

# **DERECHO A UN JUZGAMIENTO ESPECIALIZADO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y TEORÍA GENERAL DEL PROCESO**

RIGHT TO A TRIAL SPECIALIST CHILDREN AND TEENS AND GENERAL THEORY OF THE PROCESS

*Ricardo Garrido Álvarez\**

Recibido: noviembre 7 de 2010

Aprobado: marzo 8 de 2011

## **RESUMEN**

El presente artículo reflexiona sobre la justificación teórica y dogmática relativa al juzgamiento especializado de niños, niñas y adolescentes que viene impuesto por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde la perspectiva de una concepción garantista del proceso. La clave de esta justificación estaría marcada por el nuevo paradigma impuesto por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y por los ejes valorativos sobre los que está construida, esto es, concebir al niño como sujeto de derechos y en razón a ello tener en cuenta su correlato ideológico necesario: la autonomía personal.

## **PALABRAS CLAVE**

Juzgamiento, proceso, autonomía progresiva, Derecho Internacional, derechos del niño.

---

\* Ricardo A. Garrido Álvarez es abogado de la Universidad de Chile, ha sido consultor de UNICEF e Investigador Asociado del Programa de Justicia de Infancia y Adolescencia de la Universidad Diego Portales.

## **ABSTRACT**

The following article thinks of the theorist and dogmatic relative justification to the specialized judgement to girls, boys and teenagers which is imposed in the International Rights Declaration of Human Rights from the perspective of a warranted conception of the process. The key of this justification would be marked by the new paradigm imposed by the Children's Right International Convention and for the value axes in which it has been constituted, i.e. to conceive the child as a subject of rights and his/her necessary ideological essence: personal autonomy.

## **KEYWORDS**

Prosecution, process, progressive autonomy, International Law, rights of the child.

## INTRODUCCIÓN

Es un hecho social y político establecido que la Convención Internacional de los Derechos del Niño vino a instalar lo que los especialistas llaman un nuevo paradigma en materia de relaciones del Estado con la infancia, que se desplazó desde lo que suele llamarse la doctrina de la Situación Irregular, a la doctrina de la Protección Integral de Derechos. La forma usual de resumir este cambio es entenderlo como el tránsito de un Estado (un juez) que tomaba las decisiones por los niños en situación irregular, sin padres por ejemplo, pues de existir estos, eran ellos quienes tomaban las decisiones por sus hijos; a una concepción del niño como sujeto de derechos. Esto atendiendo a que anteriormente el niño no era visualizado y reconocido por el sistema institucional como un sujeto autónomo, capaz de tomar decisiones políticamente significativas y ejercer derechos, es decir, como un miembro activo de la comunidad política, para eso estaban sus padres.

Resulta curioso que se hable de un nuevo paradigma, puesto que como se sabe, la lógica de los arreglos institucionales de los estados occidentales se basa en una idea totalmente similar. En efecto, ideológicamente hablando, desde la ilustración, el fundamento del orden político es la idea de una comunidad de individuos libres y racionales que deliberan acerca de lo que es correcto para sí mismos, en términos jurídico morales, personas titulares de derechos. De la concepción moral de persona se desprenden algunos derechos morales, el más importante de ellos: la autonomía personal. La idea moderna de que las personas tenemos derecho a tener y sostener ideas distintas acerca de lo que es correcto y justo y que dichas ideas pueden orientar el curso de nuestra propia vida (de nuestro plan de vida en términos de Rawls), es de este modo el fundamento filosófico político de nuestros principales arreglos institucionales y particularmente de nuestro sistema judicial puesto que, como nadie puede (en el sentido de que no está moralmente justificado y políticamente legitimado) imponernos su concepción acerca de lo que es correcto, las reglas que gobiernan nuestras actuaciones solo pueden provenir de nuestra propia deliberación acerca de lo que estimamos conveniente y correcto. Esta elemental suposición ideológica es lo que justifica a la democracia como régimen político (puesto que las reglas que regulan la convi-

vencia social solo pueden ser aquellas deliberadas racionalmente por sus propios destinatarios) y a la obligación judicial de usar como criterio de decisión de casos las reglas deliberadas democráticamente. De no ser así, el juez estaría facultado para imponer sus propias reglas acerca de lo que resulta conveniente o correcto para el caso que decide y esto es insostenible desde el punto de vista de la concepción que se viene resumiendo. El juez es un miembro más de la comunidad política en la que sus decisiones tienen lugar y por ello, las reglas que usa como criterio valorativo para justificar su decisión, solo pueden ser aquellas que son el resultado de una deliberación compartida acerca de lo que es conveniente dadas ciertas condiciones generales. De esta suerte, la teoría de la argumentación distingue dos niveles o grados para la racionalidad de los criterios valorativos o normas, en un primer grado de justificación se ha sostenido que una norma es válida, es decir, correcta o está justificada para cada caso, si puede mostrarse a través del discurso racional que tanto sus consecuencias como sus efectos colaterales son aceptables por una comunidad de hombres libres y racionales que se autogobiernan (principio U). En un segundo nivel de aplicación de las leyes, se trata de determinar si el caso que debe ser resuelto por los jueces es alcanzado por el significado de la regla general, que ya ha sido justificada o fundamentada y, si lo es, decidir que el caso debe ser resuelto por la aplicación de la regla general. No se supone que las reglas puedan ser evaluadas nuevamente en su pertinencia porque ello supondría que los jueces tienen una función deliberativa que el sistema institucional suele negarles (Atria, 2004)

