

## EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL.

**GABRIELA CAROLINA COLEF**

Especialista en Derecho Procesal. Sede Central.

E-mail: colefgabriela\_cen@ucp.edu.ar

### INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objetivo describir la evolución que ha tenido el derecho del niño a ser oído, tanto en el marco legislativo como jurisprudencial, y a nivel internacional, nacional y local de la Provincia del Chaco

Dentro de la evolución normativa (Capítulo I), el análisis comienza en el plano internacional y constitucional, luego continúa en el orden nacional, haciendo referencia especialmente al nuevo Código Civil y Comercial; y finaliza con la normativa provincial del Chaco que lo recepta expresamente.

En materia jurisprudencial, el Capítulo II contiene un repaso de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos, a través de los casos Fornerón, Atala y Furlán; además del tratamiento de la cuestión por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, para terminar con el comentario de un reciente pronunciamiento del Superior Tribunal de la Provincia del Chaco.

Resulta conveniente aclarar que el término Participación del Niño abarca tanto la Escucha del Niño (o defensa material) como la Asistencia del Niño (o defensa técnica); pero que este trabajo aborda sólo el primero de dichos aspectos, dejando para otra oportunidad

el desarrollo del segundo, aún cuando en la jurisprudencia citada en el capítulo II están tratadas ambas cuestiones.

Asimismo resulta oportuno destacar que el lector no encontrará aquí el análisis particular referido a las características de la escucha, los asuntos que involucra la misma, la evaluación previa, el desarrollo de la audiencia, y lo que pasa después; es decir, todo lo relacionado con el marco teórico que implica el tema tanto desde el punto de vista jurídico como psicológico. Esto será de otro trabajo.

En su mayor extensión este artículo consiste en una relación descriptiva del derecho vigente; no obstante lo cual, en el último capítulo (III), luego de la exposición sucinta de las conclusiones, el mismo finaliza con el aporte personal sobre el tema elegido.

### I.1- INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL

El derecho del niño a ser oído se encuentra consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas; y en la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU -órgano de seguimiento e interpretación de la referida Convención-, se explicitan alcances de dicho artículo 12, el que establece:

*“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”.*

Asimismo, el derecho a ser oído, ha sido reconocido tanto por el sistema internacional como el regional de protección de derechos humanos, y en tal sentido, seguidamente se consignan en forma cro-

nológica los documentos que se refieren al mencionado derecho.

En primer lugar, se advierte que la Declaración de Ginebra, del año 1948, compuesta de siete principios fundamentales, no trata el derecho a ser oído.

Es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, en el año 1948 (Artículo XVIII), junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos -aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en París, también en el año 1948- el primer documento internacional que prescribe el derecho de toda persona a la justicia.

Específicamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 10 establece: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.

La Declaración Universal de los derechos del Niño, del año 1959, no trató el tema.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en diciembre del 1966 y entrado en vigor en marzo de 1976, en el artículo 14 dispone: *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”*.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscripta en la ciudad de San José, Costa Rica, en el año 1969, establece en el art. 8: *“Garantías judiciales. 1- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier*

*acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*. En el artículo 25 prevé: *“Protección judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”*. Y en el art. 19: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”*

En el año 1985, la Asamblea General aprueba las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), y en la regla 7.1 refiere a la participación del niño del siguiente modo: *“En toda las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior”*.

A continuación, en el año 1989, se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, que además del artículo 12, transcrito al principio de este capítulo, trata también el derecho a ser oído, en los artículos 5 y 18.

El artículo 5 dice: *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o, en su caso, de los familiares 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 sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*.

Artículo 18: *“1-Incumbirá a los padres o, en su caso, a los tutores la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su*

*preocupación fundamental será el interés superior del niño...*"

Resulta interesante destacar que el mencionado art.12 de la Convención, tuvo su origen en el proyecto de la delegación de Polonia, el cual enumeraba los distintos supuestos en que debía ser escuchada la opinión del menor, señalándose entre ellos la opinión de menores, la elección de empleo, los tratamientos médicos, la educación y la recreación.

La representación de Estados Unidos propuso ampliar tal derecho a asuntos relacionados con la religión, las convicciones políticas y sociales, las cuestiones de conciencia y las culturales y artísticas. En el desarrollo de los debates quedó precisado que no resultaba conveniente enumerar los distintos supuestos en que debía expresar el menor su opinión, bastando con que se realice libremente y conforme a su edad y madurez.

El X Congreso Internacional de Derecho de Familia, reunido en Mendoza en el año 1998, como informe de la Comisión N°2 sobre "El niño como sujeto de derecho. El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas" sentó que "Sin perjuicio del carácter operativo del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, se considera dictar normas procesales adecuadas para una mejor aplicación".

En el año 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en razón de lo que dispone el art.64.1 del Pacto de San José de Costa Rica, somete ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de Opinión Consultiva a fin de que se "interprete si los deberes y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ut supra transcritos) presentan límites al arbitrio o a la discreción de los Estados para dictar medidas especiales de protección en relación a niños de acuerdo al artículo 19 de la misma". Esta consulta tiene como antecedente que, en distintas legislaciones y prácticas de países americanos, la vigencia de tales derechos y garantías no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección

judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia.

Específicamente la Comisión solicita a la Corte se pronuncie respecto de cinco prácticas, siendo una de ellas: "la determinación en procedimientos administrativos o judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación"

En relación a dicha solicitud, la Corte, en la Opinión Consultiva N°17/02, concluye en el punto 95 que "Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho del niño".

El Punto 96 dice "Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto".

En el Punto 98 se prescribe que "En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías".

El Punto 101: "Este tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo (42), el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual

a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

El Punto 102. “En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.”

Finalmente, la Corte, opina en décimo lugar que: “en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes al juez natural –competente, independiente e imparcial-, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.”

Por Resolución 2005/20 de la Asamblea General de las Naciones Unidas se establecen las Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, las que conforme su texto (I.6) podrían aplicarse también a procesos extrajudiciales y consuetudinarios, como la justicia restaurativa, y en las ramas no penales del derecho, incluidas, aunque sin limitarse a ellas, las leyes relativas a la custodia, el divorcio, la adopción, la protección de los niños, la salud mental, la ciudadanía, la inmigración y los refugiados.

El apartado VIII prescribe el Derecho a ser oído y a expresar opiniones y preocupaciones, y en tal sentido el párrafo 21 detalla: “Los profesionales deberán hacer todo lo posible para que los niños víctimas

y testigos de delitos puedan expresar sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso de justicia, en particular: a) Velando por que se consulte a los niños víctimas y, en su caso, a los testigos de delitos acerca de los asuntos enumerados en el párrafo 19 (derecho a ser informado); b) Velando porque los niños víctimas y testigos de delitos puedan expresar libremente, y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso de justicia, sus preocupaciones acerca de su seguridad en relación con el acusado, la manera en que prefieren prestar el testimonio y sus sentimientos acerca de las conclusiones del proceso; c) Prestando la debida consideración a las opiniones y preocupaciones del niño, y si no les es posible atenderlas, explicando al niño las causas”.

