oral, como por ejemplo los dibujos. Además debe contarse con el apoyo de profesionales especializados que ayuden al juez a interpretar adecuadamente lo que expresan.

Lo cierto es que en todas las etapas del desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, la participación de un equipo interdisciplinario es esencial para acreditar su grado de madurez y así determinar si está en condiciones de formarse un juicio propio y de qué manera se tomará en

cuenta su opinión; pero el conocimiento de tales especialistas es más decisivo en la primera infancia, por ser una etapa en la cual la comunicación es limitada.

Todos los niños, niñas y adolescentes deben ser tratados como sujetos plenos de derecho y su opinión no se puede considerar como carente de validez o credibilidad sólo en razón de su edad. La edad cronológica es un parámetro menos significativo que la comprobación en concreto de si el niño, niña y adolescente tiene o no una madurez suficiente para entender la situación personal, familiar y expresar su opinión.

Para el reconocimiento de la Titularidad del Derecho de ser escuchados y de expresar libremente su opinión de los niños, niñas y adolescentes, la edad de éstos y su grado de madurez constituyen elementos esenciales. La capacidad procesal de los menores para ejercer, como titulares directamente este derecho depende en gran medida de dichos elementos. Como todos los aspectos anteriores es una materia que no ha sido particularmente regulada, circunstancia que limita el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes de ser oídos.

En el Derecho de Familia, el menor de edad tiene capacidad de ejercicio específicamente en los casos determinados en el mismo código y en otras leyes. (Artículo 5 C.F.). Sin embargo, no hay disposición legal que regule la capacidad

<sup>6</sup> FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ. El Interés del Menor. Editorial Dykinson, Madrid, 2000, pág. 220.



de ejercicio de derechos del menor, y menos, que defina hasta qué punto se le reconoce.

Si bien, jurídicamente no se discute que las personas menores de edad, los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a ser escuchados y a que se respete su libre opinión; no obstante, resta determinar lo más importante: cómo ejerce el titular ese derecho, aspecto que la doctrina ha tratado desde distintos puntos de vista.

El debate de esta materia se centra en la posibilidad de que el titular pueda, según su voluntad elegir el ejercicio o no de este derecho, y también, que pueda decidir si reclamarlo o no, en el caso que le sea violado. Además se discute el que tenga la capacidad de discernir si el ejercicio del derecho le favorece u ofrece o no ventajas.

La forma usual o común en que se ejerce la libertad de expresión, es a través del lenguaje oral; por medio del cual la persona es oída o escuchada. Pero ello necesariamente no tiene que excluir otro tipo de manifestación como la expresión escrita, la gestual, el lenguaje de señas, etcétera. Por ejemplo, en el caso de los niños con discapacidad la situación es muy especial.

La Doctora LIGIA GALVIS ORTIZ, autora del Libro LAS NIÑAS, LOS NIÑOS Y LOS

ADOLESCENTES. TITULARES ACTIVOS DE DERECHOS, desarrolla una serie de argumentaciones Socio-Jurídicas a fin de sustentar la capacidad de los niños, las niñas y los adolescentes para ejercer de manera activa sus derechos en todas las etapas de su ciclo vital. En tal sentido, destaca posiciones encontradas de los autores sobre el tema destacando que para algunos los niños y las niñas no son titulares de derechos porque no tienen los elementos necesarios para ejercerlos. Mientras que resalta que para otros es posible hablar de titularidad con ejercicio limitado al estadio de desarrollo en el que se encuentran los sujetos titulares.

Concluye que para la mayoría, la primera infancia está excluida del ejercicio de derechos porque no posee elementos mínimos para ello como son el lenguaje articulado, la conciencia moral para exigir o renunciar a los derechos y los atributos personales necesarios para ejercerlos como son, entre otros la autonomía de locomoción.<sup>7</sup>

Entre sus ideas centrales expone *que la conducta inteligente de los niños y las niñas se expresa en los lenguajes que le son propios de acuerdo con el ciclo vital. El problema no es la expresión de las niñas y los niños sino la incapacidad de los adultos para comprender los mensajes que se desprenden de las miradas, los gestos, los movimientos y los sonidos que emiten y que constituyen los*

<sup>7</sup> LIGIA GALVIS ORTIZ, LAS NIÑAS, LOS NIÑOS Y LOS ADOLESCENTES. TITULARES ACTIVOS DE DERECHOS. Ediciones Aurora, Bogotá, 2006, pág. 33.

*lenguajes de expresión por excelencia y que, se pierden o se minimizan con la adquisición del lenguaje articulado.*<sup>8</sup>

Lo más importante del enfoque que realiza la citada autora es el reconocimiento del lenguaje propio de los niños y niñas para el ejercicio de los derechos de los cuales son titulares.

Finalmente, tenemos que advertir que debe prepararse y educar a los niños a fin de que se desenvuelvan en una sociedad que le reconoce la condición de sujeto de derecho y que le concede la oportunidad de expresar su sentir en los procesos que le son inherentes.

Los estudiosos de la materia sugieren que a los niños se les oriente desde su etapa escolar con respecto a sus derechos, pues a través de su conocimiento, inician un procedimiento donde aprenden sus responsabilidades con los demás, ya que descubren que los demás también tienen derechos.<sup>9</sup> Consideramos sumamente necesario que los niños, niñas y adolescentes aprendan a ejercitar la libertad de expresión, para que la desarrollen a

través de la manifestación espontánea de sus pensamientos, sentimientos e ideas.

En cuanto a las modalidades para la práctica de la diligencia judicial que se realiza para escuchar a los niños, niñas y adolescentes, debemos insistir, en que es necesario salir del esquema de un interrogatorio común. Es imprescindible que los jueces y juezas tengan la capacidad de empatizar con los niños, niñas y adolescentes.

Al respecto, me parece conveniente hacer mención de la experiencia de Venezuela, país en el que el Tribunal Supremo de Justicia aprobó un acuerdo que establece una serie de reglas que orientan la práctica judicial a fin de garantizar el derecho a opinar y a ser oído de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales, brindando criterios, pautas y buenas prácticas dirigidas a asegurar su efectivo cumplimiento, especialmente sobre la forma y oportunidad para realizar el acto. Valdría la pena que compartiéramos el mismo ejemplo a los efectos de uniformar y generalizar dicha práctica.

<sup>8</sup> UDEM, pág. 34.

<sup>9</sup> JUAN JOSÉ MONTENEGRO, Primeras Jornadas de Protección al Menor en España y su Proyección Hacia Iberoamérica. Casa de Américas, Madrid 1999, pág. 224.