De esta concepción del diseño institucional en un Estado democrático de derecho, se desprende la naturaleza institucional de su sistema judicial: la de órganos que adjudican derechos preexistentes a la decisión que toman. Estos derechos preexisten en las reglas deliberadas por los propios destinatarios de las decisiones y en este orden de ideas, el proceso mismo puede ser visto como un conjunto de mecanismos destinados a asegurarnos que el juez permita a las partes decidir lo que es correcto para ellas y que cuando ello no es posible, usa la ley y únicamente la ley como criterio de decisión del caso que debe resolver. Un sentido elemental en que podemos entender las garantías que integran el proceso, se relaciona con la capacidad que estas últimas tienen de asegurarnos que el juez no adelanta,

en el acto de su decisión, su propia idea acerca de lo que es correcto para el caso, sino que respeta la autonomía personal de las partes destinatarias de su decisión, expresada mediante el autogobierno democrático.

Estimo la concepción del profesor Alvarado Velloso (1992) acerca del proceso como un medio de debate racional expresa, felizmente, la idea acerca de un sistema institucional respetuoso del autogobierno en una comunidad de hombres libres y racionales (Ferrajoli, 2010).

## **1. INFANCIA, PROCESO, Y AUTONOMÍA**

Hasta ahora, todo lo expuesto puede resultar demasiado elemental para el lector, puesto que avanzado el siglo XX, era una circunstancia ideológica la idea de que somos personas titulares de derechos, que esto implica nuestro gobierno personal, que las decisiones institucionales no pueden sernos impuestas sino después de sernos reconocida esa calidad y que el proceso es la garantía primera y última de ese reconocimiento. Sin embargo, a las mismas alturas (finales del siglo XX) era un hecho social que las decisiones significativas en la vida de cualquier niño (persona menor de 18 años) eran adoptadas por sus padres o por el Estado. Incluso, usualmente, este último estaba expresamente facultado para resolver lo conveniente para el niño en situaciones sociales “irregulares”, es decir, reconocíamos a los niños la calidad de personas pero sin ninguno de los atributos morales que se siguen de esa condición, i.e. sin agencia moral ni capacidad para decidir lo conveniente a los asuntos que les conciernen, como por ejemplo con quién quieren vivir, con quiénes desean establecer relaciones afectivas, qué quieren estudiar, qué actividades emprender, etc. En otras palabras, vivíamos en una contradicción lógica insalvable. Como ha señalado Benhabib:

(...) desde el punto de vista de la ética discursiva y una teoría normativa de democracia deliberativa (...), la pertinencia y cuestiones relacionadas de inclusión y exclusión han sido molestas para la teoría discursiva desde sus inicios. La premisa básica de la ética discursiva afirma que << solo son válidas aquellas normas y arreglos institucionales normativos que pueden ser acordadas por todos los interesados bajo situaciones especiales de argumentación llamadas discursos>>. (...) dentro de la ética discursiva el proble-

ma del alcance, la cuestión de quién debe ser o no incluido en discursos, siempre ha planteado una dificultad. En una primera lectura, la teoría parece excluir de la entidad moral y la representación moral a quienes no son capaces de habla y acción plena. Según la fuerza con la que se defina << la capacidad de habla y de acción >>, muchos seres que quisiéramos reconocer como agentes morales y víctimas morales, tales como los niños muy pequeños, las personas de capacidades diferentes y los enfermos mentales, parecerían quedar excluidos de la conversación moral. Lo que es más, puede haber seres con los que estamos en deuda por obligaciones morales y que pueden convertirse en víctimas morales en virtud de ser impactados por nuestras acciones pero que no pueden representarse a sí mismos: seres sensibles capaces de sentir dolor (...). ¿La ética discursiva puede hacer justicia a sus demandas y su condición moral? [Se] ha sugerido (...) que los intereses morales de seres que no son participantes plenos en discursos morales deberían ser y pueden ser efectivamente representados en contextos discursivos a través de sistemas de representación moral. (Benhabib, 2005, p. 20-21)

No puedo abordar en este trabajo las profundas tensiones que se producen por el contexto familiar que rodea al niño (la familia es, en sí misma, un derecho del niño), entre su autonomía, intereses y prerrogativas concurrentes de terceros (los padres son terceros en cualquier concepción normativa relevante que se tenga respecto del niño) y las restricciones que se imponen al ejercicio de la autonomía de los niños por efecto del cuidado personal que corresponde a los padres. Sólo puedo adelantar acá, que la concepción de familia y las obligaciones y estándares que devienen de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante CIDN o la Convención) se relacionan con la autonomía, en la medida en que la familia debe proveer y contribuir a la formación de un sujeto autónomo que tiene intereses y derechos discernibles de los de sus padres o parientes. Los expertos han intentado salvar esta tensión con el concepto de “autonomía progresiva” que se desprendería de los términos que usa el art. 12 de la CIDN y según el cual, el niño iría adquiriendo progresivos niveles de autonomía en la medida en que madura y se desarrolla (en función de su edad y madurez dice la Convención) y que dicho desarrollo progresivo debería serle reconocido también progresivamente. El concepto es, sin embargo, altamente problemático, fundamentalmente porque la autonomía es un atributo moral que se distribuye a las

personas en cuanto tales, independientemente de los niveles reales de racionalidad autónoma que posean.