Apartado XI Derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia. Párrafo 29 d) “Utilizar procedimientos idóneos para los niños, incluidas salas de entrevistas concebidas para ellos, servicios interdisciplinarios para niños víctimas de delitos integrados en un mismo lugar, salas de audiencia modificadas teniendo en cuenta a los niños testigos, recesos durante el testimonio de un niño, audiencias programadas a horas apropiadas para la edad y madurez del niño, un sistema apropiado de notificación para que el niño sólo comparezca al tribunal cuando sea necesario, y otras medidas que faciliten el testimonio del niño”. Párrafo 31 c) “Asegurar que los niños... sean interrogados de forma adaptada a ellos...”

Apartado xv Párrafo 40 “Se deberá impartir a los profesionales que trabajen con niños víctimas y testigos de delitos capacitación, educación e información adecuadas a fin de mejorar y mantener métodos, actitudes y enfoques especializados con objeto de proteger a los niños víctimas y testigos de delitos y de tratarlos con efectividad y sensibilidad”

El Comité de los Derechos del Niño, órgano dedicado a profundizar la comprensión de los contenidos y las implicaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus días de Debate General correspondientes al período 11 al 19 de septiembre de 2006 se dedicó al tema “Hablar, Participar y Decidir- El Derecho del Niño a Ser

Escuchado”. En dicha oportunidad el Comité identifica este derecho como uno de los cuatro principios generales de la Convención, lo cual significa que la implementación del art. 12 es parte integral de la implementación de los otros artículos de la Convención y un derecho infantil en sí mismo

Para profundizar el debate, se formaron dos grupos de trabajo: uno referido a la niñez como participante activa de la sociedad (en todos los niveles: hogar, escuela, comunidad) y otro relacionado con el derecho de la niñez a ser escuchado en procesos judiciales y administrativos. Respecto de esto último, aplicable sin excepción a todo escenario relevante, y afirmando el derecho a ser informado que tiene todo niño/a involucrado, como así también la obligatoria capacitación en las implicaciones del art. 12 de la Convención a todas las categorías de profesionales intervinientes en dichos procedimientos judiciales y administrativos.

Luego, como recomendación surgida de los Días de Debate del Comité se desarrolla la Observación General N°12, aprobada el 20 de julio del año 2009, en la que se explicita acabadamente el alcance del derecho del niño a ser escuchado, destacando que el mismo es uno de los cuatro principios generales de la Convención de los Derechos del Niño, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño. Esta circunstancia pone de relieve que el artículo 12 no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

La referida Observación General establece los requisitos básicos que deben cumplir los métodos adoptados para que se tengan debidamente en cuenta las opiniones de los niños en todos los asuntos que los afecten. En tal sentido efectúa un análisis jurídico de los dos párrafos del art. 12 de la CDN, luego desarrolla las medidas para garantizar la observancia del aludido derecho a ser escuchado, y prescribe las obligaciones de los Estados Partes en tal sentido.

Resulta pertinente finalizar este punto con las “100 Reglas de Bra-

silia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, las que fueron aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV edición de la Cumbre Iberoamericana, los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008, puesto que las mismas establecen en la Sección Segunda punto Número 2 Regla 5 que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

Además la regla 78 se refiere expresamente a la participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales y establece que se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso: dichos actos judiciales se deberán celebrar en una sala adecuada, se deberá facilitar la comprensión utilizando un lenguaje sencillo y se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

De toda la normativa detallada en este punto surge claramente que el derecho del niño a ser oído ha sido debidamente receptado en el ámbito internacional del derecho, siendo su máximo instrumento la Convención sobre los Derechos del Niño, a través del art.12; como así también la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU, que en su carácter de órgano de seguridad e interpretación de la referida Convención, explicitó sus criterios sobre los alcances de dicho artículo 12.

## I.2- NACIONAL

El Código Civil argentino, del año 1869, adelanta en más de un siglo la última frase del citado artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, atento a que Vélez Sarsfield crea, sobre precedentes indios y patrios, un “órgano apropiado de representación”, distinto y equidistante de padre y madre, encargado además de controlar la tutela y la guarda, con fuertes facultades de intervención y oposición a designaciones y de requerir remociones. En este orden de cosas, el art. 59 del Código Civil establece que la insuficiente capacidad

de obrar de las personas menores de edad en los procesos civiles es suplida con la intervención necesaria, como parte legal no dependiente de designación judicial sino con legitimación propia y previa al proceso, del Ministerio Público de Menores, junto a los representantes necesarios, sin ellos o contra ellos.

En efecto, puede decirse que la aparente contradicción entre la inmadurez del niño y el pleno carácter de sujeto de derecho ha sido encarada por el Derecho Civil argentino en dos planos: el sustancial y el procesal. En el primero, nunca se negó al niño la capacidad jurídica de fondo, y por ende la titularidad de derechos subjetivos y de acciones (por eso se admitieron acciones de daños y perjuicios en favor de huérfanos, o se dictaron declaratorias de herederos, etc., inconcebibles si no fueran “sujetos de derechos”).

Procesalmente, en cambio, al estar limitada por la menor edad la capacidad de obrar, se recurría casi exclusivamente a la figura de la representación, ya sea por los padres o tutores, ya, a modo promiscuo, por el Ministerio Público.

En otras palabras, conforme lo dispuesto por el art.59, párrafo segundo del Código de fondo, desde antaño el Derecho Civil argentino reconocía e imponía la intervención procesal de los niños y adolescentes por medio de representantes.

Además, cabe agregar, la habilitación específica de capacidad procesal de los menores adultos, a partir de los catorce años, tanto con legitimación activa para entablar acciones como con intervención y participación propia en procesos ya iniciados. Esta participación personal de los niños es uno de los cambios más notables que se ha dado durante las dos últimas décadas en la práctica de los tribunales, en sentido contrario a criterios que eran comunes con anterioridad.

La Constitución Nacional 1994 ha incorporado los siguientes tratados con jerarquía constitucional: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ley 26061, del año 2005, sortea el escollo del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto a que para algunos autores, esta normativa dejaba abierta la posibilidad de que la voz de los niños y adolescentes sea escuchada a través de sus representantes y no de manera directa. En efecto, la mencionada ley prescribe a través de sus artículos 2, 3, 19, 24 y 27 que las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.... Lo que debe ser respetado y tenida en cuenta su opinión.

