



LA ESCUCHA DEL NIÑO EN CUBA. NUEVOS RETOS PARA LA JUSTICIA DE FAMILIA

Esp. Glory Yisel Velázquez Domínguez¹

Universidad de Las Tunas, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Departamento de Derecho.
Profesora de Derecho Procesal Civil.

gloryvd@ult.edu.cu

Esp. Isabel María Ferrás Morales²

Tribunal Provincial Popular de Las Tunas.
Jueza de la Sala Civil y Económico. Profesora de Derecho Procesal Civil.

isabel@lt.tsp.cu

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Glory Yisel Velázquez Domínguez e Isabel María Ferrás Morales (2016): "La escucha del niño en Cuba. Nuevos retos para la justicia de familia", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (septiembre 2016). En línea: <http://www.eumed.net/rev/caribe/2016/09/ninos.html>

Resumen

Este trabajo aborda sobre las particularidades, desde el punto de vista procesal, que sostienen a la escucha de las niñas, niños y adolescentes en los procesos judiciales que le afectan. La nueva jurisdicción de familia ha reflejado innumerables logros en este campo del Derecho, sin embargo, a casi a tres años de aplicación, se perciben incongruencias procesales que limitan de algún modo el derecho de participación del niño en estos procesos directamente, quedando un poco desprovistos de la adecuada protección al interés superior enunciado internacionalmente, lo cual trae a reflexión algunos aspectos que se pudieran considerar en tales procederes.

Palabras claves: Derechos, niño, interés superior, familia, procesal.

This paper focuses on the particularities, from the point of view, holding listening to the children and adolescents in judicial proceedings affecting them. The new family courts has reflected countless achievements in this field of law, however, nearly three years of implementation, procedural inconsistencies that limit in any way the right of participation of children in these processes directly perceived, being a bit lacking adequate protection of the interests of internationally statement, which brings reflection some aspects that could be considered in such procederes.

Keywords: Rights, boy, interests, family, litigation.

¹ Licenciada en Derecho desde el año 2001 por la Universidad de Camagüey, se desempeñó como juez civil y familiar por más de 10 años en Las Tunas, Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia por la misma universidad, actualmente profesora asistente de Derecho Procesal Civil en la carrera de Derecho de la Universidad de Las Tunas, Cuba.

² Licenciada en Derecho por la Universidad de Camagüey. Jueza de lo Civil y Económico del Tribunal Provincial Popular de Las Tunas, Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia por la misma universidad, profesora asistente de Derecho Procesal Civil en la carrera de Derecho de la Universidad de Las Tunas, Cuba.

INTRODUCCION

Cuba, signataria de la Convención Internacional de los Derechos del Niño³, como nación defensora de los derechos de los infantes, ha mostrado significativos avances en el ámbito social, extendidos a la esfera familiar y jurídica. En este sentido ha ido intensificando este papel a través de la creación de órganos, organizaciones y diversas vías creadas solo con el único ánimo de salvaguardar todo un arsenal de derechos, deberes y garantías en torno a las niñas, niños y adolescentes.

En la esfera jurídica nuestro Código de Familia, a pesar de los logros alcanzados hace más de 30 años, con anticipación a la Convención, no ha podido ofrecer todas las garantías necesarias a los menores de acuerdo con el desarrollo de la sociedad y en consecuencia de las tendencias más avanzadas Derecho Familiar a nivel internacional. Es por ello, que el Derecho de Participación de los infantes, refrendado en el artículo 12⁴ del documento internacional, se ha visto afectado en cuanto a su relevancia jurídica de manera general, pues si bien son palpables los intentos de ubicarlo de alguna forma en el procedimiento que hoy rige; lo cierto es que solo son el reflejo del camino emprendido hacia un Derecho Procesal Familiar muy incipiente y que aún se muestra latente la necesidad de ejecutarse con normas procesales familiares muy propias y acordes a los reclamos más sensibles de las familias y dentro de éstas de los niños.

Así, la Ley Procesal Civil, aún con muchas herencias de la ley española y hoy carente de normativas atemperadas a las nuevas realidades; se muestra dispuesta a su perfeccionamiento, ya sea con una parte especializada en los temas de familia o despojándola por completo de las normativas en torno a la Jurisdicción Especial de Familia, que cuenta con algunos años de creación por el máximo órgano juzgador, al tratar de encaminar las soluciones más acertadas a los conflictos y situaciones que en dicha materia se presentan.

En Cuba, es meritorio resaltar los logros alcanzados con la implementación de las instrucciones 187/07 y 216/12⁵ ambas del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular⁶, las que han ido insertando determinados aspectos procesales entre los que se citan la solicitud de audiencia de la escucha por las partes y por el menor, máxima exponente de la ante dicha participación del mismo, en un conflicto familiar que le afecte; quizás por lo anterior se podría pensar que en torno a ello, todo está dicho. Sin embargo, cada vez más el tema se inserta con mayor frecuencia y profundidad merecida en los estudios sociales y en especial los jurídicos familiares en el contexto internacional, cuestión que lo convierte en motivo inspirador de las reflexiones que le siguen y de otras de diversas latitudes que me han antecedido.