Carlos Nino (1989) ha sostenido, incluso, que la autonomía personal es la forma típica de expresión y concreción del principio de **dignidad humana**, según el cual, el principio de autonomía juega un rol definitorio de la incondicionalidad de los derechos humanos asociada a la dignidad. Dice Nino:

(...) Sólo se podría decir que los derechos humanos son incondicionales si se interpretara esto en el sentido de que su única condición de aplicación, que no intervienen en la caracterización de los beneficiarios de tales derechos, está constituida por los actos voluntarios de tales beneficiarios y no por otras circunstancias, como ser cualquiera de sus restantes propiedades posibles ( como su raza, sexo, etcétera), (...) el discurso moral está dirigido a la libre adopción de principios de conducta, y es, por lo tanto, una técnica para convergir en acciones y actitudes sobre la base del consenso (Ibíd, p.268).

Es decir, una persona tiene autonomía y el ordenamiento jurídico le reconoce una multitud de formas de manifestarla aunque su racionalidad pueda ser seriamente cuestionada. De manera que la autonomía no sería, en cuanto valor, una propiedad moral graduable más allá de los niveles concretos de autonomía que un caso puede expresar, pero esa gradación es una propiedad de todos los derechos, aunque no de su distribución. En otras palabras, no somos titulares de derechos en grados o niveles, aunque un caso particular puede suponer, eso sí, el ejercicio gradual de un derecho que es una cosa distinta.

Por otro lado, las reglas que reconocen autonomía, como cualquier otra regla destinada a garantizar cualquier derecho, buscan hacer probable su concreción en el plano de los hechos sin que ello, su efectividad “real”, sea un componente definitorio de la regla que lo consagra, porque la definición que fundamenta la regla es ideológica, no real, como diría el propio Dworkin (1989). Su validez se relaciona con su justificabilidad moral y como se sabe, eso está muy lejos de razones prudenciales o de hecho. Por ejemplo, las reglas que definen el juego democrático, que lo garantizan, buscan hacer probable la deliberación compartida acerca de lo conveniente para todos, el hecho

de que el resultado de esa discusión sea adecuado o no, no es ningún demérito para la regla que garantiza el ejercicio de la deliberación, porque la razón subyacente de la regla, el valor que la regla protege y que la hace importante, no se relaciona con los niveles concretos en la consecución de ese valor.

El caso del proceso no escapa a esta aproximación. El proceso es un medio de debate racional, la circunstancia de que el debate esté, de hecho, inspirado en motivos altamente irracionales, como la inquina o malquerencia, no afecta el valor implicado en el proceso y el resultado del mismo expresa un valor adscrito a las personas que intervienen, independientemente de los niveles reales de racionalidad que los mismos tengan.

Del mismo modo, la racionalidad del proceso no se relaciona (a un nivel analítico) con la racionalidad del medio escogido para protegerlo. De hecho, medios pretendidamente racionales pueden ser considerados en sí mismos irracionales, considerados los costos asociados a la adopción de esos medios o cursos de acción.

Jon Elster (2010) usa precisamente el ejemplo de la custodia parental de los hijos (niños) como un caso de lo que él llama “hiperrealismo”, la pretensión de que algo es racional aunque todos los factores considerados no lo sean. Señala Elster que:

La ignorancia del costo de los efectos secundarios de decidir podría inducir una hiperracionalidad en los casos litigiosos de custodia de los hijos. El tribunal quizá trate de promover el interés del niño determinando cuál de los progenitores es más apto para recibir la custodia. Una vez zanjada esa cuestión, el juez tiene una buena razón para otorgar la custodia a ese padre. Sin embargo, en el proceso jurídico psicológico para verificar la actitud relativa se puede infligir un daño incalculable al niño. Visto el objetivo que debe alcanzarse, un procedimiento más racional podría consistir en lanzar una moneda o a tenerse a la presunción tradicional de la custodia materna (p.239).

Esta observación es aguda, además de certera, porque muestra cabalmente hasta qué punto la racionalidad e idoneidad del proceso depende de consideraciones valorativas que son ajenas a los valores concretos del caso que debe ser decidido. *Summun ius summun injuria*: el derecho en extremo es agravio, como señaló Aristóteles.

Por lo anterior, lo que interesa en esta reflexión, es visualizar aquellas reglas procesales o aquellas normas de procedimiento que son compatibles con la justificación misma del proceso, es decir, las razones que justifican un procedimiento especializado en función de los niveles de libertad y autonomía que deben serle reconocidos al niño en cuanto sujeto de derecho. La sugerencia general de esta comunicación es que un procedimiento especializado es la consecuencia necesaria del reconocimiento y de la probabilidad de que los niños manifiesten su autonomía, es decir, puedan ejercer ellos mismos los derechos de que son titulares. Por las infinitas repercusiones y ámbitos en que el ejercicio de la autonomía se proyecta, escogeré solo unos de los muchos derechos comprometidos en los procedimientos judiciales en que intervienen o cuyos destinatarios son los niños: el derecho a ser oído.