Consagra la ley los tres niveles progresivamente obligatorios del derecho a ser oído en consideración a la madurez y el desarrollo del niño, y que comprenden: 1)el deber insoslayable del juez de escuchar personalmente al niño, cualquiera sea su edad; 2)deber de tomar en cuenta sus opiniones y deseos; y 3)derecho a ser parte en función de su desarrollo, y en tal carácter gozar de legitimación activa en los procesos, ofrecer pruebas, recurrir y contar con asistencia letrada.

El nuevo Código Civil y Comercial, vigente desde el 01 de agosto del año 2015, a la vez que suprime el binomio capacidad/incapacidad en relación a la menor edad de las personas y consagra el principio de la capacidad progresiva, establece expresamente el derecho del menor de edad a ser oído en todo proceso judicial (art.26), a participar y a que su opinión sea tenida en cuenta (art. 707).

Además, en varios artículos expresamente legisla el derecho de las personas menores de edad a ser oídas.

Así, en materia de adopción, establece expresamente y como principio general (art.595) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los 10 años. Luego, específicamente lo preceptúa en el proceso de guarda con fines de adopción (art.613) y en el juicio de adopción (art.617.b). Y finalmente la normativa consagra también este derecho en cuanto a las posibilidades de mantener o modificar el prenombre del adoptado (art.623) y/o su apellido (arts.626 y 627).

En el tema de Responsabilidad parental, nuevamente el legislador

destaca la importancia de la autonomía progresiva y el derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes, colocándolos como principios generales en el art.639. Además, específicamente, al regular la delegación del ejercicio de la guarda (art.643) establece como deber del juez: “oír necesariamente al hijo”; y enumera en el art. 646, entre los deberes de los progenitores: “respetar el derecho del niño y del adolescente a ser oído...”. También prevé la participación del hijo en el plan de parentalidad que deben presentar los padres (art.655) relativo al cuidado del hijo.

En suma, en el orden nacional, el derecho a ser oído de las personas menores de edad se encuentra expresamente receptado.

### I.3- PROVINCIAL

El Estatuto Jurídico del Menor de Edad y la Familia (ley 4369) de la Provincia del Chaco, del año 1997, que establece el procedimiento en la materia, refiere expresamente a la escucha del niño y audiencias con el mismo en cinco oportunidades:

La primera de ellas es en el art. 29 que estatuye: “El Estado garantizará el derecho de todo menor de edad a una administración de justicia especializada y normas procesales especiales. Las garantías comprenden: ...inc. g) ...El derecho a ser escuchado idóneamente sin restricciones y de apelar las decisiones que lo involucren”.

En segundo lugar, el mencionado Estatuto, cuando se ocupa, dentro del proceso penal, de la medida de internación de las personas menores de edad (medida cuestionada en su constitucionalidad), específicamente en el art. 86 establece, que “Durante la internación el menor de edad tiene derecho a comunicarse en forma reservada con su abogado y entrevistarse con el Asesor de Menores de Edad y el Juez... sin perjuicio de los demás derechos...”

Además, la norma de forma provincial, prevé la realización de audiencias (art. 201) a los fines de oír a las personas menores de edad imputables e involucradas en conflictos penales, previo al dictado de

una medida tutelar. Y finalmente, en la etapa del juicio, el art.222 expresamente establece: “...El menor será oído conforme las oportunidades y guardando las garantías que el Código Procesal Penal establece para el imputado”.

En el Capítulo que la ley 4369 dedica a las funciones de las Asesorías de Menores de Edad, prescribe que dichas Asesorías (art. 105 inc. d) deberán. ...”Escuchar al menor de edad en audiencias, recibir sus reclamos y atender sus intereses, sosteniendo el punto de vista que le fuere manifestado....”.

En materia penal, la normativa se complementa con el procedimiento establecido por el Código Procesal Penal chaqueño, el que establece en el art. 225 bis las formas y condiciones especiales de los interrogatorios a personas menores de edad víctimas y testigos de delitos contra la vida y contra la integridad sexual. En estos casos los interrogatorios serán realizados por un psicólogo del poder judicial, en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor de edad. Las alternativas de este acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto, a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video u otro. Del acto se dejará constancia en soporte audiovisual al que tendrán acceso exclusivo las partes y podrá ser exhibido como prueba, siempre protegiendo el interés superior del menor. También podrá asistir al interrogatorio el terapeuta del menor, si así lo solicitare o a pedido de los padres del mismo. El art. 94 inc. 6 del código procesal penal prescribe que sin perjuicio de lo regulado por el art. 225 bis, recién comentado, cuando la víctima fuere menor de edad, tendrá derecho a ser acompañada por personas de su confianza durante los actos procesales en los que debe participar.

En el año 2012 se sancionó la Ley 7162 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que dispone que el órgano encargado del sistema de protección de derechos de las personas menores de edad es la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, perteneciente al Ministerio de Desarrollo Social, dependiente a su vez del Poder Ejecutivo de la Provincia.

Esta ley regula el procedimiento que se pone en marcha en la esfera de la administración ante el conocimiento de la existencia de una amenaza o violación a los derechos de una niña, niño o adolescente, o cuando el mismo sea víctima de una falta, contravención o infracción a las normas penales. Todas estas situaciones pueden ser denunciadas en forma directa por la persona menor de edad.

En el marco de dicho trámite la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia forma un expediente administrativo en el que participan el niño, niña o adolescente y sus padres, tutores, guardadores o quienes lo tengan bajo su cuidado. Asimismo interviene un Equipo Interdisciplinario, que es el encargado de tomar contacto directo y personal con la persona menor de edad.

El art. 37 de la ley de protección expresamente establece: “El equipo interdisciplinario convocará a la niña, niño o adolescente, sus familiares y, en su caso allegados, a una audiencia en la cual serán informados de la denuncia efectuada, la forma de funcionamiento del Sistema de Protección de Derechos, los programas existentes, sus mecanismos de ejecución, los derechos de las niñas, niños y adolescentes y la necesidad de colaboración primaria del grupo familiar, salvo que por aplicación de la ley nacional 26485 –de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres- y de la ley provincial 6689 –de Protección Integral de Violencia contra las Mujeres- se encuentren prohibidas, o bien por la existencia de circunstancias del caso se considere inconveniente su realización conjunta. En todos los casos la niña, niño o adolescente será escuchado en forma privada y en un ámbito adecuado, respetando los derechos y garantías previstos, los cuales deberán ser informados fehacientemente a los asistentes a la audiencia, en especial el derecho a contar con una defensa técnica especializada”. Claramente prevé la normativa en cuestión la audiencia con el niño a los fines de que sea escuchado en forma privada y en un ámbito adecuado. Además prescribe la defensa técnica especializada.