Con este objetivo y con la mirada centrada específicamente en las regulaciones vigentes relativas a la escucha de las niñas, niños y adolescentes en aquellos procesos familiares donde se puedan decidir sobre cuestiones íntimamente ligadas a sus derechos más elementales dentro del seno familiar y en consecuencia puedan verse afectados como sujetos de derechos sin una adecuada participación, nos sometimos al análisis de las primeras interrogantes: ¿Cómo se escucha la voz de los niños en los procesos familiares que les afectan? ¿Existe correspondencia entre lo aprobado y ratificado a nivel internacional sobre el Derecho de Participación de los niños y lo regulado y ejecutado en sede familiar en Cuba? ¿Podría asumir el niño su propia representación en los conflictos que les afectan?

³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por la Resolución 44/25, de 20 de noviembre, entró en vigor menos de un año después de su adopción (2 de septiembre de 1990)

⁴ Artículo 12: 1. "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".

⁵ Instrucción 216 de fecha 17 de mayo de 2012, CGTSP.

⁶ Órgano con facultades legislativas de Cuba al amparo de la Ley 82 de los Tribunales.

DESARROLLO

LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. INTERÉS SUPERIOR.

1.1 Acerca de la Convención.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 reconoce al niño -entendido como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En su artículo 1º entre otros también alude a los siguientes derechos:

a) al 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 las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.

En su artículo 12. 1 enuncia:

b) Se dará en particular al niño 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 adecuado, de acuerdo con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En el apartado 2 del citado artículo 12:

c) El principio de atender al interés superior del niño al tomarse en cuanto a él medidas por instituciones públicas como los tribunales, órganos legislativos y administrativos, es una consideración primordial que establece el instrumento, que por ninguna razón o interés debe infringirse.

La Convención incorpora por primera vez y con carácter vinculante, además de los derechos de carácter social y económico a favor de la niñez, normas de carácter pragmático y metas inmediatas y a largo plazo que los Estados firmantes deben reconocer e incorporar.

Tal vez una de las principales virtudes de este texto, ha sido la de posicionar la idea de que los niños tienen los mismos derechos que los adultos. Lo cual se traduce en considerarlos como sujetos de derechos humanos y civiles, con algunas prevenciones especiales referidas al ejercicio de sus derechos, en función de su edad y madurez y de la salvaguarda de los derechos de sus padres y cuidadores.

Retomando el artículo 12 consagra con firmeza el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, constituyendo éste uno de los pilares fundamentales donde se asienta esta nueva concepción del niño como sujeto de derechos.⁷ Por una parte, se desdobra en una manifestación del derecho a la libertad de expresión como representación del libre pensamiento, toda vez que se establece la obligación de los Estados de garantizar la libertad de pensamiento y expresión de los niños, fijando pautas interpretativas que sirvan de guía al juez y al legislador y regula expresamente el derecho de los niños a ser oídos en todas las decisiones que puedan afectar su vida futura.

Por otra parte -y aun cuando esta norma no lo señala en forma literal- este derecho se ha entendido también como un derecho de participación de los niños. La observación general No. 12 del Comité de los Derechos del Niño, complementa con este concepto la letra del mentado

⁷ En el caso chileno, el Mensaje Presidencial de la Ley 19.968 -junto con consignar la situación deficitaria de la justicia de menores en varios aspectos- hace expresa referencia a la necesidad de que en la nueva judicatura, "los niños en su relación con el sistema jurisdiccional sean tratados como sujeto de derechos que deben ser oídos y sus intereses especialmente considerados"

artículo 12, cuando señala expresamente y postula que se trata de una participación que no se agota en una o dos actuaciones concretas, sino que debe entenderse como un proceso con permanencia en el tiempo.⁸ Haciendo por tanto una clara interpretación de las anteriores indicaciones; escuchar a los niños y facilitar su participación no debiera ser una dificultad extra, sino que una parte fundamental de un sistema que protege y reconoce efectivamente sus derechos.

1.2 Conceptualización y contenido del Interés Superior del Niño.

El principio del Interés Superior del Niño consagrado en el artículo tercero⁹ y el de la autonomía progresiva, recogido en el artículo quinto de la citada Convención¹⁰ son principios que de manera indiscutible se vinculan estrechamente y deben ser interpretados en consonancia con otros dos importantes conceptos que en la práctica son indispensables para su plena realización en el caso concreto, que no son otros que el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta .

De tal forma la delimitación conceptual del Interés Superior del Niño en principio ha estado en el centro de las disputas doctrinales y prácticas que en torno a él se han propiciado. Tal como lo refieren colegas chilenas - se trata de una noción cuyos contornos son de difícil precisión y que ha dado pie a múltiples definiciones doctrinarias y jurisprudenciales¹¹. Algunos sostienen que esta noción plantea dos problemas. Por una parte, un problema de indeterminación -no podemos saber cuál es el mejor interés de un niño ni siempre estar de acuerdo en los valores que importan- y, por otra, un problema cultural -los estándares de mejor interés no son iguales en las distintas culturas. El mejor interés es general y especulativo y requiere de una individualización caso a caso¹².

⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 12, El derecho del niño a ser escuchado, 51o período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009.

⁹ Artículo 3: 1) En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se entenderá será el interés superior del niño.

2) Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sea necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3) Los Estados Partes se asegurarán que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajusten a las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número e idoneidad de su personal y supervisión competente.

¹⁰ Artículo 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

¹¹ Macarena Vargas Pavez; Paula Correa Camus: "La voz de los niños en la Justicia de Familia de Chile", Revista *Ius et Praxis*, Año 17, N° 1, 2011, pp. 177 – 204; citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el Interés Superior del Niño es un principio regulador de la normativa de los derechos de los niños y "se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre Derechos de los Niños". Opinión Consultiva OC 17-02 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, de 28 de agosto de 2002.

¹² Thomas, Nigel; O'Kaine, Claire, "When children's wishes and feelings clash with their 'best interests'", *International Journal on Children Rights*, Vol. 6, No 2, 1998, p. 138.

No obstante las diferencias conceptuales que existen, este principio "no puede ser entendido como una mera fórmula paternalista, además indeterminada en su contenido"¹³, que justifique que las decisiones que afectan a los niños se tomen de acuerdo a las preferencias, los prejuicios o concepciones morales propias del juzgador.

En este punto y siguiendo a Cillero, coincido en que el contenido del principio son los mismos derechos de los niños: "... el interés superior del niño es, nada más y nada menos que la satisfacción integral de sus derechos"¹⁴. De modo tal que el derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea tomada en cuenta por el juez resulta funcional a la construcción del Interés Superior. No es posible la plena satisfacción de sus derechos sin darle al niño la oportunidad de ser oído o mejor ser escuchado.

2.1 El derecho del niño en relación con su interés primordial.

Al igual que ocurría con el artículo 12 de la Convención, el párrafo primero del artículo 3 ha sido objeto de una observación general, en la que se desarrolla y contextualiza el alcance de este precepto. La Observación General No 14, "sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", fue aprobada por el Comité de Derechos del Niño en el año 2013¹⁵.

Tal como ha sido analizado por la Defensora del Pueblo Soledad Becerril en su estudio publicado en mayo de 2014 - La Convención parte de un principio radical: El interés del niño ha de considerarse superior a los demás intereses en juego y su exigibilidad no queda al criterio de los Estados. La rotundidad de este postulado se deriva de la posición de partida de los niños, que tienen menores posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, en unos ámbitos de decisión que no están pensados para que ellos participen. Desde la perspectiva sociológica, el Comité afirma que, "si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar"¹⁶

Continúa apuntando la defensora- a la dificultad intrínseca que implica la determinación del interés superior del niño en cada caso ha de unírsele el riesgo de abuso del mismo por parte de autoridades, fruto de determinaciones apriorísticas por motivaciones ideológicas o por prioridades en la asignación de recursos públicos; por los padres o tutores, en defensa de sus propios intereses; o por los profesionales implicados, que pueden desatender la obligación de contemplar el interés superior por considerarlo carente de importancia o por padecer limitaciones de medios que le compliquen asumir esta tarea. El deber de escuchar el interés del niño es una garantía frente a este riesgo-.¹⁷

En Cuba, en este sentido, se mantienen vigentes dos pronunciamientos;

- a) uno sustantivo de la Ley 1289/ 75¹⁸ en sus artículos 89 y 90 sobre la concesión de la guarda y cuidado y el régimen de comunicación de los hijos menores a sus progenitores, que se acerca en lo posible a la importancia de observar como regla a la hora de efectuar dicha concesión, que sea siempre en beneficio de los menores. Lo cual deja claro la intención del legislador de que sea tenido en cuenta este principio, que años más tarde enuncio la Convención.

¹³Couso , Jaime, "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* Nos. 3 y 4, Universidad Diego Portales y UNICEF, Santiago, 2006, p. 147.

¹⁴ Cillero , Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en García Méndez, Emilio; Bellof, Mary (Comp.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Ed. Temis/Ediciones Depalma, Bogotá/Buenos Aires, 1998, p. 84.

¹⁵ Becerril, Soledad, "Estudio sobre la Escucha y el Interés Superior del Menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de Familia", Madrid, España, mayo 2014, p. 21

¹⁶ Idem, p. 22

¹⁷ Ibidem, p.23

¹⁸ Artículo 89, Código de Familia, 1975.

- b) otro de tipo procesal a través de la Instrucción 216/12 del CGTSP¹⁹, que en nuestro país a pesar de no haber sufrido modificaciones la Ley de familia, sí ha encontrado en ésta regulación un espacio de protección más aterrizado a las realidades de la Justicia Familiar en torno al niño como sujeto de derechos; donde de forma innovadora y con el propósito de salvaguardar los compromisos contraídos por la nación al ratificar en 1991 la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de garantizar el ejercicio pleno y efectivo de los derechos y garantías de los destinatarios de la gestión judicial, entre los que figuran los niños; trajo a nuestros tribunales de forma precisa el interés superior del niño frente a otros intereses igualmente legítimos.

Ambos pronunciamientos y de acuerdo al precepto constitucional de protección integral a la familia, han tratado de brindar el respaldo legal solicitado por el referido texto internacional. Sin embargo, es objeto de estas consideraciones colaborar a que se continúe perfeccionando el proceder en los procesos de familia que hoy se ventilan en lo que se ha dado en llamar *Jurisdicción Especial de Familia* y donde debe de ser un punto central e imprescindible observar como regla el interés superior del niño como su interés primordial.

2.2 Garantías procesales.

El interés superior de un niño se puede determinar a cada momento por padres, tutores, profesores y cualquier otra persona con incidencia en el niño de manera muy cotidiana sin necesidad de recurrir a procesos judiciales.

Cuando el caso reclama una intervención judicial, el Comité indica una serie de previsiones para poder cumplir a cabalidad su labor protectora con respecto al mentado interés y para ello deben y para ello deben prestar especial atención a los siguientes salvaguardias:

- El derecho del niño a expresar su propia opinión. La comunicación con los niños para lograr que participen de manera provechosa en los procedimientos es un elemento fundamental. La modalidad práctica para garantizar la expresión por parte de los niños de sus opiniones debe adecuarse a los requerimientos expuestos al estudiar el artículo 12 de la Convención.
- La determinación de los hechos. Para establecer los hechos y la información pertinente puede resultar necesario acudir a profesionales, personas cercanas al niño y testigos si los hubiere. Esta información debe ser objeto de verificación antes de que influya en la evaluación del interés superior del niño.
- La percepción del tiempo. Los niños y los adultos no comparten la misma percepción del paso del tiempo, por lo que los procesos de toma de decisiones que se demoran tienen para su desarrollo una particular incidencia de carácter adverso. Ello conlleva al Comité a reclamar que se de prioridad a estos procesos y que su tramitación sea ágil.
- Los profesionales cualificados. Se abunda en la necesidad de intervenciones interdisciplinarias, dada la heterogeneidad de las características y necesidades de los niños.
- La representación letrada. El Comité reclama que los niños dispongan de abogados que atiendan específicamente sus intereses en los procedimientos judiciales y administrativos.
- La argumentación jurídica. A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión -...- debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para evaluar su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si excepcionalmente la solución elegida no atiende al interés superior del niño se deben indicar los motivos a los que obedece, para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial a pesar del resultado. No basta

¹⁹ SEGUNDO: En cualquier proceso que involucre a niños, niñas y adolescentes, los tribunales tendrán en cuenta el interés superior de los menores frente a otros intereses igualmente legítimos; para ello, ponderarán los intereses sociales e individuales, y velarán por el necesario equilibrio entre los derechos y garantías de los infantes y sus deberes

con afirmar en términos generales que hubo otras consideraciones, que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por lo que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones-

Claro está que esta motivación de la sentencia a la luz de la Convención, debe de tener un sentido mayor y específico y no se agota con la redacción de un documento, sino que incluye facilitar explicaciones al niño de manera adecuada.

3.1 TRATAMIENTO PROCESAL EN EL DERECHO COMPARADO.

El derecho comparado nos muestra una diversidad de modelos de defensa jurídica y de representación especial de niños y adolescentes.

- En Estados Unidos, por ejemplo, existen cuatro modalidades distintas:

Guardián ad litem abogado: Consiste en la designación de un abogado que representa el Interés Superior del Niño.

Guardián ad litem no abogado: Es similar al anterior, pero como su nombre lo indica este representante no es abogado.

Conjunción entre guardián ad litem abogado y abogado tradicional: Se designa siempre un guardián que actúa como tal y, en casos excepcionales, se designa además a un abogado tradicional que representa el interés manifiesto del niño.

Abogado tradicional: Aquel profesional que representa los intereses manifiestos del niño y se ciñe a sus instrucciones.

- En Australia, en general, el defensor actúa de acuerdo a las instrucciones del niño y, en algunos estados, el representante debe ser asesorado por un trabajador social para identificar su interés superior.
- En Inglaterra, existe un sistema mixto: guardián *ad litem* (trabajador social) y abogado (*solicitor*) que por regla general recibe instrucciones del guardián o del menor, si este último tiene suficiente edad y madurez.
- Una modalidad completamente distinta es la del estado de Québec en Canadá, toda vez que existe un sistema de carácter más bien administrativo, en el que prima la voluntariedad de los afectados para la aplicación de medidas de protección a cargo de la instancia administrativa. En los acuerdos para aplicar medidas de protección siempre se requiere el consentimiento del menor si tiene más de 14 años y éste tiene derecho a consultar a un abogado. Si no existe acuerdo, se pide un pronunciamiento al tribunal. Conforme a la ley, los niños y adolescentes siempre, tanto en sede administrativa como judicial, tienen el derecho a ser representados por un abogado.

Según Villavicencio y Millán, en virtud del principio de Autonomía Progresiva, a partir de una cierta edad (distinción entre niños y adolescentes), los niños están capacitados para tener abogado propio y tener con él una relación profesional de confidencialidad y lealtad.²⁰

Es precisamente este enfoque el que recoge la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, la que establece - el derecho de los niños a tener información pertinente, a ser consultados y emitir su opinión, a ser informados de las consecuencias de la puesta en práctica de su opinión y de toda decisión, así como el derecho a ser asistidos por una persona a su elección para expresar sus puntos de vista, nombrar su representante y ejercer todos o algunos derechos propios de las partes en los procedimientos en que se vean involucrados-.²¹

En esta línea, Julio Maier postula que los niños tienen derecho a ser oídos, a preparar su defensa y a ofrecer resistencia a la posible decisión restrictiva de sus derechos. Sostiene que no existe ninguna norma que impida instruir a los niños sobre el derecho al recurso que los asiste y que consagran las convenciones de Derechos Humanos, como la propia CDN.²²

Así, el derecho a la defensa de un niño no se satisface sólo con el hecho de oír al niño una o más veces y consultarle sobre ciertas alternativas predefinidas, sino que exige que el niño pueda participar activamente en la construcción del caso. Esta idea nos reconduce a la noción del derecho a ser oído como un derecho de participación y, como tal, como un proceso con permanencia en el tiempo, que conlleva intercambio de información y diálogo con el niño para y sobre la toma de decisiones.²³

- En España, la Ley 15/2005, de 8 julio, modificó el **art. 777,5 LEC** dándole su actual redacción, no alterada por la Ley 13/2009, que es del tenor literal siguiente: **"Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor"**. A su vez, la Ley 15/2005, da nueva redacción al **art. 92 CC**, estableciendo en los apdos. 2 y 6 del mismo lo siguiente: **"Art. 92. 2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos (...) 6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime**

²⁰ Villavicencio, Luis; Millán, Patricio, "La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección", *Revista de Derechos del Niño* N° 1, Universidad Diego Portales/ UNICEF, Santiago, pp. 41-91.

²¹ Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños aprobada por el Consejo de Europa el 25 de enero de 1996. Article 3 - Right to be informed and to express his or her views in proceedings : "A child considered by internal law as having sufficient understanding, in the case of proceedings before a judicial authority affecting him or her, shall be granted, and shall be entitled to request, the following rights: to receive all relevant information; to be consulted and express his or her views; to be informed of the possible consequences of compliance with these views and the possible consequences of any decision".

Article 5 - Other possible procedural rights: Parties shall consider granting children additional procedural rights in relation to proceedings before a judicial authority affecting them, in particular: the right to apply to be assisted by an appropriate person of their choice in order to help them express their views; the right to apply themselves, or through other persons or bodies, for the appointment of a separate representative, in appropriate cases a lawyer; the right to appoint their own representative; the right to exercise some or all of the rights of parties to such proceedings.

²² Maier, Julio, "Los Niños Como Titulares del Derecho al Debido Proceso", *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, 2000.

²³ Comité de los Derechos del Niño, cit. nota n. 4, p. 5.

necesario de oficio o a petición del Fiscal, parte o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padre mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda".

- En México en el Estado de Querétaro, por ejemplo en su Código de Procedimientos Civiles del Estado, en el artículo 199: Sobre Medidas Cautelares en Materia de Familia" en el apartado VII regula que se pueden adoptar antes o durante el proceso además de las medidas contenidas en ese mismo artículo las siguientes:

-Cualquiera de las que alude el artículo 234 del presente código siempre que estén relacionadas con el derecho de familia y las que el juez considere necesarias para salvaguardar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés superior de los menores, así como de los demás integrantes de la familia.-

Dejando así la posibilidad al juzgador de considerar también la disposición de la celebración de la audiencia a los menores si es preciso de acuerdo a su interés primordial.

- También en México pero en el Estado de Hidalgo se regula en su Código de Procedimientos Familiares, artículo 227 segundo párrafo que:

En todas las controversias en que estén inmersos intereses de menores, el juez deberá escucharlos, pudiendo contar con la presencia de los padres y Consejero de Familia, a criterio del juez...

Está facultado para decretar las medidas que tienden a preservar la familia, proteger a sus miembros y patrimonio.

- En Argentina la provincia de Formosa cuenta en su Código de Procedimientos del Tribunal de Familia con el artículo 8, inciso h) en el que refiere:

-Presentada la demanda... el juez de trámite deberá: ordenar todas las medidas procesales que considere necesarias para la protección del menor o incapaz, durante el transcurso del juicio o que lo autorice en cada caso la legislación de fondo aplicable.-

Sin dudas existe aún hoy en las diferentes legislaciones, diversidad en cuanto a la forma de tratar la participación del niño en los procesos judiciales que les afecten, pero a pesar de ello, se vislumbra una máxima común y es la del respaldo con que deben contar las normativas referidas a estas cuestiones en aras de proteger cada vez más los intereses de los infantes, brindándole prioridad merecida, ya sea antes, durante o luego de culminada la litis. Cuestión que nos deja a reflexión cuanto nos queda por estudiar y profundizar en materia de derechos del niño.

3.2 Tratamiento procesal en el Derecho Cubano.

En un momento inicial de estas consideraciones, pudimos referirnos a la vigencia de la Instrucción 216 de fecha 17 de mayo de 2012, emitida por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, secundada por el Acuerdo 317 del año 2012 emitido igualmente por ese mismo órgano; en la que se instruye sobre el modo de proceder para la escucha del niño en los procesos de familia donde se decidan cuestiones relativas a sus derechos.

Al carecer nuestro ordenamiento de una Ley de Procedimiento Familiar o una Ley de Procedimiento Civil actualizada con un proceder en el ámbito familiar que incluya no solo la actuación oficiosa de los tribunales sino también la participación activa de todos los involucrados en el conflicto familiar, para citar solo un aspecto, se estaba perjudicando el buen desempeño de los procesos familiares y su consecuente protección a los derechos familiares en sentido general y con ello ocasionando cierto grado de desactualización de la justicia con respecto a lo que ya se estaba desarrollando de forma paulatina en el contexto internacional.

Es así, que se instrumenta la antedicha normativa del máximo órgano juzgador que tuvo su precedente en la Instrucción 187/2007 también de ese mismo órgano, la que afloró resultados satisfactorios en su aplicación y asimilación por los actuantes del derecho en general.

Ahora bien, cabe entonces hacer una valoración de algunos de los resultados que emergen de la instrumentación del proceder familiar no solo de los tribunales sino de las partes involucradas en las litis referidas a los derechos del niño, a solo dos años de su puesta en vigor, en la que al unísono se ha extendido la justicia familiar a casi todos los tribunales del país con “cierta especialización de los jueces, fiscales y abogados actuantes”.

Haciendo un análisis de lo que expresamente instrumenta la indicación podemos señalar:

- a) Que debería existir claridad en cuanto a si se reconoce al niño como sujeto de derechos como soporte del principio de igualdad de las partes y terceros en los procesos que menciona, ya que a pesar de hacer referencia en su apartado segundo al necesario equilibrio entre los derechos, garantías y deberes del niño y que se deberá tener en cuenta el interés superior de éstos frente a otros intereses igualmente legítimos; ello se traduce en la práctica en muy poca participación del niño para solicitar la audiencia para la escucha o casi nula, pues la normativa no lo presenta como sujeto de derechos tan visible como el resto de las partes y ello trasciende a su participación activa cuando haya suficiente juicio.
- b) En otro orden no se define que se debe entender por capacidad progresiva del niño y cómo ésta podría observarse por el órgano juzgador en función de la formación de un juicio propio y así éste tener debidamente en cuenta la opinión del niño en los casos en que decida que es necesario escucharlo.
- c) Por otra parte no se hace imperativo para el juez de lo familiar tener que conocer cuál es la opinión del niño antes, durante o en última instancia al concluir el proceso, ésta posibilidad de escuchar y conocer cuáles son los verdaderos intereses, preocupaciones e incluso sentimientos del niño con respecto al conflicto que gira en torno a él, por parte del tribunal, que va a decidir atendiendo a su interés primordial está muy limitada y condicionada a criterios clínicos- psicológicos de especialistas que colaboran con el juez para determinar la formación de un juicio propio.
- d) La audiencia para la escucha no se ubica en un momento procesal específico durante el proceso, de forma tal que pueda garantizar la efectividad necesaria con su realización y que pueda aportar los elementos indispensables al juez en aras de solucionar adecuadamente el conflicto y que responda, en caso de acuerdo de sus progenitores, a la verdadera protección del interés superior del niño.
- e) La normativa no hace distinción entre los diferentes procesos en que pueden discutirse las cuestiones referidas a los derechos de los niños para la realización de la escucha, pues existen cuestiones trascendentales para la vida de un niño como la custodia y el régimen de comunicación y otras que no tienen igual significación en sus vidas para su mejor desarrollo y en caso de acuerdo de sus progenitores puedan verse lesionados sus derechos sin escuchar al menos su opinión al respecto.
- f) La forma en que el niño puede solicitar dicha audiencia no está definida ni en la Instrucción ni en las Reglas Mínimas para la Escucha, lo cual es sumamente necesario teniendo presente que en la Ley sustantiva no existe aún respaldo legal que ampare la capacidad que poseen los mismos para instar dicho acto, así como la inserción dentro del ordenamiento sustantivo, del Derecho de participación que le viene atribuido por la Convención Internacional.
- g) Como otro de los puntos esenciales que podría plasmar este proceder, se destaca la posibilidad de que el niño según su edad y capacidad pudiese intervenir en el proceso representado por abogado especial, por otro familiar distinto a sus progenitores o persona de connotada confianza para el niño o por su propio derecho, cuando sus intereses estuvieren contrapuestos a los de sus padres e incidieran en el proceso que en torno a él se desarrolle en sede familiar.

Hemos tratado de ceñir nuestras valoraciones en torno a lo que hoy se hace práctica permanente en nuestras secciones de familia con respecto a la escucha del niño y de acuerdo a lo regido por tan conocida normativa. Resulta merecedor de nuestro reconocimiento, tan importante avance en materia familiar, encausado por el Tribunal Supremo Popular con el objetivo de rescatar de las páginas del retardo jurídico aspectos tan esenciales como la debida protección de los intereses familiares en caso

de conflicto y en especial la oportunidad de escuchar al niño como garantía a su interés superior.

Sin embargo, con la práctica y con los resultados de algo más de dos años, se torna necesario ahondar en los puntos detallados con anterioridad, por cuanto cada vez son más visibles a los ojos del mundo y de la sociedad cubana los derechos que le asisten a los ciudadanos y las vías para realizar reclamos en su defensa, de los cual no escapan las niñas, niños y adolescentes que con el desarrollo indetenible de la sociedad y de la plataforma jurídica; se transforman en voceros de sus criterios, análisis y sentimientos ante situaciones que les afecten dentro y fuera de su familia. Con ello se afianza la idea de retroalimentarnos nuevamente y hacer una pausa para perfeccionar la justicia de familia y apuntalar aquellos vacíos que puedan en alguna medida causar desprotección e inseguridad jurídica a los justiciables.

4.1 Algunos resultados de la praxis judicial.

De la práctica judicial familiar del Tribunal Municipal Popular de Las Tunas, se escogieron una parte de los procesos donde se decidían cuestiones en torno a los derechos de las niñas y niños; dentro de éstos se encuentran el Especial de Divorcio por Justa Causa, Sumario de Determinación de Guarda y Cuidado y Régimen de Comunicación, Jurisdicción Voluntaria, Ordinarios sobre Reconocimiento de Filiación de Hijos menores de edad e Impugnación al Reconocimiento de Hijos menores de edad y una selección de las demandas Incidentales, que abarcaron un período de 2 años luego de implementada la Instrucción 216.

En total se revisaron 400 expedientes en materia familiar, relativos a estos procesos y radicados por dicho tribunal, a partir del mes de octubre del año 2012 y hasta el mes de noviembre de 2014. En estos procesos se especificaron solo algunos de los aspectos contentivos en la normativa profundizando en la escucha del niño, del universo tramitado se examinaron 45 expedientes correspondientes al Proceso Sumario de Determinación de Guarda y Cuidado y Régimen de Comunicación, de éstos en 15 casos existían niños con edades entre 7 y 15 años, en 4 de ellos el Tribunal dispuso se realizara la escucha y solo en 2 se hizo efectiva.

De igual forma se examinaron 250 expedientes correspondientes al Proceso Especial de Divorcio por Justa Causa con hijos menores y de estos en solo 70 de ellos existían niños con edades entre 7 y 15 años, en 5 el Tribunal dispuso se realizara la escucha y en solo 2 se realizó.

Además se examinaron 25 expedientes correspondientes a Procesos de Jurisdicción Voluntaria entre ellos 20 de Utilidad y Necesidad y 5 procesos de Adopción, en los procesos de Utilidad y Necesidad se involucraban 15 niños con edades entre 7 y 15 años y solo en 1 se realizó la audiencia de la escucha.

En los procesos de Adopción los niños eran mayores de 7 años. De igual forma se examinaron 8 casos correspondientes a Procesos de Reconocimiento de Filiación y 7 correspondientes a Procesos de Impugnación al Reconocimiento de Hijos entre los 15 había 6 con edades entre 7 y 15 años, en ninguno de ellos el Tribunal dispuso que se realizara la escucha. De igual forma se examinaron 25 casos de Procesos Incidentales referentes a Guarda y Cuidado y régimen de comunicación, de ellos 15 con edades entre 7 y 15 años, en ninguno el Tribunal dispuso que se realizara la escucha.

De los 45 expedientes analizados de Guarda y Cuidado y Régimen de Comunicación en 26 de ellos coincidían los infantes sobre los cuales se decidía en Procesos de Alimentos.

De los 400 casos revisados, en 146 existían niños con edades entre 7 y 15 años, en 10 procesos el Tribunal dispuso se dispuso escucha pero solo en 2 de ellos se efectuó.

Se realizó una encuesta a un total de 25 juristas en materia civil y familiar. De esa muestra todos refirieron su conocimiento sobre las normativas jurídicas que regulan el Procedimiento Familiar. De ellos 6 coincidían que eran cuerpos normativos especiales y 19 no lo consideraban así. Coincidieron en la existencia de los Tribunales de Familia para estos asuntos, sin embargo 5 eran del criterio de que los jueces de estos Tribunales eran exclusivos para estos asuntos.

Se constató la inexistencia de Tribunales súper especializados en asuntos de niñez y adolescencia. Se advirtió de sus respuestas, la falta de intermediación en estos procedimientos. Del total de las encuestas solo 4 profesionales consideraron se

recepccionaban en circunstancias óptimas las opiniones de las niñas y niños, para 14 no se hace de forma adecuada y para 7 solo a veces.

De los 25 profesionales encuestados, 2 de ellos opinaron que se realiza la exploración a las niñas y niños en todos los procesos, 15 respondían que no se hacía y para 8 a veces. Un total de 15 juristas compartían el criterio de la necesidad de realizar la escucha en todos los procesos y para 8 de ellos no era necesario.

De esta muestra, solo 10 encuestados afirmaban la existencia de una normativa que regula la edad para poder escuchar a niñas y niños. De los juristas todos consideraban que debían ser escuchados los niños en estos procesos sin una edad prefijada. De ellos solo 3 consideran al Ministerio Fiscal obligado por ley a participar en estos procedimientos y 22 no lo consideran así.

Sobre el Proceso de Divorcio por Justa Causa se constató de las respuestas de los encuestados que no conocen la forma en que participa el fiscal. De ellos 21 afirmaban que su participación debe ser más activa en los Procesos de Familia.

Como se aprecia de esta muestra escogida, es muy baja la cantidad de procesos familiares donde se llega a concretar la audiencia de la escucha del niño y en consecuencia pueden verse afectados sus derechos. Por otro lado, ciertamente hay diversidad de criterios en cuanto a la necesidad de realizar esta audiencia en los procesos de mayor significación para sus vidas, máxime si los progenitores logran llegar a un “acuerdo beneficioso” para sus hijos.

Advirtiéndose en este sentido, que como no existe definición desde el punto de vista procesal del momento adecuado para realizar dicha audiencia, lo cotidiano es que primero se llega a un acuerdo por los padres y luego si no se torna imprescindible, por parte del órgano juzgador, contar con la certeza de que este acuerdo sería lo mejor para el niño, mediante la escucha, entonces pasa a ser este un acto procesal casi innecesario y dilatador para el procedimiento que se sigue.

4.2 La escucha del niño desde la óptica cautelar.

Como hemos tratado de transmitir, la voz del niño en el ámbito judicial, se convierte en pauta central a ser tenida en cuenta para la determinación de su interés en cada caso concreto. Por ende, hacer lugar a la opinión del niño, aún cuando desde la mirada adulta, se considere contraria a la definición propia de Interés Superior, significa que, de por sí el niño sea protagonista.

Este rol protagonista, se refiere justamente al derecho del niño a ser oído, como bien nos dice Cecilia Grosman, se asocia con la determinación de cuál es “su mejor interés”. Es así que el Tribunal para tomar una decisión acerca de cuál ha de ser la mejor forma de vida, seguridad, desarrollo, debe necesariamente para valorar estas posturas, entrevistarse con el niño, conocer detalles de su vida, su personalidad y sus dificultades.

Coincidiendo con la colega chilena- “Escuchar a los niños y facilitar su participación no debiera ser una dificultad extra, sino que una parte fundamental de un sistema que protege y reconoce efectivamente sus derechos”. En relación a cómo oímos a los niños, esto necesariamente debe traducirse con la presencia inexorable del fiscal, un psicólogo, donde se le dé al niño todas las garantías y los resguardos para que pueda expresarse con facilidad. Es necesario adentrarnos en la personalidad del niño, su familia, su historia las actividades que realiza, su inserción y rendimiento escolar”. Todo esto se torna imprescindible a fin de poder obtener la mayor información tendiente a que aplicado al caso práctico del niño en cuestión, se pueda resolver de la mejor manera²⁴.

Como aspecto importante para lograr este objetivo y sin entorpecer el buen desempeño del procedimiento familiar de acuerdo con los principios específicos que lo informan como ágil y garantista, considero que debería el legislador prever la posibilidad de ubicar a la audiencia de escucha del niño como medida previa y cautelar al momento de la comparecencia de las partes donde de forma inminente se puede lograr acuerdo y finalizar el litigio que en torno al menor gira, sobre todo en aquellos procesos en que se deciden cuestiones como la guarda y

²³Vargas Páves, Macarena y Correa Camus, Paula, “La voz de los Niños en la Justicia de Familia en Chile”, Revista *Ius et Praxis*, Año 17, N° 1, 2011, pp. 177 - 204 ISSN 0717 – 2877, p. 13.

cuidado, el régimen de comunicación, el cambio de su status filial, mediante adopción, reconocimiento de filiación o incluso la impugación al reconocimiento de hijos.

Resulta comprensible en este ámbito de aplicación del derecho que no todos los procesos podrán entrar en este rango de los que tengan mayor influencia en la vida y desarrollo del niño. Incluso como diligencia previa al proceso, sería en extremo conveniente conocer detalles de la vida de ese niño que será el centro del litigio. Cuestiones como sus sentimientos, su opinión en correspondencia con el conflicto que tienen sus progenitores, que puede ser reciente o no, su estado psicológico, entre otros, pueden convertirse en herramientas muy importantes para el juez antes de escuchar a las partes y propiciar con su ánimo conciliador que no se transforme ese problema en un trayecto tortuoso no solo para las partes sino en especial para ese niño.

Carentes en el procedimiento familiar de ese proceso prejudicial que es la mediación, bien se pudiera repensar en la idea de apropiarnos de los elementos fundamentales del sistema cautelar en el procedimiento civil en general para coadyuvar al buen desempeño de la solución de los conflictos familiares en los que su centro están los derechos de los niños y la protección adecuada a su derecho de participación refrendado internacionalmente.

Por otra parte, en cuanto a esta diligencia procesal de la audiencia del niño, sería importante definir la participación del fiscal en estos procesos como mejor representante de los derechos del niño, pudiera muy bien ser éste, cuan velador y defensor de estos derechos, ser la parte que solicitara al tribunal la mentada audiencia, aún cuando el menor pudiera convertirse en protagonista de sus propios derechos, aplicando las reglas del sistema cautelar ya mencionado con el único objetivo de garantizar la verdadera eficacia de las decisiones judiciales mencionadas.

- **El Abogado del Niño**

Esta innovadora figura que ya tiene algunos años de aplicación en otros sistemas jurídicos familiares, aún se muestra ausente en el procedimiento familiar que rige en Cuba y data de algo más de dos años de instrumentado; ésta, sin dudas, pudiera concursar entre las formas en que se haga efectiva la voz de los niños en los procesos judiciales que les afecten. Dejando siempre claro que ello no quiere decir que la opinión de los niños en Cuba no se tenga en cuenta ni que con estas alternativas valoradas se girará el rumbo de las decisiones judiciales que se tomen en plenos conflictos a acatar fielmente lo que opinen los niños, pero si debe constituir por los estudios y prácticas llevadas a cabo internacionalmente, un arma esencial para con ello lograr una adecuada protección del Interés Superior del Niño.

CONCLUSIONES

1.- A modo de conclusiones de las presentes consideraciones podemos señalar que en primer lugar está consagrado internacionalmente el Derecho de Participación del Niño en los procesos administrativos y judiciales que les afecten en la Convención de los Derechos del Niño; y que Cuba como signataria de ese texto, ha introducido un procedimiento familiar novedoso que consagra los primeros pasos para salvaguardar aún más la adecuada protección de los derechos de los infantes.

2.- Que no obstante, los resultados obtenidos por la aplicación de la Instrucción 216/2012 del CGTSP en atención a la protección integral a las relaciones familiares y en especial a todo lo concerniente a los derechos de la infancia en Cuba, se hace imprescindible continuar perfeccionando el mentado procedimiento, atendiendo principalmente a recuperar la voz de los niños en los procesos que les afecten directamente y así consagrar de forma fehaciente el principio internacional del Interés Superior del Niño.

3.- Las herramientas que sustentan el sistema cautelar en Cuba en el ámbito procesal civil, pueden instrumentarse por los órganos legislativos y por los operadores del derecho, teniendo en cuenta lo garantista de sus resultados en la eficacia de las decisiones judiciales, en aras de salvaguardar la oportunidad certera de que la opinión del niño sea tenida en cuenta en los procesos que les afecten.

4.- La participación del fiscal como protector de los derechos del niño en los procesos familiares toma protagonismo cada vez más en los diversos ordenamientos jurídicos, por lo cual es menester que se ubique dicha actuación en Cuba de forma más activa, logrando no solo velar por el cabal cumplimiento de la función antes dicha con respecto a los niños, si no de promover trámites procesales como la audiencia de la escucha en estos procesos al iniciar los mismos cuando las partes y el tribunal no lo insten y se decidan sobre cuestiones que les afecten.

5.- La figura del abogado del niño debe introducirse en el proceder familiar como otra de las garantías en la defensa y consolidación de sus derechos que deben además contar con un respaldo constitucional de forma expresa.