De lo que va dicho pudiera desprenderse una conclusión simple, pero nada trivial: puesto que el nuevo “paradigma” impuesto por la CIDN impone reconocer a los niños su calidad de sujetos de derecho y como consecuencia, su correlativo que es la autonomía personal, esto implica traspasarle al niño todos los derechos que le corresponderían a un adulto objeto de una decisión de autoridad. Esta conclusión es aceptable, de hecho este es el estándar para algunas dimensiones o garantías específicas de la idea de proceso, o debido proceso, como la defensa. En efecto, los estándares de defensa en sistemas avanzados estiman que corresponde al niño una defensa técnica y material del todo similar a la que sería el derecho de un adulto y que todas las figuras vicarias de representación (tutor, curador *ad litem*, etc.), traspasan al proceso una concepción de la minoridad e incapacidad del niño incompatible con la CIDN. Lo anterior es corolario evidente de que al reconocer que el niño tiene intereses y derechos distintos de los de sus representantes legales y/o padres, ellos pueden manifestar intereses discernibles durante el juicio mismo (ello es lógica y fácticamente posible) pudiendo incluso dirigirse contra sus propios padres (la confusión anterior invisibilizaba procesalmente al niño haciendo inviable causas contra los padres por violencia, agresión sexual, etc.), es por esto, que la defensa que aconsejan los estándares internacionales es idéntica a la que se concibe para los adultos.

No obstante ello, los estándares internacionales son bastante explícitos en estimar que existen diferencias relevantes entre los niños

y los adultos que justifican un juzgamiento especializado, es decir, reglas procedimentales diferenciadas e incluso un régimen jurídico distintivo para los niños, niñas y adolescentes.

En el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, ha existido una constante preocupación por parte de los organismos internacionales por reforzar la idea de la especialidad del sistema de enjuiciamiento juvenil. A raíz de este consenso, y particularmente, a propósito del derecho a un juzgamiento especializado de los menores infractores de las leyes penales, este ha sido incluido, tanto en los instrumentos internacionales especializados en materia de infancia, como en los generales, sean estos de carácter universal o regional. Desde luego, la propia Convención, sin duda base en materia de regulación de los derechos de infancia, establece de manera explícita en su Preámbulo la necesidad de un tratamiento especial y diferenciado de los niños, con algunas referencias temáticas específicas, incluso como la de los jóvenes infractores. Se dispone que: “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Luego en su artículo 40.3 señala la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas apropiadas para promover un sistema especializado de juzgamiento para los menores infractores de las leyes penales. A su vez, esto ha sido reforzado por la Observación n° 10 referida a los derechos del niño en la justicia que elaboró el Comité de los Derechos del Niño, encargado de verificar y supervisar el cumplimiento de la CIDN por parte de los Estados signatarios.

Una norma similar la encontramos en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas y en las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil.

Si bien se podría entender que el reconocimiento específico que estos instrumentos otorgan al derecho a un juzgamiento especializado, se debe, precisamente, a que regulan materias de infancia y a que uno de sus objetivos es establecer diferencias con otros instrumentos de carácter general para justificar su existencia. Al realizar un análisis de las normas generales referidas al tema, podemos llegar a la conclusión de que en ellos se consagra con igual nitidez el carácter especial del juzgamiento de niñas, niños y adolescentes.

En efecto, el derecho a un tratamiento especial y diferenciado para establecer la responsabilidad penal de los niños y jóvenes con respecto a los adultos, se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.4 relativo a las garantías del debido proceso en términos bastante precisos: “En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social”. Este hecho atiende básicamente a las características especiales que los menores poseen y exige que en que los procesos penales juveniles se impongan garantías añadidas y más intensas a favor de estos en comparación con los adultos. A su vez, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos establece en su artículo 5.5: “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible para su tratamiento”. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en uso de sus facultades jurisdiccionales, ha señalado, en su ya célebre opinión consultiva nº 17 sobre la condición jurídica del niño, que:

Los niños en razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado [...] es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

Analizados los distintos instrumentos de carácter internacional, puede sostenerse que en ellos el derecho a un juzgamiento especializado para los jóvenes encuentra un reconocimiento explícito y que la adopción de este derecho tiene una importancia gravitante para el diseño y estudio de los sistemas de justicia juvenil. En este orden de ideas, se afirma que el principio de especialidad recogido en la legislación internacional de los derechos humanos tiene al menos dos dimensiones: por un lado, las leyes que regulan los procedimientos (particularmente penales) aplicables a los niños, deben ser específicas, esto es, diferenciadas de las que le son aplicables a los adultos y,

por otra parte, los organismos jurisdiccionales y personas encargadas de aplicarlas deben ser especializadas.

Los Estados signatarios de los distintos instrumentos internacionales, tienen como uno de sus objetivos principales recoger estos mandatos y adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y las demás pertinentes, para dar efectividad a los derechos reconocidos en ellos. Por lo que resulta importante destacar que el sistema internacional regula un conjunto de principios y normas generales, en virtud de los cuales ordena a los Estados incorporar en su legislación estas disposiciones, pero no entrega una guía completamente desarrollada de la forma en que este proceso debe llevarse a cabo, siendo los propios Estados quienes deben realizar un análisis para posteriormente decidir cómo incorporan estos derechos en su ordenamiento jurídico interno (Duce, 2009).