En los siguientes artículos la ley continúa regulando el trámite que debe cumplir el órgano administrativo hasta la toma de decisión

de una medida de protección de derechos. Y para el caso de que ésta sea de carácter excepcional, es decir, que implique la separación del niño de su familia en virtud de que el interés superior del mismo así lo exija, por existir circunstancias graves, fracaso de las medidas ordinarias, o fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes no resultando posible la exclusión del hogar de estas personas; esta medida quedará sujeta al control de legalidad por el Juez de Menores de Edad y la Familia.

En el marco de dicho control de legalidad, nuevamente la norma prevé en forma expresa la escucha de la persona menor de edad involucrada. Es así que el art. 47 dice: “Recibida la solicitud de control de legalidad por el Juez de Menores de Edad y la Familia en turno, se formará expediente judicial que pasará a despacho para proveer. El primer proveído deberá dictarse dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al ingreso de la solicitud. En ese acto el juez deberá: ...c) Fijar una audiencia que deberá realizarse dentro del plazo de cuarenta y ocho (48) horas de dictado el primer proveído. Serán citados a comparecer la niña, niño o adolescente; sus representantes legales, el asesor de menores y el abogado si lo hubiera designado y en su defecto solicitar su designación a fin de garantizar la defensa técnica de los intereses individuales de la niña, niño o adolescente...” Y seguidamente el Artículo 48 prescribe: “La audiencia de control de legalidad será realizada el día y hora fijados con las partes que concurren, dejando constancia en acta de todo lo actuado. Seguidamente, el Juez de Menores de Edad y Familia deberá tomar contacto con la niña, niño o adolescente en audiencia personal en que se asegurará su debido derecho a ser oído y su opinión será tenida en cuenta en forma prioritaria. Finalizada la audiencia, el juez interviniente deberá resolver sobre el control de legalidad de la medida adoptada”.

Vencidos los plazos por los que puede fijarse la medida excepcional (90 días prorrogables por un vez), la ley 7162 establece que la Subsecretaría solicitará al juez la definición de la situación jurídica del niño conforme a derecho.

Llegado a este punto, y continuando con la evolución de la legisla-

ción provincial en esta materia, se destaca la reciente sanción de la Ley 7388 que regula el procedimiento de adopción en la provincia, y en tal sentido de preceptuar el trámite a seguir una vez vencido el plazo de la medida excepcional, y a los fines de solicitar la declaración de adoptabilidad del niño. Este procedimiento además de caracterizarse por sistematizar la debida participación de los progenitores y de la familia ampliada del menor de edad, establece expresamente en cada uno de los supuestos que legisla el derecho del niño a ser oído (art.2 inc.e), 11 inc.c, 9, 12, 14 inc.c) y e), 21, 23, 28, 29).

Además de todo esto, a nivel local, la Provincia del Chaco, cuenta, al igual que la mayoría de las provincias, con legislación específica en materia de violencia familiar (4175 modificado por 6864 y 6689), adhesión a la ley 26485, además de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

En relación a las leyes de violencia familiar, el niño puede denunciar directamente ante Juez competente o ponerlo en conocimiento del Ministerio Pupilar. Con esta denuncia se pone en marcha el proceso tendiente a materializarse todo lo expuesto anteriormente, dentro del cual interviene también un Asesor de Menores de Edad.

En este proceso, el rol del Ministerio Público es el de controlar que: 1) Los niños sean informados debidamente y con prontitud; 2) que sean tratados con tacto y sensibilidad durante el mismo, teniendo en cuenta su situación personal, sus necesidades, su edad...; 3) que sean escuchados; 4) que haya celeridad; 5) que la intervención judicial sea en la medida de lo posible, de carácter preventivo; 6) que se adopte la medida específica de protección del niño.

Como conclusión de este acápite, se destaca que la provincia del Chaco consagra, en su normativa local, de modo expreso el derecho del niño a ser oído.

## CAPITULO II: MARCO JURISPRUDENCIAL

### II.1-CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La CIDH ha abordado recientemente el derecho del niño a ser oído en los siguientes casos:

#### II.1-1) Caso ATALA RIFFO E HIJAS VS. CHILE -24/2/12

El caso se relaciona con la discriminación e injerencia arbitraria en la vida privada de la Señora Atala, ocurridas en el contexto de un proceso judicial sobre la custodia y cuidado de sus tres hijas (de 12, 13 y 17 años de edad). En primera y segunda instancia las resoluciones fueron favorables a la madre, mientras que la Corte de Chile falló a favor del padre. Sin embargo se resalta en el mismo el análisis que hace la Corte respecto de la participación de las niñas en el proceso.

En tal sentido, en la Resolución del 29 de noviembre del 2011, la Corte señaló que en ninguna parte del expediente había una manifestación precisa por parte de las niñas M., V. y R. respecto a si estaban de acuerdo con la representación que ejercía cualquiera de sus padres y de si deseaban ser consideradas como presuntas víctimas en el presente caso. La Corte indicó que, si bien existían dos escritos mediante los cuales tanto el padre como la madre manifestaban que actuaban en representación de las tres niñas ante el Tribunal, la posición de la madre y el padre no necesariamente representaban los intereses de las niñas.

Teniendo en cuenta la controversia entre la madre y el padre, y el alcance del derecho de las niñas a participar y ser oídas, la Corte considera útil, en el marco específico del caso, ordenar, como prueba para mejor resolver, que las niñas M., V. y R. sean informadas sobre su derecho a ser oídas ante la Corte y las consecuencias que el ejercicio de dicho derecho implica, con el objetivo de que las tres niñas manifiesten lo que deseen al respecto.

El 8 de febrero de 2012 la Secretaría de la Corte Interamericana lleva a cabo la diligencia en la que dos de las niñas manifestaron diversas observaciones en relación al caso (las cuales poseen carácter reservado).

En la diligencia, el personal de la Secretaría estuvo acompañado por una psiquiatra, con quien mantuvo una reunión previa, a los fines

de intercambiar ideas para garantizar que la información brindada fuera accesible y apropiada a las niñas.

Teniendo en cuenta los estándares internacionales sobre el derecho de las niñas y los niños a ser oídos, las niñas M. y R. fueron, en primer lugar, informadas de manera conjunta por el personal de la Secretaría sobre su derecho a ser oídas, los efectos o consecuencias que podían producir sus opiniones dentro del proceso contencioso en el presente caso, y se les consultó si querían continuar participando en la diligencia. Posteriormente, en lugar de desarrollar un examen unilateral, se sostuvo una conversación con cada una por separado, con el objetivo de brindar un ambiente propicio y de confianza a las niñas. Durante la diligencia no estuvieron presentes ninguno de los padres y ninguna de las partes. Además, la diligencia con las niñas fue privada en razón del pedido de confidencialidad de la identidad de las niñas realizado tanto por la Comisión como los representantes, como por la necesidad de proteger el interés superior de las niñas y su derecho a la intimidad. Además, las niñas solicitaron expresamente se mantuviera absoluta reserva de todo lo que manifestaran en la reunión.