En el contexto de este mandato y en la forma específica en que deba cumplirse dentro del Estado, cabe preguntarse: ¿cuál es la lógica sistemática que justifica alterar la estructura de la regulación procesal en los juicios en que intervienen niños o en los que son destinatarios de la decisión?, porque ello envuelve el riesgo de interpretar este mandato en un sentido minorista que tensiona la concepción de autonomía individual y la idea de proceso, o debido proceso que le es correlativa. Dicho en otros términos, la cuestión radica en vislumbrar si hay alguna razón que permita orientar los cambios normativos y las prácticas judiciales que parece disponer el derecho Internacional en una dirección específica que no anule la idea de proceso, por referencia a cambios exigidos en función de la autonomía personal que la CIDN reconoce a los niños, niñas y adolescentes. Otra vez: si esta lógica sistemática puede ir perfilando el modo preciso y racional en que la regulación específica debe hacerse dentro de cada Estado, es decir, lo que debe hacerse, este cambio a mi juicio se consigue cotejando los estándares internacionales con la teoría general del proceso, y a partir de este cotejo podemos encontrar soluciones normativas coherentes con los valores y principios jurídicos en juego.

Existe la tendencia a considerar que el estándar en esta materia es reconocer como mínimo las garantías de los adultos con un reforzamiento de ciertas garantías específicas; la pregunta pertinente es: ¿cuál es la justificación racional y sistemática de ese reforzamiento?

y una respuesta sistemáticamente satisfactoria podría ser que, en la medida en que hay un déficit concreto en el ejercicio de la autonomía que justifica establecer reglas que maximicen su satisfacción en contextos específicos de decisión, esas reglas deben disponerse para de esta forma corregir el déficit en la autonomía.

Un ejemplo que puede servir para ilustrar el punto que ha venido estudiándose desde el derecho penal juvenil es el de las condiciones y requisitos de la confesión. Ya Albrecht (1990) había apuntado que la menor competencia de acción de los jóvenes i.e., su menor dominio de los contextos en que se produce su intervención en un juicio, los hace más susceptibles a confesar. Este caso muestra, claramente, que una consideración “especial” en la estructura normativa que fija los términos y condiciones de la confesión se hace necesaria por cuestiones relativas al ejercicio autónomo de los derechos del adolescente que sea capaz de abarcar el conjunto de las consecuencias que puede tener su actuar dentro de un proceso judicial.

## **2. EL CASO DEL DERECHO A SER OÍDO**

Un caso paradigmático, entre muchos otros posibles, de este cambio procedimental y de la fundamentación del mismo justificado en la autonomía, es el derecho a ser oído.

En efecto, siendo el proceso, desde la perspectiva de una teoría general del proceso, un mecanismo de debate racional, el derecho a ser oído puede ser contextualizado fenomenológicamente como un acto comunicativo central en el contexto de la intervención de niños en juicios y procedimientos (de cualquier índole, judicial o administrativa) y por tanto, su perfil analítico y dogmático debe guardar estricta relación con la medida en que ese derecho implica un acto de comunicación destinado a la realización de la autonomía.

El derecho del niño a ser oído en asuntos judiciales que lo afectan, constituye un derecho que particulariza el derecho general reconocido en el art. 12.1. de la Convención, cuyo texto señala:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño/a que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

A su vez, el art. 12.2. establece el derecho a ser oído en los procedimientos judiciales de la siguiente forma:

2. Con tal fin, se dará en particular al niño/a la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

El art. 12.2 de la Convención indica que la participación directa de los niños debe asegurarse en los procedimientos judiciales y administrativos que los afecten. Como tal, es un derecho de participación destinado a proyectar, en el espacio social, muy especialmente en el ámbito de los procedimientos legales que puedan afectar sus derechos de alguna manera, las autonomías de los niños, niñas y adolescentes y que anima el conjunto del sistema de derecho de la convención (Freeman, 1997).

De acuerdo al Comité de Derechos del Niño, este es uno de los cuatro principios generales de la CIDN junto al derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y al desarrollo y el interés superior<sup>1</sup> del niño (CRC/C/GC/12, pto. 2). Como eje fundamental de la Convención, se relaciona sistemáticamente con el derecho a la libertad de expresión del niño (art. 13 CIDN), libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14 CIDN), libertad de asociación (art. 15 CIDN), acceso a una información adecuada (art. 17 CIDN) y el derecho al esparcimiento, juego y actividades culturales (art. 31 CIDN). Conceptualmente no debe confundirse con el derecho fundamental a la defensa, no obstante existir una serie de cruces con este dentro de los procesos judiciales y, en general, dentro del derecho al debido proceso (Art. 40 CIDN).

El régimen jurídico de este derecho en el campo internacional de los derechos de los niños, comprende a la Observación General N° 12 (2009) del Comité de Derechos del Niño, la Opinión Consultiva

---

<sup>1</sup> En este trabajo no se ha hablado especialmente de la noción de interés superior del niño debido a que podría distorsionar el análisis de las normas procesales aplicables a los casos en que intervienen niños, niñas y adolescente, atendido el carácter múltiplo de esa voz, y además porque, como he sostenido en otro lugar, el interés superior del niño no sería otra cosa que la aplicación de las reglas de derecho pertinentes a su caso que es la tesis que se defiende acá.

Nº 17 (2002) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las Reglas 75 y 76 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y la Resolución 2005/20 que establece las directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos.

Un aproximación, desde la dogmática internacional, podría definirlo preliminar y elementalmente, determinando de este modo su núcleo básico, de la siguiente forma: consiste en el derecho que posee toda persona, y por lo tanto el niño, a expresar a otra su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta (CRC/C/GC/12, pto. 15). El artículo 12 de la CIDN otorga al niño un derecho fundamental de poder expresarse y ser escuchado por quienes tomarán decisiones que afectarán su vida. En consecuencia, impone una obligación de escuchar, a aquellos que deben tomar decisiones sobre él, lo cual incluye tomar las precauciones necesarias para atender la situación en la que el niño se manifiesta. El derecho del niño a ser oído conlleva el deber simétrico de los adultos a escucharlo (Baratta, 1999).

La particular estructura de este derecho consiste en posiciones dentro de una relación dialógica, donde alguien puede hablar -en este caso el niño- porque otro debe escuchar -los adultos-, en especial los operadores de procedimientos judiciales y administrativos. Como veremos, el deber correlativo exige un conjunto de conductas positivas y no solo abstenciones, para brindar eficacia directa a opiniones que, de otra manera, no tendrían una consideración asegurada en los procedimientos que afectan a sus autores. Por ello, en el ámbito de los procedimientos judiciales y administrativos, este derecho fundamental introduce elementos básicos de justicia procedimental en la toma de decisiones sobre los niños, niñas y adolescentes que afectan sus intereses y derechos. Hay que observar que el derecho se refiere a todos los procedimientos y no solo a aquellos que las leyes nacionales identifican como procedimientos de menores. Se diría incluso que la intensidad de este mandato se acentúa en los casos del proceso en la medida en que la “audiencia es un rasgo definitorio del espacio dialógico que habilita”.

La opinión expresada, se refiere a lo que el niño siente, desea, conoce o piensa. Como expresión, puede ser formulada por cualquier medio en consonancia con su libertad de expresión (art. 13 CIDN). Pero el derecho solo puede realizarse cuando está debidamente presente la parte que escucha.

En este sentido, la fórmula de la *Children's Act* inglesa de 1989 que señala que para identificar el bienestar del niño se debe recurrir, en primer término, a los *deseos y sentimientos* de este, constituye una forma precisa de proteger los derechos de los menores, en cuanto (aun cuando se hable de *bienestar* y no de *derechos*) solo una consideración de los deseos y sentimientos –o de la opinión– del niño puede garantizar efectivamente que la protección de derechos sea indicativa de que se ha dejado atrás el enfoque tradicional de protección del niño sin considerar sus derechos y autonomía. Esta fórmula conecta directamente con la distinción entre un teórico o abstracto interés del niño y el llamado *interés manifiesto del niño*, que resulta relevante para ponderar y valorar los distintos intereses o principios en colisión.

Como señala Couso (2006), Un primer estándar impuesto por este principio a las decisiones de los tribunales de familia que afecten a un niño, es de derecho sustantivo. “Tomar debidamente en cuenta” la opinión del niño impone, en mi opinión, conferir un “especial peso” a esa opinión y a las preferencias expresadas por él, en su caso. No debe entenderse esto, en el sentido de que el tribunal debe necesariamente resolver el asunto de la forma como el niño quiere, pero sí en el sentido de que a la hora de ponderar los diversos principios en tensión y de sopesar las distintas alternativas de solución, la opinión del niño, especialmente si de ella se deriva una preferencia a favor de una de esas diversas alternativas de solución, debe traducirse en conferirle un mayor peso relativo a la alternativa escogida por él. Así, si en un determinado caso resulta que “antes” de considerar la opinión del niño no hay una alternativa claramente preferible a las otras (en su interés superior) entonces, después de escuchar su opinión, la alternativa que el niño prefiere adquiere un “especial peso” que termina por inclinar la balanza, definitivamente, en favor de esa preferencia. A la misma conclusión puede llegarse, si “antes” de escuchar la opinión del niño una alternativa parece apenas un poco

mejor que las otras; entonces, la preferencia expresada por el niño a favor de otra alternativa que no parecía la mejor, de manera perfecta puede inclinar la balanza en su favor al conferirle un mayor peso relativo. (Ibíd., p. 154-155).

Es probable que, por este tipo de razones algunos autores hayan ido perfilando el contenido dogmático del derecho (la posición iusfundamental en la teoría de Alexy) compuesto por las siguientes obligaciones por parte de quien debe decidir un asunto concerniente al niño:

1. Derecho del niño a tener una opinión (propriadamente bajo el art. 14 CIDN): obligación de no interferir con las opiniones de los niños.
2. Derecho del niño a hacerse escuchar: obligación de atender al niño que desea expresar algo.
3. Derecho del niño a expresar una opinión (propriadamente bajo el art. 13 CIDN): obligación de escuchar conscientemente dicha opinión, la cual es un deber positivo fuera del art. 13 CIDN.
4. Derecho del niño a hacerse entender: obligación de entender el sentido de las opiniones expresadas de los niños.
5. Derecho del niño a contestar: obligación de atender, escuchar y entender las respuestas de los niños.
6. Derecho del niño a disentir: obligación de atender, escuchar y entender las opiniones divergentes de los niños con la opinión de quien escucha.
7. Derecho del niño a debatir: obligación de dar respuesta a las objeciones de los niños y escuchar adecuadamente sus réplicas.
8. Derecho del niño a cuestionar y criticar: obligación de escuchar adecuadamente y deliberar sobre las críticas formuladas por los niños.
9. Derecho del niño a influir: obligación de considerar su opinión dentro de la deliberación que conduce a una decisión que afecta a los niños.
10. Derecho del niño a saber cómo se influye: obligación de explicar adecuadamente y hacer explícitas las explicaciones de cómo se

han considerado las opiniones, disensos y críticas del niño para tomar las decisiones que los afectan.