Durante la diligencia, las niñas M. y R. manifestaron que conocían y entendían los temas relacionados con las alegadas violaciones (discriminación a la madre, injerencias arbitrarias a la familia) por las cuales fueron presentadas como presuntas víctimas en el caso. De las manifestaciones rendidas por las dos niñas y teniendo en cuenta el desarrollo progresivo de los derechos de las niñas y los niños, la Corte observa que las dos niñas expresaron de manera libre e independiente sus propias opiniones y juicios formados sobre los hechos del caso que atañen a ellas, así como algunas de sus expectativas e intereses en la resolución del caso. Por lo tanto, la Corte las considera víctimas en el presente caso.

La Corte resalta que los niños y niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las

circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, el Tribunal observa que el art. 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino. De manera específica, la Observación General N°12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del art.12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida.

La Corte constata que la Corte Suprema de Justicia de Chile no explicó en su Sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente. En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión e la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que se consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño. Por lo antes indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el art. 8.1, en relación con los arts.19 y 1.1 de la Convención

Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R.

### **II.1-2) Caso FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA -27/04/12**

En nuestro país el proceso de guarda judicial violó el derecho del Señor Fornerón y de su hija a ser oídos en un plazo razonable, reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre.

En virtud de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó, entre otras cosas, que el Estado establezca de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el Sr. Fornerón y su hija M., siendo una de las condiciones la consideración de la voluntad y opinión de la niña. El párrafo 165 de la sentencia dice: “en consideración del papel esencial de los niños en todas las decisiones que afectan su vida, los expertos a cargo del proceso de vinculación deberán asegurar que M tenga conocimiento de sus derechos y tendrán en cuenta la voluntad y opinión de la niña, en consideración de su grado de desarrollo y del nivel de autonomía personal en cada momento, al margen de los intereses o interferencias de terceros”.

### **II.1.3) Caso Sebastián Claus FURLAN y FAMILIA VS. ARGENTINA -31/08/12**

La Corte determinó que, cuando tenía 14 años, Sebastián Furlán sufrió un accidente al ingresar a un predio cercano a su domicilio, propiedad del Ejército Argentino. Dicha circunstancia ocasionó una serie de consecuencias físicas y mentales para el mismo. Su padre interpuso una demanda en el año 1990 en el fuero civil contra el Estado, con el fin de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la incapacidad resultante del accidente de su hijo.

El 7 de septiembre de 2000 el juzgado estableció que el daño ocasionado a Sebastián Furlán fue consecuencia de la negligencia por parte del Estado, como titular y responsable del predio. El pago de la indemnización quedó comprendido dentro de la Ley 23982 de 1991, por lo que dicha indemnización fue pagada a Furlán por medio

de bonos de consolidación emitidos a 16 años de plazo, los cuales fueron vendidos apenas fueron entregados. Esto implicó que Furlán recibiera en definitiva el 33% del valor nominal de la indemnización que había sido otorgada.

En la Sentencia, la Corte tuvo en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad. Además, estableció que las autoridades judiciales a cargo del proceso civil por daños y perjuicios y del cobro de la indemnización excedieron el plazo razonable, toda vez que no actuaron con la debida diligencia y el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Furlán. Asimismo, no se respetó el derecho de Sebastián Furlán a ser oído y tampoco intervino el Asesor de Menores e Incapaces. Todo lo que implicó la vulneración del derecho a las garantías judiciales. Conforme lo establece el art. 7 de la CDPC, es fundamental que los niños con discapacidad sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad y evolución.

Furlán no fue escuchado directamente por el juez a cargo del proceso, lo que impidió conocer sus opiniones así como constatar su situación específica como persona con discapacidad. Se vulneró su derecho a ser oído consagrado en el art. 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre.

## **II.2- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:**

### **II.2-1) CASO: RECURSO DE HECHO DEDUCIDO POR LA ACTORA EN LA CAUSA P. DE LA S., L. DEL C. C/ P., G.E. S/ DIVORCIO Y TENENCIA- 10/08/10.**

El caso: la Sra. L. del C.P. de la S. inició juicio de divorcio con el Sr. G.E.P., y éste reconvino por las causales de adulterio, abandono e injurias graves. El sostuvo que no obstante haber reconocido voluntariamente como hija a A.M., nacida en 1995, la niña no habría sido concebida en el seno del matrimonio. A fin de acreditar ese hecho,

ofreció la realización de la prueba de ADN, la que fue declarada procedente en primera instancia.

La Sra. y la Defensora de Menores ante la Alzada se opusieron a la medida, y la Cámara confirmó la decisión de grado. Contra la misma, la actora interpuso recurso extraordinario, y habiendo sido denegado éste, interpuso la correspondiente queja, con fundamento en que si el demandado hubiera querido desconocer la paternidad, debería haber intentado la acción de impugnación de la filiación.

La decisión de la Corte: declaró formalmente admisible el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada con los siguientes fundamentos:

Ante la existencia de intereses en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, es la obligación del tribunal dar una solución que permita satisfacer las necesidades del menor del mejor modo posible para la formación de su personalidad... (art. 3.1 de la CDN). Ello así, pues si bien es cierto que el resultado del ADN ninguna incidencia tendría en el emplazamiento actual del estado filiatorio de la niña, se trata de un dato directamente asociado a la identidad personal de ella y por lo tanto, con aptitud para provocar consecuencias psicofísicas sobre su persona, que pueden ser tanto positivas como negativas. Sin embargo, la alzada no efectuó el examen que la hermenéutica constitucional exigía en punto a los efectos que específicamente podía traer aparejada para M. la producción de la prueba en cuestión. Y según las constancias de la causa, nunca se requirió la opinión de la niña que cuenta con 14 años de edad, pese a que los artículos 12 de la CDN y 27 de la Ley 26061, garantizan el derecho de los menores a ser oídos.

Los jueces, para sustentar su opinión, se limitaron a invocar en forma genérica el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalísimo de la menor a conocer su origen. En realidad, lo que debieron justificar es que se trataba de una prueba que además de beneficiar a progenitor favorecía el interés superior de la niña.

Advierte la Corte que el punto de partida fue equivocado. No eran razones generales vinculadas al derecho a conocer el dato biológico

las que debían sustentar la decisión de llevar a cabo la prueba, sino la demostración de que concretamente para M., ello redundaría en un beneficio más que en un perjuicio Y exigía que la menor hubiese podido dar su opinión, para lo cual debía estar informada en punto a los efectos que acarrearía la hipótesis de que el ADN demostrara la incompatibilidad genética con quien figuraba como su padre.

Con todo lo anterior la Corte concluyó que la sentencia dictada por la Cámara ha tomado una decisión sin atender a las pautas que la misma Corte ha determinado al interpretar el art. 3.1 y 21, párrafo introductorio de la Convención de los Derechos del Niño.

## II.2-2) CASO “G., M. S. C/ J.V., L. S/ DIVORCIO VINCULAR”, 26/10/10.

El caso: incidente de supresión y cesación de régimen de visitas...

La cuestión se originó en el despacho inicial de una medida cautelar solicitada por la actora por la que la juez de grado –haciendo lugar al pedido- suspendió el régimen de comunicación de un padre con sus hijas (que también eran hijas de la peticionante, de 7 y 10 años). Las niñas eran presuntas víctimas de abuso sexual perpetrado por aquél. Adjuntó para justificar la urgencia la reproducción fílmica de una sesión en Cámara Gesell e informes profesionales sobre el hecho denunciado. Dicha suspensión ordenada fue primeramente revocada por la Cámara quien dispuso “un amplio régimen de visitas” a favor del demandado. Fundó lo resuelto precisamente en la orfandad probatoria imperante, fruto de la nulidad declarada en primera instancia de la prueba acompañada. Se consideró en dicha oportunidad que “había irregularidades en el proceso de adquisición”. Ante la insistencia de la madre disconforme, fue modificada por el STJ de Santiago del Estero: ordenó la reanudación del contacto del demandado con sus hijas bajo supervisión o sea lo que se denomina usualmente como un “régimen asistido”. Se alzó la actora y le concedió el Máximo Tribunal provincial el recurso extraordinario. A su vez rechazó la casación presentada en pos de revertir la nulidad de las evaluaciones psicológicas acompañadas con la demanda y la

actora también dedujo recurso extraordinario contra dicho decisorio. Su rechazo dio lugar a la queja, admitida por la Corte. Finalmente y en tren de resolver en el anotado se adoptó idéntico temperamento al de primera instancia: suspendió los contactos, revocando la declaración de nulidad de la prueba.

El Defensor Oficial ante la CSJN dictamina destacando que no se ha dado participación alguna a las niñas (de 10 y 7 años de edad), quienes como sujetos de derecho tienen derecho a opinar y a ser escuchadas... Que para alcanzar una solución realmente contemplativa de los intereses que se deben proteger, los magistrados de las instancias anteriores tendrían que haber adoptado diversas medidas, a saber: 1) oír a las menores, que son las primeras interesadas en la cuestión; 2) conocer cuáles son sus necesidades; 3) disponer un período de revinculación...; 4) descartar la eventual presencia de un síndrome de alienación parental. Insta a la Corte, en su rol de intérprete final y garante del efectivo cumplimiento de los derechos y principios invocados... le conceda a las niñas el grado de exigibilidad que establece el art. 29 de la Ley 26061, a los efectos de hacer operativo y efectivo su interés superior... se haga lugar al recurso... se mande dictar nuevo pronunciamiento... estimando prudente se haga saber al magistrado de grado que deberá proceder a designarle a L. y a R. un letrado especializado en la materia para que las patrocine, a fin de garantizar en lo sucesivo, su derecho a participar en el proceso; de tal manera que puedan ejercer eficazmente su derecho constitucional a defenderse y a probar...

Consecuentemente, la Corte declara procedente la queja, admisibles los recursos extraordinarios... revoca el pronunciamiento en cuestión y hace saber al juez de la causa que deberá designar letrado especializado en la materia a los fines de que patrocine a las menores en el proceso.

Todo lo cual a los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la causa sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos.

## II.2-3) CASO "RECURSO DE HECHO DEDUCIDO POR LA DEFENSORA OFICIAL DE M. S. M. EN LA CAUSA M., G. C/ P., C. A.", 26/06/12

El caso: la CSJ rechazó el pedido de una niña de 14 años de ser tenida como parte por derecho propio, en el juicio de tenencia que sus progenitores habían iniciado y en el cual ella había elegido a una abogada de su confianza para que defienda sus derechos cuando tenía 10 años. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Cámara Nacional de Apelaciones, a su turno también, rechazaron su solicitud. La Defensora Oficial interpuso el recurso de queja ante el rechazo del Recurso Extraordinario Federal, que fue formalmente admitido.

Aclara la Corte que la decisión a la que se arriba en la presente causa en modo alguno se opone a lo resuelto precedentemente "G.,M.S. c/ J.V.L.", puesto que en éste último no fueron las niñas involucradas las que se presentaron con letrado patrocinante elegido por ellas sino que fue el Tribunal quien, al hacer lugar a una medida sugerida por el señor Defensor Oficial, solicitó al juez de la causa que procediese a designarles un abogado especializado en la materia para que las patrocine.

Los fundamentos: Recuerda que la Corte ha señalado que la Convención sobre los Derechos del Niño ha reconocido que el niño es sujeto de derecho pleno, sin dejar de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. Sobre esa base, la ley 26061, que establece un sistema de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, debe ser interpretada no de manera aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.

Interpreta la Corte que las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la ley 26061 y no conculcan los

los estándares internacionales en la materia.

Críticas..... confunde la imposibilidad de elegir por derecho propio un abogado, con el derecho de estar asistido con una adecuada defensa técnica, como garantía mínima.

El temperamento adoptado por la Corte aparece reñido con la seguridad jurídica: deja al discrecional criterio judicial la conveniencia o inconveniencia de designar abogado al niño en un caso determinado para los menores impúberes.

Atenta contra la igualdad jurídica: No todos los menores impúberes con derechos en conflicto tendrán acceso a esta garantía, sino solamente algunos, dependiendo de la mayor o menor complejidad del asunto a la luz de los ojos del juez o sea de su voluntarismo.

#### **II.2-4) Caso: “P.G.M. y P.C.L. s/protección de persona” 27 de noviembre de 2012.**

El caso se inicia en el 2004 con la presentación de la Sra. L.A.T. madre de los niños G.M.P. y C.L.P. (nacidos en el 200 y 2002 respectivamente), a fin de solicitar la intervención del juez debido a la situación de desamparo en que se encontraba junto a sus hijos. En el año 2005, los niños ingresaron al hogar “Adand”. La madre mantuvo comunicación telefónica con ellos, sin poder visitarlos porque estaba con trabajo de parto,; una vez producido el nacimiento de su tercer hijo, L.AT. se alojó en forma transitoria con su pareja en un hotel. En junio de 2006, la magistrada interviniente resolvió decretar el egreso de los menores del hogar Adand su reintegro al hogar familiar por haber mejorado las condiciones habitacionales y vinculares. En septiembre de 2007, los dos niños ingresaron al hogar “Padre Ángel García” donde la madre los visitaba casi todos los días. En diciembre de 2009 la jueza ordenó la prórroga de la medida excepcional disponiendo su alojamiento en el Hogar Convivencial “María Virgen Madre”, donde la progenitora los visitó en algunas oportunidades, justificando su esporádica presencia debido a que a fines del 2009 había nacido su cuarto hijo, dificultándosele el acceso al hogar. En agosto de 2010 ingresaron al “Hogar Buenos Aires Chiquititos”, junio

de 2011 se encontraban en el hogar “Pronats Buenos Aires”.

En este marco, los niños se presentaron como partes con patrocinio letrado, lo que fue rechazado en primera instancia y confirmado por la Cámara. Luego los niños interpusieron recurso extraordinario.

Los niños, en la presentación que dio origen a la cuestión traída a conocimiento de la Corte Suprema, expresaron su deseo de volver a vivir con su madre, motivo por el cual requirieron la implementación de las medidas necesarias para fortalecer el vínculo materno filial, removiendo los obstáculos que impedirían a la madre asumir su crianza, y específicamente, la intimación al organismo que corresponda para que se tramite la inclusión del grupo familiar en un subsidio habitacional.

La Corte, citando los fundamentos dados en el caso M.G.c/P.,C.A. de junio de 2012, confirma la sentencia apelada considerando que la designación de una dirección letrada por parte de los menores constituye un acto nulo, de nulidad absoluta (arts. 1041, 1047 del Código Civil).

Pero, sin perjuicio de ello, señala la Corte que la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 12 le reconoce el derecho a expresar su opinión y a ser escuchado, ya sea directamente por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Que de las constancias de la causa ni surge que los niños –que se encuentran institucionalizados desde muy pequeños en diferentes hogares- hubiesen podido hacer efectivo el ejercicio de tal derecho. Ello es así porque al margen de la presentación que dio origen a la cuestión en examen, en el expediente sólo consta el llamado a una audiencia a la que debían concurrir los niños, que no pudo realizarse, y un nuevo pedido efectuado por la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara que no fue considerado.

Cita la Corte la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño, la que insta que se introduzcan mecanismos para garantizar que los niños que se encuentren en todas las modalidades alternativas de acogimiento, en particular en instituciones, puedan

expresar sus opiniones, que éstas se tengan debidamente en cuenta en los asuntos relativos a su acogimiento las normas relativas al cuidado que reciban en familiar hogares de guarda su vida diaria (pto.97)

Finaliza poniendo de resalto que los niños no han sido oídos e el proceso en el que debe atenderse primordialmente el interés superior de los mismos, en virtud delo cual decide hacer saber al juez de la causa que deberá designar un letrado especializado en la materia a fin de garantizar que sean escuchados y puedan hacer efectivos sus derechos.

### **II.2-5) CASO “RECURSO DE HECHO DEDUCIDO POR LA ASESORA GENERAL TUTELAR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES EN LA CAUSA ESCOBAR, SILVINA Y OTROS S/INF. ART.181, INC.1º C.P.”, 01/08/13.**

El caso: Con fecha 26 de octubre de 2009 el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires dio inicio al proceso de restitución de un inmueble con fundamento en que se encontraba debidamente acreditada la existencia del delito de usurpación previsto por el art. 181 del C.P.. Al haber tomado conocimiento de que en el inmueble en cuestión habitaban personas menores de edad, se presentó espontáneamente la Señora Asesora General Tutelar y solicitó que previo a adoptar cualquier decisión que pudiera afectar los derechos de dichos niños, se le corra vista de las actuaciones. El magistrado de grado rechazó las peticiones de la misma por entender que carecía de legitimación para intervenir en el caso. Esta decisión fue apelada y confirmada por la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas por entender que carece de legitimación la Asesoría en tanto su intervención sólo procede cuando el menor es víctima, testigo o imputado de un delito. El recurso de inconstitucionalidad planteado fue declarado inadmisibles y la Asesoría General Tutelar interpuso recurso de queja.

La queja fue desestimada, entendiendo la Corte que son los jueces de la causa a los que les corresponde poner en conocimiento de

las autoridades competentes la situación de las niñas/os y/o adolescentes que pudieran verse afectados, a los fines del pertinente resguardo de sus derechos de rango constitucional.

Se destaca la vista contestada por el Defensor Oficial ante la Corte Suprema, quien ha señalado que el caso se ha venido privando a los menores involucrados del efectivo ejercicio de su derecho de defensa, de ser oídos y de participar activamente en todo asunto que los afecta e involucra, con relación a un derecho fundamental como lo es el derecho a la vivienda digna. Se ha vulnerado su derecho a participar de un proceso justo, de gozar de un recurso judicial efectivo sin discriminación por su condición de ser menor de edad y de obtener una tutela efectiva; pues como sujetos de derechos están amparados por la garantía del debido proceso legal consagrado en el art. 18 de la C.N.

### **II.3- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CHACO**

#### **CASO ORTIZ MARCOS S/ PROTECCION INTEGRAL**

El caso se inicia en primera instancia el 01/07/2007 con un pedido por parte del hospital local de autorización judicial para tratamientos médicos en razón de que el niño Marcos E. Ortiz, de 9 años de edad, había sufrido un accidente ferroviario, carecía de padres y otros familiares. En dicha intervención le fue amputada la pierna derecha y parte del pie izquierdo. Una vez dado de alta del hospital, sin una pierna, fue alojado en el Pequeño Hogar N°1.

Desde entonces la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia, no trabajó seriamente el caso, no le garantizó al niño la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que Marcos no posee vivienda, no tiene familia, no fue reinsertado al sistema educativo (fue hasta segundo grado y abandonó la escuela al fallecer su madre), no recibe controles de salud, ni tampoco alimentos por parte del Estado. Ello, no obstante haber estado alojado en nume-

rosas oportunidades en distintas instituciones estatales.

El órgano técnico administrativo ha elaborado distintos informes que fueron agregados a la causa, los que no fueron suficientes para brindar protección integral que permita restaurar los derechos vulnerados durante la corta vida de Marcos.

Desde la Asesoría de Menores de Edad correspondiente al caso fueron gestionados el certificado de discapacidad del niño, un pilón de marcha para su pierna derecha, la obtención de muletas, y una pensión por discapacidad. Cuestiones todas que debió hacer el Poder Ejecutivo y no el Ministerio Pupilar.

Además, la Asesoría, conforme competencia asignada por ley y jurisprudencia, inició los procesos de impugnación de paternidad (puesto que había sido reconocido por un señor que no era su padre biológico) y de designación de tutor. Pero nada de esto resultó suficiente, por cuanto el ahora adolescente Marcos Ortiz (16 años) continúa viviendo en la calle, y a pesar de los oficios librados por el Juzgado para que la Dirección de Niñez le brinde la asistencia correspondiente, su situación de vulnerabilidad de derechos persiste en el tiempo.

Por esta razón es que desde la Asesoría se requirió a la Juez interviniente que se intime a la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, a los fines de que efectivice la protección integral que resulta de su competencia. Efectuado este pedido, el Juzgado resolvió que, daba por concluidas su actuación atento a que ya se encontraba en conocimiento del caso el órgano técnico administrativo y había entrado en vigencia la ley provincial N°7162 que pone en cabeza del Poder Ejecutivo el sistema de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Se destaca que esta decisión judicial fue adoptada sin haber oído al adolescente. En virtud de lo cual fue recurrida, y luego confirmada por la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial.

El Ministerio Pupilar interpuso recurso extraordinario de inconstitucionalidad por arbitrariedad.

La sentencia del Superior Tribunal de Justicia, en fecha 01/09/2014 hizo lugar al recurso y en su mérito declaró la nulidad de la sentencia

dictada por la Cámara, disponiendo que la misma dicte nuevo pronunciamiento.

El pronunciamiento se fundamentó, e en que “el Tribunal de Alzada confirmó la sentencia de grado que dispuso el archivo de las actuaciones proteccionales referidas al adolescente M.O. omitiendo brindarle de modo previo la posibilidad suficiente de ejercer el derecho a ser oído y sin arbitrar las diligencias necesarias para tomar razón del cumplimiento concreto y actual por parte del organismo administrativo de protección de derechos de las responsabilidades inherentes conforme ley N°7162; de tal modo se apartó de las constancias de la causa que dan cuenta de la situación de vulnerabilidad de derechos del adolescente, así como de las normas conducentes para su debida solución, todo lo cual redundaba en evidente menoscabo de la garantía de la defensa en juicio y de la correcta fundamentación exigible a los fallos judiciales”

Abierta la jurisdicción de la Alzada a los fines de dictar nueva resolución, lo hizo en fecha 06/10/2014, revocando el proveído que dispuso el archivo de la causa en todas sus partes, ordenando que se prosigan las actuaciones según su estado, y haciendo saber a la Sra. Juez de la instancia inferior que como paso previo a cualquier decisión que pudiere afectar al adolescente, deberá tomar razón de las medidas de protección integral que hubiere puesto en práctica a la fecha la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, y dar participación activa y directa en el proceso a Marcos Ortiz escuchando su opinión personal sobre el asunto. Todo ello con la diligencia y celeridad que las razones de urgencia y gravedad reclaman.

Con los fallos comentados en este Capítulo, se pone de relieve la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y del Superior Tribunal de la Provincia del Chaco, en la elaboración de pronunciamientos que efectivizan la garantía judicial, constitucional y legalmente consagrada, de que goza cada niño, niña y adolescente de ser oído y de que su opinión sea tenida en cuenta en el resultado de los procesos que los involucran.

### III. CONCLUSIONES

La normativa internacional, nacional y de la provincia del Chaco recepta el derecho del niño a ser oído.

Se destaca el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece el deber estatal de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta en función de la edad y madurez del niño. Asimismo, la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño, que explicita los alcances de dicho artículo.

Además, la Ley 26061, prescribe a través de sus artículo 2, 3, 19 24 y 27, que las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Lo que debe ser respetado y tenida en cuenta su opinión.

El nuevo Código Civil y Comercial establece expresamente el derecho del menor de edad a ser oído en todo proceso judicial (art.26), a participar y a que su opinión sea tenida en cuenta (art. 707).

La provincia del Chaco consagra legislativamente este derecho desde el año 1997, a través de la ley 4369 (Estatuto Jurídico del Menor de Edad y la Familia); y lo refuerza con el dictado de las leyes 7162 del año 2012 (de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes) y 7388 del año 2014 (Procedimiento de Adopción). Estas dos últimas normas establecen esta garantía de modo categórico, en el primer caso, dentro del procedimiento administrativo de protección de derechos de la infancia, y en el segundo caso, en el proceso judicial de adopción.

Por otra parte, la más alta jurisprudencia, tanto de la CIDH, de la CSJN como del STJ de la provincia del Chaco, avanza con el dictado de fallos, en los que se enfatiza el deber que tienen los jueces de oír a las personas menores de edad en todo asunto o proceso que los afecte.

El acabado conocimiento de la existencia del derecho del niño a ser oído y su operatividad resulta imprescindible por parte de los diversos operadores en materia de Niñez y Adolescencia, y particular-

mente en el ámbito judicial.

Del derecho del niño a ser oído deriva el deber que tienen los operadores tanto administrativos como jurídicos, y fundamentalmente los jueces, de escucharlos, es decir de efectivizar dicha garantía.

En la medida que más y mejor se escuche al niño, niña y adolescente, podrán adoptarse decisiones que en mayor medida garanticen sus derechos. Ello, en virtud de que no resulta posible determinar el interés superior del niño sin oírlo previamente. El derecho constitucional del niño a ser oído y la valoración de su interés superior van de la mano.

### BIBLIOGRAFÍA

- BELOFF, M., DEYMONNAZ, V., FREEDMAN, D., HERRERA, M. y TERRAGNI, M. (2012) "Convención sobre los Derechos del Niño- Comentada- Anotada y Concordada" Avellaneda, Prov. De Bs. As. Edit. LA LEY.
- D'ANTONIO, D.H. (2001) "Convención sobre los Derechos del Niño", Buenos Aires, Edit. Astrea.
- Defensoría General de la Nación (2011) "Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes- Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública", Bs. As., Unicef.
- GARCIA MENDEZ, E. (2006) "Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes- Análisis de la Ley 26061", Buenos Aires, Editores del Puerto.
- GIL DOMINGUEZ, A., FAMA, M.V. Y HERRERA M. (2006) "Derecho Constitucional de Familia" T.I, Capital Federal: Ediar.
- RODRIGUEZ, L. (2011) "Infancia y derechos: del patronato al abogado del niño- Experiencia de la clínica jurídica de la Fundación Sur", Bs. As. Eudeba.
- WEIMBERG, I.M. (2002) "Convención sobre los Derechos del Niño"; Sta. Fe, Edit. Rubinzal Culzoni.