Dentro de la doctrina internacional, se han organizado estas distintas actividades dentro de cuatro grandes dimensiones esenciales: espacio, voz, audiencia e influencia (Lundy, 2007).

En primer lugar, el **espacio** alude a que los niños, niñas y adolescentes deben tener la oportunidad para expresar una opinión. Dicho espacio no debe confundirse con un lugar físico, aunque suele incluir la exigencia de condiciones físicas adecuadas para que los niños puedan expresar su opinión con seguridad y comunicarla eficazmente. El niño debe gozar de las condiciones necesarias, creadas por el Estado, para expresar sus opiniones de manera segura, no expuesto a ningún daño, riesgo o peligro. Esto supone que el niño sea efectivamente protegido de presiones y manipulaciones y que el juez debe evaluar las presiones a que está sujeto el niño al manifestar su opinión. Por otro lado, el entorno debe ser suficientemente inclusivo y no hostil o intimidatorio, ni tampoco insensible o inadecuado a la edad del niño o la niña (CRC/C/GC/12, Pto. 34). Aquí hay que tener en cuenta las circunstancias concretas del niño o niña y, evidentemente, las condiciones apropiadas de acuerdo a su género y etnicidad, etc.

Esto incluiría actividades como que el niño debe ser informado sobre las circunstancias que lo afectan, cómo, cuándo, dónde y quienes lo escucharán para poder expresar su opinión. También debe estar en condiciones de comprender adecuadamente las implicaciones del proceso, sus derechos y posibles decisiones para su defensa. La información del caso transmitida a los niños debe adaptarse a sus condiciones específicas, incluyendo circunstancias de género y etnicidad.

La **voz** consiste en que debe facilitárseles a los niños la expresión libre de sus opiniones. En primer lugar, el niño debe decidir expresarse autónomamente y no puede ser obligado o considerado como un recurso de información a disposición de los operadores del procedimiento. El art. 12 no obliga al niño a expresar sus opiniones, sino que establece que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente. Por esa razón, el niño no deberá ser objeto de ningún tipo de presión, coacción o influencia que pueda impedirle expresar su opinión ni tampoco para obligarlo a hacerlo. Esta posibilidad de ser oído, debe estar al alcance de todos los niños capaces de formarse una opinión

y como veremos, no tiene que ver con una edad o un estado general de madurez. Dicha expresión, como se dijo, puede ser por cualquier medio y no puede quedar restringida solo a un lenguaje verbal o escrito, pudiendo incluir manifestaciones pictóricas o de movimientos corporales significativos, como mímicas, expresiones faciales o juegos (CRC/C/GC/12, Pto. 21). Adicionalmente, el niño debe poder expresar su opinión cuantas veces él quiera y cuando estime necesario.

El art. 12.1 exige la condición de que los niños estén en situación de formarse un juicio propio. Los que deben atender, escuchar y entender la opinión de los niños tienen entonces la obligación de evaluar la capacidad de este de formarse un juicio propio. La Opinión Consultiva N°17 señala a este respecto que la libertad de expresar la opinión del niño no es ilimitada, precisamente porque la autoridad debe valorarla según la posibilidad que tenga el niño de formarse un juicio propio (Opinión Consultiva OC-17/2002: 20).

Para expresar una opinión los niños no requieren estar en posesión de un conocimiento exhaustivo o cabal de todos los aspectos del asunto sobre el cual opinan.

Por otro lado, los niños pueden necesitar asistencia para formarse y expresar su opinión. Ello incluye la necesidad de disponer de los mecanismos para allanar las dificultades de lenguaje o comunicación que estén presentes. Este rasgo suele ser muy relevante a la hora de establecer estándares de defensa y reglas procedimentales en legislaciones estatales específicas

Esta dimensión del derecho a ser oído, impone el deber de atender, escuchar y entender directamente al niño, sin la intervención de un intermediario o representante, salvo que así lo haya requerido el niño. El niño no puede ser subrogado sin su consentimiento en la expresión de su opinión. Es parte del deber de asistencia de los padres apoyar a los niños en la expresión de su voz, (obsérvese el rol no contradictorio que juega el derecho del niño a tener una familia en este caso). Sin embargo, los niños, en cualquier momento pueden requerir una representación independiente. Este derecho hace necesario establecer prácticas de evaluación seria de las capacidades y competencias del niño para formarse un juicio propio y participar en el proceso, así como para inspirarle la necesaria confianza (CRC/C/GC/12, Pto. 42).

En tercer término, la *audiencia* significa que la opinión debe ser efectivamente atendida, escuchada y entendida. Esto quiere decir que el niño no solo debe ser oído pasivamente sino activamente escuchado, lo cual exige una atención y consideración especiales. Y ser entendido se refiere a que sean captadas todas las dimensiones de significado de lo que el niño desea comunicar. Esto exige también que quien escucha no solo oiga lo que el niño dice sino que observe el contexto haciéndose una opinión fundada sobre sus motivaciones, condiciones, miedos y silencios. La comprensión del significado de las expresiones del niño debe ir más allá del lenguaje verbal o escrito y cubrir todas sus manifestaciones significativas. Esto requerirá un adecuado apoyo interdisciplinario, cuando sea necesario.

Finalmente, la opinión del menor debe tener *influencia*, en el sentido de que debe influir en las consideraciones de las decisiones que se tomen en el procedimiento. El art. 12.2 exige que se debe decidir “teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño“. Esto se refiere al impacto adecuado que deben tener las opiniones del niño sobre las decisiones que los afectan y que refleja, en dichas decisiones, la consideración al interés superior del mismo al que están comprometidos los adultos que son responsables de la decisión. Esto quiere decir que los adultos que son responsables de la decisión no deben resolver arbitrariamente cuándo el niño dice algo relevante para la decisión o no.

Obsérvese la característica argumental que adquiere el derecho a ser oído en esta dimensión de influencia que, si se quiere, justifica y abarca a las demás. En otras palabras, un fundamento importante del deber de justificación racional de las decisiones guarda relación con la manifestación de derechos que son independientes de los derechos que son usados como fundamento mismo de la decisión. La argumentación de los jueces debe, entonces, hacerse cargo de las opiniones del niño a un nivel de justificación que permita despejar las dudas de que la voluntad del niño está siendo desplazada por los criterios valorativos del juez, sino por consideraciones valorativas concurrentes expresadas en el derecho vigente, que dadas las particulares del caso aparecen más aconsejables que la manifestación de autogobierno del niño. Este deber de justificación no se funda, tan solo, en la evidencia de que el juez haya seleccionado correctamente

el derecho aplicable (y lo haya interpretado de una forma dogmáticamente consistente) sino también y sobre todo, en el derecho del niño a decidir sobre sus propios asuntos, es decir en su libertad, que es el fundamento último y primordial del proceso.

## CONCLUSIONES

De lo que va dicho, aparece con nitidez que esta forma de conceptualización dogmática del derecho a ser oído hace compatibles la doctrina impuesta por el Derecho Internacional de los derechos del niño con las categorías científicas del derecho procesal y con la concepción del proceso como un acto que realiza la libertad humana, porque en esta perspectiva, la especialidad de los procedimientos se justifica en niveles más altos de ejercicio de la autonomía individual del sujeto que interviene en el proceso y en la medida, también, en que aumenta su participación e incidencia como sujeto que dialoga y debate dentro del proceso.

Por supuesto, esta visión proyecta modelos competitivos acerca de los procedimientos específicos que aseguran la autonomía de mejor forma, es decir, no hay un modo único de regulación que se proyecte desde estos estándares y esta conceptualización dogmática, pero, al menos esto, permite descartar por implausibles ciertas formas concretas de regulación que modifiquen o alteren las reglas procesales generales sin beneficio de la autonomía del sujeto especial que interviene: el niño. Como han señalado Holmes & Sustein (2011) cuando se trata de derechos, algunos argumentos no solo no tienen peso suficiente sino que son por completo inadmisibles y en este sentido, podríamos entender a los sistemas procesales especializados y jurídicos en general como “absolutistas”. Excluyen de manera incondicional algunas razones y solo proscriben condicionalmente ciertas acciones e inacciones, con el objeto, de permitir el ejercicio pleno de la autonomía del niño con base en su dignidad.

## REFERENCIAS

- Albrecht, P. (1990). *El Derecho penal de menores*. (B. Ramírez, Trad.) Barcelona, PPU.
- Alvarado Velloso, A. (1992). *Introducción al estudio del derecho procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Atria, F. (2004). Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo. *Revista de Estudios de la Justicia*(5), 119-141.
- Baratta, A. (1999). Infancia y democracia. En E. & García Méndez, *Infancia y Democracias en América Latina, análisis crítico del panorama legislativo en el contexto de la Convención Internacional de Derechos del Niño*. Buenos Aires: Temis-Depalma.
- Benhabib, S. (2005). *Los derechos de los otros. Extranjeros residentes y ciudadanos*. Barcelona: Gedisa.
- Couso, J. (2006). El Niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia: interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído. *Revista de derechos del niño*.(3,4).
- Duce, M. (2009). El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. *Revista Ius et Praxis*(1), 77-81.
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.
- Elster, J. (2010). *La explicación del comportamiento social: más tuercas y tornillos para las ciencias sociales*. Barcelona: Gedisa.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. . Madrid: Trotta.
- Freeman, M. (1997). *Taking children's rights more seriously en The moral status of children Essays on the rights of the child*. Dordrecht: Nijhoff.
- Holmes, S. & Sustain, C. (2011). *El Costo de los Derechos. ¿Por qué la libertad depende de los impuestos?* . Buenos Aires: Siglo XXI.
- Lundy, L. (2007). Voice is not enough': Conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Childl. . *British Education Research Journal*, 33(6).
- Nino, C. (1989). *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación*. . Buenos Aires: Astrea.
- ONU. Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de [www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm)