UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS RECIENTES

TÍTULO: DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO

Apellido y Nombre/s del/la alumno/a: Bailon, Agostina

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: Derecho Internacional Público

Encargado del curso Prof.: Cecilia Bertolé

Lugar: Santa Rosa

Año que se realiza el trabajo: 2019

ÍNDICE GENERAL:

- Introducción…….3
- Análisis jurídico……...5
  1. Análisis del primer párrafo del artículo 12……5
  2. Análisis del segundo párrafo del artículo 12…….9
- Medidas para garantizar la observancia del derecho del niño/a a ser escuchado……...12
- Obligaciones de los Estados partes……15
- Relación con otras disposiciones de la Convención……..16
- Condiciones básicas para la observancia del derecho del niño a ser escuchado……...19
- Jurisprudencia……22
- Conclusión final…….42
- Bibliografía general……...46

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad desarrollar el derecho del niño/a a ser escuchado, que constituye uno de los principios fundamentales y es uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los derechos del niño.

Puede ser definido como el hecho de que el niño/a y adolescente pueda participar activamente del proceso en el que se afecte algún interés del mismo/a, siendo el Estado el que debe brindar medios idóneos que posibiliten el ejercicio de dicho derecho.

Se tendrá en cuenta la Convención sobre los derechos del niño (en adelante CDN) que lo recepta en el artículo 12 y su correspondiente observación realizada por el Comité de los derechos del niño que apunta a la condición jurídica y social del niño ya que posee autonomía progresiva y por lo tanto es sujeto de derechos.

Siguiendo a Mary Beloff, anteriormente a la CDN, existía el "modelo de la situación irregular" cuya característica fundamental era que consideraba a los niños/as como objeto de protección, seres incapaces e incompletos que requieren de un abordaje especial, por lo tanto, su opinión deviene irrelevante. Por este motivo también la protección a la que están sometidos viola o restringe sus derechos, ya que es el niño/a se encuentra en una situación irregular -por sus condiciones personales, familiares, sociales- y es objeto de intervenciones estatales coactivas. Pero este modelo entro en crisis en la década de 1960 en los Estados Unidos y en la década de 1980 a nivel de la comunidad internacional. Con la aprobación de la CDN, en 1989, se inauguró una nueva etapa definida como "la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes".

Esta nueva concepción se construye no solo a partir de la CDN sino también a partir de instrumentos específicos regionales y universales de protección de los derechos humanos y de otros documentos internacionales que representan la expresión de voluntad e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y son aplicables en la interpretación de tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la ONU y pueden devenir obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional[1].

[1] Beloff, Mary. Los derechos del niño en el sistema interamericano. Año 2009. Página 31.

ANÁLISIS JURIDICO [2]

El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño, en el primer párrafo, consagra que: “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”.

1. Análisis del primer párrafo

i) “Garantizaran”.

Los Estados partes tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños. Esa obligación se compone de dos elementos destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones.

ii) “Que esté en condiciones de formarse un juicio propio”.

Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible y deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas.

[2] Observación general n°12 del Comité de los derechos del niño. El derecho del niño a ser escuchado. Año 2009. Página 8.

En cuanto a la edad, el Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad. Al respecto, el Comité dispone que:

En primer lugar, el concepto del niño como portador de derechos está “firmemente asentado en la vida diaria del niño” desde las primeras etapas, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente.

En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.

En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión.

Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho y deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño.

iii) “El derecho a expresar su opinión libremente”.

“Libremente” significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas; es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva “propia” del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.

Los Estados partes deben garantizar unas condiciones para expresar opiniones en que se tenga en cuenta la situación individual y social del niño y un entorno en que el niño se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones.

La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones.
El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño.

iv) “En todos los asuntos que afecten al niño/a”.

Los Estados partes deben garantizar que el niño pueda expresar sus opiniones “en todos los asuntos” que lo afecten. Ello representa una segunda condición para este derecho: el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina lo afecta. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente.

Aunque el Comité apoya una definición amplia del término “asuntos”, que también comprende cuestiones no mencionadas explícitamente en la Convención, reconoce que le siguen los términos “que afectan al niño”.

La práctica demuestra que una interpretación amplia de los asuntos que afectan al niño y a los niños contribuye a incluir al niño en los procesos sociales de su comunidad y su sociedad.

v) “Teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. No basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio.

El artículo 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica.

"Madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración.

Evolución de las facultades del niño.[3]

El artículo 5 de la Convención establece que "los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, los tutores o los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de impartir dirección y orientación al niño en su ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención. Por consiguiente, el niño tiene derecho a recibir dirección y orientación, que tienen que compensar la falta de conocimientos, experiencia y comprensión del niño y estar en

[3] Observación general n°12 del Comité de los derechos del niño. El derecho del niño a ser escuchado. Año 2009. Página 21.

consonancia con la evolución de sus facultades, como se establece en ese artículo. Cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Esta transformación se producirá paulatinamente a medida que se alienta al niño a aportar sus opiniones.

2. Análisis del segundo párrafo

El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño, en el segundo párrafo, consagra que: "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 procedimientos de la ley nacional".

i) El derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño".

El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la

protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje.

El derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, como a los iniciados por otras personas que afecten al niño.

Se alienta a los Estados partes a que introduzcan medidas legislativas por las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño.

Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.

ii) “Ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”.

Una vez que el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará. El Comité recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento.

El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona.

Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio (progenitor(es)). Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. El método elegido

deberá ser determinado por el niño (o la autoridad competente en caso necesario) conforme a su situación particular. Los representantes deberán conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños.

Deberán elaborarse códigos de conducta destinados a los representantes que sean designados para representar las opiniones del niño.

iii) “En consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Se alienta a los Estados partes a que cumplan las normas básicas de imparcialidad de los procedimientos, como el derecho a la defensa y el derecho a acceder al expediente propio. Pero cuando no se respete la reglamentación, la decisión del tribunal o de la autoridad administrativa puede ser impugnada y podrá ser anulada, sustituida o remitida a un nuevo examen jurídico.

MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA OBSERVANCIA DEL DERECHO DEL NIÑO/A A SER ESCUCHADO [4]

La aplicación de los dos párrafos del artículo 12 exige que se adopten cinco medidas para hacer realidad efectivamente el derecho del niño a ser escuchado siempre que un asunto lo afecte o cuando el niño sea invitado a dar su opinión en un procedimiento oficial, así como en otras circunstancias. Estas medidas deben aplicarse de manera adecuada para el contexto de que se trate.

a) Preparación.

Los responsables de escuchar al niño deben asegurarse de que el niño esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese. Además, el niño debe recibir información sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante. Debe ser consciente de las posibles consecuencias de esa elección. El responsable de adoptar decisiones debe preparar debidamente al niño antes de que este sea escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde se lo escuchará y quiénes serán los participantes, y tiene que tener en cuenta las opiniones del niño a ese respecto.

b) Audiencia.

El contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el niño pueda estar seguro de que el adulto responsable de la

[4] Observación general n°12 del Comité de los derechos del niño. El derecho del niño a ser escuchado. Año 2009. Página 13.

audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar. La persona que escuchará las opiniones del niño puede ser un adulto que intervenga en los asuntos que afectan al niño, un encargado de adoptar decisiones en una institución o un especialista.

La experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación, en condiciones de confidencialidad.

c) Evaluación de la capacidad del niño.

Las opiniones del niño deben tenerse debidamente en cuenta, siempre que un análisis caso por caso indique que el niño es capaz de formarse un juicio propio. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Deben establecerse buenas prácticas para evaluar la capacidad del niño.

d) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño).

Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio.

e) Quejas, vías de recurso y desagravio.

Es necesario disponer de legislación para ofrecer a los niños procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta

sus opiniones sea pasado por alto y violado. Los niños deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas. Los niños deben saber quiénes son esas personas y cómo pueden acceder a ellas. En el caso de los conflictos familiares sobre la consideración de las opiniones de los niños, el niño debe tener la posibilidad de recurrir a una persona de los servicios de juventud de la comunidad.

Si el derecho del niño a ser escuchado se vulnera en relación con procedimientos judiciales y administrativos el niño debe tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia que ofrezcan vías de recurso para las violaciones de derechos. Los procedimientos de denuncia deben proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo.

OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES [5]

a) Obligaciones básicas.

El derecho del niño a ser escuchado impone a los Estados partes la obligación de revisar o modificar su legislación para introducir los mecanismos que den acceso a los niños a la información pertinente, el apoyo adecuado en caso necesario, información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño y procedimientos de denuncia, recurso o desagravio. Para cumplir esas obligaciones, los Estados partes deben adoptar las siguientes estrategias:

Revisar y retirar las declaraciones restrictivas y las reservas respecto del artículo 12;
Establecer instituciones independientes de derechos humanos, como defensores del niño o comisionados con un amplio mandato en materia de derechos del niño;
Impartir capacitación sobre el artículo 12 y su aplicación en la práctica para todos los profesionales que trabajen con niños y para los niños;
Garantizar que haya las condiciones adecuadas para apoyar y estimular a los niños para que expresen sus opiniones, y asegurarse de que estas opiniones se tengan debidamente en cuenta mediante normas y dispositivos que estén firmemente cimentados en las leyes y los códigos institucionales y sean evaluados periódicamente respecto de su eficacia; Combatir las actitudes negativas, que obstaculizan la plena realización del derecho del niño a ser escuchado, mediante campañas públicas y los medios de difusión.

[5] Observación general n°12 del Comité de los derechos del niño. El derecho del niño a ser escuchado. Año 2009. Página 15.

RELACIÓN CON OTRAS DISPOSICIONES DE LA CONVENCIÓN [6]

El artículo 12, como principio general, está vinculado a los demás principios generales de la Convención, como el artículo 2 (derecho a la no discriminación) y el artículo 6 (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo) y, en particular, es interdependiente con el artículo 3 (consideración primordial del interés superior del niño). El artículo también está estrechamente vinculado con los artículos relativos a los derechos y libertades civiles, especialmente el artículo 13 (derecho a la libertad de expresión) y el artículo 17 (derecho a la información). Además, el artículo 12 está conectado con todos los demás artículos de la Convención, que no podría aplicarse íntegramente si no se respeta al niño como sujeto con sus propias opiniones sobre los derechos consagrados en los artículos respectivos y sobre su cumplimiento.

Artículos 2 y 6

El derecho a la no discriminación es un derecho inherente que garantizan todos los instrumentos de derechos humanos, incluida la Convención sobre los Derechos del Niño. De conformidad con el artículo 2 de la Convención, todo niño tiene derecho a no ser discriminado en el ejercicio de sus derechos, incluidos los que se enuncian en el artículo 12. El Comité recalca que los Estados Partes deben adoptar las medidas adecuadas para garantizar a todos los niños el derecho a expresar libremente sus opiniones y a que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición. Los Estados Partes deben

[6] Observación general n°12 del Comité de los derechos del niño. El derecho del niño a ser escuchado. Año 2009. Página 18.

abordar la discriminación para asegurar que los niños tengan garantizado su derecho a ser escuchados y puedan participar en todos los asuntos que los afecten en pie de igualdad con los demás niños.

El artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que cada niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que los Estados Partes deben garantizar, en la máxima medida posible, la supervivencia y el desarrollo del niño. El Comité señala la importancia de promover las oportunidades en favor del derecho del niño a ser escuchado, habida cuenta de que la participación del niño es un instrumento para estimular el futuro desarrollo de la personalidad y la evolución de las facultades del niño.

Artículos 13 y 17

El artículo 13, sobre el derecho a la libertad de expresión, y el artículo 17, sobre el acceso a la información, representan condiciones imprescindibles para el ejercicio efectivo del derecho a ser escuchado. Esos artículos establecen que los niños son sujetos de derechos y, junto con el artículo 12, afirman que el niño tiene derecho a ejercer esos derechos en su propio nombre, conforme a la evolución de sus facultades.

El derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13, se relaciona con el derecho a tener y expresar opiniones y a recabar y recibir información por cualquier medio. Afirma el derecho de los niños a que el Estado parte no limite las opiniones que tienen o expresan. La obligación que impone a los Estados Partes es la de abstenerse de la injerencia en la expresión de esas opiniones o en el acceso a la información, protegiendo al mismo tiempo el derecho de acceso a los medios de difusión y al diálogo público.

El cumplimiento del derecho del niño a la información de manera coherente con el artículo 17 es en gran medida una condición necesaria para la realización efectiva del derecho a expresar las opiniones. Los niños necesitan tener acceso a la información en formatos adaptados a su edad y capacidad respecto de todas las cuestiones que les interesan.

CONDICIONES BASICAS PARA LA OBSERVANCIA DEL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO [7]

El Comité insta a los Estados Partes a evitar los enfoques meramente simbólicos que limiten la expresión de las opiniones de los niños o que permitan que se escuche a los niños/as pero no que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones. Hace hincapié en que permitir la manipulación de los niños/as por los adultos, poner a los niños/as en situaciones en que se les indica lo que pueden decir o exponer a los niños/as al riesgo de salir perjudicados por su participación no constituyen prácticas éticas y no se pueden entender como aplicación del artículo 12.

Para que la participación sea efectiva y genuina es necesario que se entienda como un proceso.

La experiencia desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 ha creado un consenso amplio respecto de las condiciones básicas que deben cumplirse para lograr una aplicación efectiva, ética y significativa del artículo 12. El Comité recomienda que los Estados Partes integren esos principios en todas las medidas legislativas y de otro orden para la aplicación del artículo 12.

Todos los procesos en que sean escuchados y participen un niño o varios niños deben ser:

a) Transparentes e informativos. Se debe dar a los niños información completa, accesible, atenta a la diversidad y apropiada a la edad acerca de su derecho a expresar su opinión libremente y a que su opinión se tenga debidamente en cuenta y acerca del modo en que tendrá lugar esa participación y su alcance, propósito y posible repercusión.

[7] Observación general n°12 del Comité de los derechos del niño. El derecho del niño a ser escuchado. Año 2009. Página 31.

b) Voluntarios. No se debe obligar a los niños a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar en su participación en cualquier momento

c) Respetuosos. Se deben tratar las opiniones de los niños con respeto y siempre se debe dar a los niños oportunidades de iniciar ideas y actividades. Los adultos que trabajen con niños deben reconocer, respetar y tomar como base los buenos ejemplos de participación de los niños. También es necesario que comprendan el contexto socioeconómico, medioambiental y cultural de la vida de los niños. Las personas y organizaciones que trabajan para los niños y con niños también deben respetar la opinión de los niños en lo que se refiere a la participación en actos públicos.

d) Pertinentes. Las cuestiones respecto de las cuales los niños tienen derecho a expresar sus opiniones deben tener pertinencia auténtica en sus vidas y permitirles recurrir a sus conocimientos, aptitudes y capacidad. Además, es necesario crear espacio para permitir a los niños destacar y abordar las cuestiones que ellos mismos consideren pertinentes e importantes.

e) Adaptados a los niños. Los ambientes y los métodos de trabajo deben adaptarse a la capacidad de los niños. Se debe poner el tiempo y los recursos necesarios a disposición de los niños para que se preparen en forma apropiada y tengan confianza y oportunidad para aportar sus opiniones. Es necesario considerar el hecho de que los niños necesitarán diferentes niveles de apoyo y formas de participación acordes con su edad y la evolución de sus facultades.

f) Incluyentes. La participación debe ser incluyente, evitar las pautas existentes de discriminación y estimular las oportunidades para que los niños marginados, tanto niñas como niños, puedan participar. Los niños no constituyen un grupo homogéneo y es necesario que la participación prevea la igualdad de oportunidades para todos, sin discriminación por motivo

alguno. Es necesario también que los programas sean respetuosos de las particularidades culturales de los niños de todas las comunidades.

g) Apoyados en la formación. Los adultos necesitan preparación, conocimientos prácticos y apoyo para facilitar efectivamente la participación de los niños. Los propios niños pueden participar como instructores y facilitadores respecto de la forma de propiciar la participación efectiva; necesitan formación de la capacidad para reforzar sus aptitudes.

h) Seguros y atentos al riesgo. En algunas situaciones, la expresión de opiniones puede implicar riesgos. Los adultos tienen responsabilidad respecto de los niños con los que trabajan y deben tomar todas las precauciones para reducir a un mínimo el riesgo de que los niños sufran violencia, explotación u otra consecuencia negativa de su participación. Las medidas necesarias para ofrecer la debida protección incluirán la formulación de una clara estrategia de protección de los niños que reconozca los riesgos particulares que enfrentan algunos grupos de niños y los obstáculos extraordinarios que deben superar para obtener ayuda. Los niños deben tener conciencia de su derecho a que se les proteja del daño y saber dónde han de acudir para obtener ayuda en caso necesario. La inversión en el trabajo con las familias y las comunidades es importante para crear una comprensión del valor y las consecuencias de la participación y reducir a un mínimo los riesgos a los que de otro modo podrían estar ex puestos los niños.

i) Responsables. Es esencial el compromiso respecto del seguimiento y la evaluación. Los niños tienen derecho también a recibir una respuesta clara acerca de la forma en que su participación ha influido en un resultado. Cada vez que corresponda debe darse a los niños la oportunidad de participar en los procesos o actividades de seguimiento. Es necesario que la supervisión y evaluación de la participación de los niños, cuando sea posible, se hagan con los niños mismos.

JURISPRUDENCIA

FALLO "ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES s/ Medidas de Protección (S.S.B.)", Cámara de Apelaciones de Trelew, 21 de agosto de 2015.

La Cámara decide revocar el fallo que ordenaba a una niña (S.S.B.) a mantener contacto con su madre (Sra. H.) ya que no se había tenido en cuenta su opinión y la jueza había decidido una revinculación coercitiva. El tribunal reafirmó el derecho de la niña a ser oída durante el proceso y a ser sujeto activo de una decisión que juzgaba traumática y perturbadora de su vida. Es una causa donde se debate la revinculación de la niña con la madre en medio de situaciones de violencia doméstica.

Se plantea como una primera cuestión, si la sentencia apelada se ajusta a derecho. Por lo tanto, el presidente de la Sala A de la Cámara de Apelaciones (Dr. Marcelo López Mesa) expresó que: la jueza de grado autorizo a la niña S.S.B. a permanecer durante el plazo de 3 meses en la casa de su tía abuela C.I. y ordeno concretar encuentros con su madre y el gradual retorno a su hogar. La actora apela dicha resolución fundándolo en la errónea valoración de la prueba, la errónea aplicación de la doctrina de la protección integral y el interés superior del niño al momento de sentenciar, la colisión de intereses entre el rigorismo formal y el interés superior del niño al momento de interpretar la aplicación de las medidas de protección de la Ley 26.061 y la prematura orden de revinculación de la niña con su madre. Por lo tanto, ingresando al tratamiento de las cuestiones traídas a resolución de esta sede, se reduce al cuestionamiento de la apreciación de la prueba rendida en autos y de la orden de revinculación coercitiva de la niña con su madre, decido que se constata en autos la falta de apoyatura jurídica real del decisorio de grado.

En primer lugar, cabe esclarecer que habiendo entrado en vigencia el nuevo Código Civil y

Comercial el 1 de agosto de 2015, corresponde su aplicación.

En segundo lugar, cabe aclarar que la niña ha suscripto un acta solicitando la asistencia de una abogada del niño, por lo tanto se le designó.

En tercer lugar, resulta fundada su presentación en autos a controvertir las pretensiones y afirmaciones de su madre, que en algunos casos se han apreciado en la audiencia llevada a cabo en la alzada como artificiosas, desenfocadas, negadoras de la realidad, hasta incluso, con actitudes tan cambiantes respecto de la propia menor, que muestran una falta de serenidad, compostura y estabilidad anímica. Indudablemente la menor tenía derecho a ser oída y a ser sujeto activo de la decisión, que ella juzgaba traumática y perturbadora de su vida.

Por este motivo esta Sala la ha recibido, la ha escuchado y se ha interiorizado debidamente de su problema.

"El derecho a ser escuchado por quienes administran justicia se refuerza, cuando se reconoce el derecho a recurrir a un superior, si quien lo escuchó en primer término no le dio la razón o la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño avanza aún más cuando en su artículo 24 inc. d y e reconoce el derecho del niño, niña y adolescente de "recurrir a un superior" ya sea en un procedimiento judicial o administrativo. En consonancia, el artículo 27 de la Ley 26061, reconoce el derecho a participar en todo procedimiento así como el derecho a recurrir ante el superior, pero amplía respecto de todo procedimiento administrativo o proceso judicial".

Sentado ello, resulta de aplicación al caso el art. 26 del nuevo Código Civil y Comercial, el que en su parte pertinente indica: "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En

situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona". La norma es de tal claridad que exime de comentar directamente sus términos, como que de ella emana primero el derecho de una menor no solo a ser oída, sino a participar de las decisiones que la involucren, lo que es lo menos que puede decirse de una situación a la que se la quiere exponer y la que le hará revivir recuerdos traumáticos.

Y toda vez que en el caso de autos la menor ha expresado en audiencia ante esta Cámara que no desea verse sometida a maltratos, como los que experimentaba de su madre y del Sr. B., lo que sumado a la prueba colectada en la causa respecto de las repercusiones negativas que la revinculación con la madre tendría para la menor, al menos en las actuales condiciones, se patentiza que el punto II de la resolución apelada deviene apresurado.

"Para determinar el interés superior del niño es indispensable recabar su opinión y considerarla, en cuanto sujeto de derecho". El niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior. Por tales razones, se puede afirmar que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir y dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto.

Por lo tanto, dada la violación constatada a las normas sobre el interés superior del niño que recepta la ley 26061 y la contradicción de lo resuelto en el grado con el art. 26 CCC, procede el derribamiento parcial de la sentencia apelada, para dar paso al dictado de un decisorio conforme a derecho y de acuerdo a las circunstancias comprobadas de la causa.

Se indica a la a quo que en dicho decisorio no deberá adoptar decisiones traumáticas que expongan a la menor a nuevos episodios de violencia o maltrato, ni tomar medidas voluntaristas o de compromiso, que se contrapongan a las constancias de la causa y a los deseos de la menor y que puedan afectar su integridad física o anímica.

Por las diversas razones explicitadas supra, propongo la revocación del punto II de la sentencia apelada, disponiendo que no se obligará a la menor a tener contacto con su madre, en tanto la misma no esté plenamente de acuerdo con ello y en tanto persistan las situaciones que puedan exponerla a una situación de peligro físico o de malestar anímico. Y, además, dejar sin efecto, la idea de que la menor retorne al hogar de su madre en un plazo breve y perentorio.

Por otro lado, la Dra. Spoturno expreso que: la sentencia parece dictada para otra causa. No se tuvo en cuenta ni la opinión de la adolescente ni los consejos de los profesionales intervinientes.

El Dr. D. G., médico psiquiatra tratante de S., fue muy claro en su informe: “se sugiere tener en cuenta la voluntad de la paciente antes de pautar las medidas de revinculación madre-hija”.

El derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y que su opinión sea tenida en cuenta posee jerarquía constitucional desde la reforma constitucional del año 1994.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) introduce un nuevo concepto a nuestra legislación vigente, ya que el artículo 12 indica que: “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. 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 procedimientos de la ley nacional". Esto significa que los niños y adolescentes tienen un derecho humano fundamental a ser escuchados por quienes tomarán las decisiones que afectarán su vida. Este derecho de rango constitucional fue receptado por la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (artículos 2, 3, 24, 27 y 41) y también por el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 26). No puede negarse entonces la importancia que tiene este derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de tomar una decisión que los afecte.

La nueva visión constitucional axiológica de la niñez y adolescencia concibe a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y centro de atención prevalente y prioritaria.

La CDN establece que este derecho a ser oído lo será considerando su "edad y madurez". Esto nos remite al concepto de "capacidad progresiva" receptado por la convención (arts. 5 y 12 CDN) y también por nuestro derecho interno (art. 24 inc. b de la ley 26.061).

La faz dinámica consiste en otorgar al niño intervención activa en toda cuestión que atañe a su persona y sus bienes, de acuerdo a su madurez y desarrollo; asimismo, que esa voluntad sea tenida en cuenta e, incluso, en ciertas oportunidades, resolver conforme a dicha voluntad. En ello consiste la capacidad progresiva, además permite reconocer, a medida que los niños adquieren mayores competencias, más capacidad para asumir responsabilidades, disminuyendo consecuentemente la necesidad de protección.

S. S. B. cuenta en la actualidad con 14 años de edad. En la audiencia celebrada en esta instancia se mostró madura, serena y conocedora de la situación que la tiene como

protagonista. Es así que, tal como aconsejó su médico tratante y también su psicóloga, es ella quien debe determinar si está o no preparada para la revinculación con su madre y el modo de hacerlo. Considero, coincidiendo en consecuencia mi opinión con la del vocal preopinante, que no se respeta su superior interés forzándola a atravesar por situaciones para las cuales tal vez no esté aún preparada. Será ella también quien, en uso de su capacidad progresiva y acompañada por su psicóloga tratante, determinará el momento en que se encuentre preparada para retornar al hogar materno. Es por ello que también debe dejarse de lado la idea de que vuelva al hogar en un breve —e impuesto— plazo.

El interés superior del niño es un principio rector de la CDN, que enuncia que ese interés está primero en el orden de jerarquía, es decir, antes que otros "intereses".

Observo en los informes obrantes en la causa, tanto el expedido por el Dr. G. como por la licenciada J. B. (su psicóloga), que S. se encuentra en la actualidad en mejores condiciones que cuando estaba con su madre. Recomienda Burés escuchar la palabra y los deseos de la joven, respetando sus tiempos "siendo contraproducente una actual revinculación sin tener en cuenta los aspectos antes mencionados".

Es por ello que, ordenando una revinculación coercitiva —como hizo la jueza de grado— se atiende más al interés de la madre que al de la propia adolescente.

Es por ello que la revinculación ordenada en la sentencia de grado así como también "el gradual retorno de la niña a su hogar" lucen como prematuros razón por la cual, ese aspecto del fallo habrá de ser revocado.

También propiciaré la revocación del punto II de la sentencia apelada. Se dispondrá en su reemplazo que no se obligará a la adolescente a tener contacto con su madre hasta tanto ella no

esté plenamente de acuerdo y en tanto persistan las situaciones de peligro físico o malestar anímico.

Por último, se plantea una segunda cuestión: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? Con respecto a ello, el Presidente de la Sala A (Dr. Marcelo López Mesa) dispuso que no se obligará a la menor a tener contacto con su madre, en tanto persistan las situaciones que puedan exponerla a una situación de peligro físico o de malestar anímico. A lo cual adhiere la Dra. Spoturno.

De lo expuesto surge que, la Sala A de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente sentencia: revocar parcialmente la sentencia apelada, dejando sin efecto el punto II de la misma y disponer que no se obligará a la menor a tener contacto con su madre, en tanto persistan las situaciones que puedan exponerla a una situación de peligro físico o de malestar anímico.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

En el presente fallo, se observa notoriamente como se viola el derecho de la niña S.S.B. a ser oída respecto a la revinculación con su madre. Esto quiere decir que, se viola tanto el derecho fundamental a ser oído y a participar de las decisiones que la involucren, como su capacidad progresiva a los efectos de resolver conforme a ellos. Lo cual esta receptado en la CDN, el CCC y la ley 26061.

Esto fue observado por los doctores López Mesa y Spoturno, quienes advierten que se debe escuchar a la menor conforme el articulo 26 del CCC, conforme la ley de protección integral y conforme los principios de la CDN. También advierten que se debe resolver conforme a su decisión, ya que en este caso se refiere a una cuestión tan importante y fundamental como la

revinculación familiar. Asimismo todo niño, niña o adolescente tiene derecho a participar en las decisiones que lo involucren. Por lo tanto, tampoco se tuvo en cuenta su interés superior ni su capacidad progresiva ya que bajo ningún punto de vista se puede establecer una revinculación coercitiva.

De esta manera se puede reiterar que, la Cámara de Apelaciones de Trelew alegó que los jueces no pueden cerrar los ojos ante la realidad y mirar para otro lado cuando se les presenta una afectación significativa de los derechos de los niños, niñas o adolescentes alcanzados en una problemática familiar compleja, por lo que deben desempeñar un rol activo y comprometido con la causa.

FALLO "C. J. G Y OTRO C/ G. H. G. Y OTRO S/ GUARDA", Cámara de Apelaciones de General Pico, 4 de Junio del año 2018 [8]

La Cámara de Apelaciones de General Pico, provincia de La Pampa se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados "C.J.C. y Otro C/ G.H.G y Otro S/ GUARDA -ART. 640, INC. C Y 657 C.C.C.N.-".

El Dr. Rodolfo F. Rodriguez, considero los antecedentes. J.C.C. y P.S.R. solicitaron la guarda de su sobrino E. G. G. R. -menor de edad- en los términos del art. 657, CCyC contra los progenitores del menor H.G. y M.L.R.

Dijeron que desde el día 31 de agosto de 2016, en que el padre del adolescente le dio una gran golpiza a su hijo, E. se fue a la casa de los accionantes (tíos del menor) en busca de ayuda. Manifiestan que su sobrino es víctima de violencia desde hace varios años. Describen varios hechos de violencia física, insultos, descalificaciones en desmedro de su autoestima, su condición de hombre, su capacidad de estudio, sufridos por E. por parte de su padre. Por su parte la madre, al concurrir al hospital a tratarse por las golpizas recibidas o en la escuela, adujo que se trataba de accidentes o caídas. Afirman que actualmente E. vive con ellos y su hija adoptiva B.

Los progenitores contestan demanda, agregan documentación. Niegan los hechos de violencia denunciados. Se identifican como una familia honesta y de trabajo. Afirman que siempre tuvieron una fluida relación con su hermana P. y su esposo J.C.C., pero les llama la atención que sin comentarios de por medio, el hijo mayor E. tomará esa decisión. "H. reconoce que algunos días suele venir cansado del trabajo, y puede hablar más fuerte que de costumbre, pero

[8] http://www.juslapampa.gob.ar/jurisprudencia/#

eso no implica que maltrate a nuestro hijo". El alejamiento de E. del hogar les provocó angustia e incertidumbre. Es su deseo que no se interrumpa el régimen comunicacional con sus progenitores y su hermano menor para que la familia no se desintegre.

Se realizó audiencia en la que la jueza oyó al menor, asistido por la Sra. Defensora Oficial y en presencia del Asesor de Menores. La magistrada otorgó la guarda del adolescente E.G.G. a los accionantes e intimó a los progenitores y guardadores a garantizar el régimen comunicacional en E. y su hermano R. asumiendo una actitud de colaboración y contribución para el cumplimiento de tal cometido.

Apelaron los demandados y expresaron agravios, los que fueron contestados.

Elevado el expediente a la alzada, se citó a audiencia al menor, quien compareció asistido por la Defensora Oficial y declaró en presencia de los jueces, la psicóloga integrante del equipo técnico del Juzgado del Menor y la Familia N° 2 y del Asesor de Menores. En ese acto se confirió vista a los mencionados funcionarios quienes dictaminaron.

La sentencia y los agravios:

Para otorgar por un año la guarda de E.G. a los tíos -en los términos del art. 657 CCyC- la jueza tuvo en cuenta: a) la protección integral de los derechos del menor; b) la idoneidad de los peticionantes; c) la opinión del menor.

Los progenitores se agravian porque: a) la sentencia resulta incongruente y arbitraria; b) se otorgó la guarda a sus tíos oyendo solo sus dichos, pero no escucharon nunca a los padres del menor; c) la jueza resolvió en base a los dichos de E., quien habla muy mal de sus padres; d) que los progenitores apelantes aportaron sus informes psicológicos, pero no se aportaron los de los pretensos guardadores, quienes intentan manipular a los sobrinos. Los tíos le "lavan la

cabeza en contra de sus padres"; concluyendo que no pueden permitir que terceros opinen o decidan sobre la crianza y educación de su hijo.

Primer agravio: si la sentencia excediera los límites de la pretensión, sería incongruente y, por lo tanto, arbitraria y nula. Sin embargo, en el caso, la jueza resolvió sobre lo pedido en el escrito de demanda: la designación de sus tíos como guardadores de E.G., en los términos del art. 657, CCyC.

La parte recurrente no indica en qué consiste la incongruencia y la arbitrariedad que aduce. Solo se limita a incorporar, recién en esta oportunidad procesal, un relato pormenorizado de hechos pasados referidos a la relación de la Sra. M.R. y su esposo (padres del menor) con su hermana y su cuñado (pretensos guardadores) y de ambos con su hijo E.

Segundo agravio: de la compulsa del expediente surge que en este proceso judicial se ha cumplido con el principio de bilateralidad y contradicción, el derecho a ofrecer prueba y producirla, a realizar peticiones, el derecho de recurrir la decisión y los recurrentes han ejercido estos derechos.

Tercer agravio: tanto la Convención de los Derechos del Niño, con rango constitucional en nuestro país, como la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y el Código Civil y Comercial disponen que los menores tienen derecho a participar en los procesos en que se resuelve sobre asuntos que les conciernen, expresar libremente su opinión y que la misma sea tenida en cuenta al resolver conforme a su madurez y desarrollo. De este modo al citar al menor a declarar durante el desarrollo del proceso y considerar su opinión, la jueza no ha hecho más que cumplir con lo normado en la legislación específica en la materia.

Cuarto agravio: sin perjuicio del análisis que se hará de los informes psicológicos presentados, nada le impedía a los recurrentes ofrecer pruebas para acreditar lo que consideraren pertinente sobre la idoneidad de los pretensos guardadores o la falta de ella.

Sin embargo, los propios progenitores no descalifican la idoneidad de los guardadores. Al contestar la demanda manifiestan que "... la relación siempre ha sido fluida y de buenos tratos con mi hermana y familia"; "junto a mi hermana P. y su esposo J.C.C., compartimos reuniones de familia, siempre muy unidos (...) pasábamos todo el día (...) mi esposo le realizaba trabajos de albañilería, yo oficiaba de ayudante y mi hermana cuidaba de los niños (...) los mismos han convivido y compartido juegos siempre, tal así es que, B., mi sobrina, solía ir a quedarse con los primos durante los períodos de vacaciones y también cuando sus padres viajaban, ella quedaba a nuestro cuidado"; "el día sábado 27 de agosto, las familias almorzamos juntas", "el día martes 30 (...) nos reunimos en casa para tomar mates y comer tortas fritas, que hice para compartirles". Al expresar agravios afirman que vivieron juntos las dos familias en la casa de sus padres (fs. 134 vta), se preguntan por qué no denunciaron antes en caso de haber visto malos tratos hacia E., asegura que nunca maltrataron a su hijo.

Otorgamiento de la guarda a un pariente:

En casos en que en el entorno familiar el niño o adolescente resulta comprendido en hechos o actos graves que afectan su persona o sus derechos, puede resultar necesario separarlo de su medio y así preservarlo. El art. 657 CCyC, contempla este "otorgamiento de la guarda a un pariente", cuando por una decisión judicial fundada y excepcional se aparta al niño o adolescente temporalmente de su familia nuclear cuando se verifica que su permanencia en este medio familiar resulta contraria a su interés superior.

Este instituto no procura dar una solución permanente al problema que pudieren estar atravesando los niños o adolescentes, ya que regularmente está afectada por la transitoriedad de su vigencia. La idea de la "guarda" (fuera del campo de la responsabilidad parental) es brindar una solución provisoria hasta tanto se logre la inserción del adolescente junto a sus padres biológicos y, de no ser posible ello, se acuda a figuras más abarcadoras como la tutela o la adopción. La provisoriedad está precisada no solo en los Fundamentos del Anteproyecto, sino también en el art. 657 CCyC, el cual determina los plazos de su vigencia.

En la guarda judicial de menores, debe tenerse en cuenta, primordialmente, el beneficio del menor. Por ello, deben supeditarse los reclamos de las demás personas a este superior interés, que se concreta en mantener un marco de estabilidad que le permita una evolución favorable. Más allá de buscar una solución ideal, se impone establecer un sistema de continuidad y seguridad para el menor, sin perder los vínculos afectivos con toda su familia.

Las pruebas producidas:

El acta de exposición de J.C.C. da cuenta que E. habría sido víctima de "maltratos físicos y verbales (...) por parte de su padre H.". Se halla la constancia de atención médica de E. en el Hospital Gobernador Centeno por un "hematoma evolucionado en antebrazo izquierdo".

En los informes presentados por los recurrentes quedaron plasmadas -entre otras- las siguientes situaciones: a) el paciente H. G. "atraviesa crisis familiar (...) desde que su hijo mayor realizó una denuncia en su contra acusándolo de mal trato". Manifiesta "diversos estados anímicos que van desde el enojo, la angustia a la aceptación, intermitentemente, circunstancias que lo predisponen a padecer algún cuadro de estrés"; b) el paciente H.G., al referirse al vínculo con su hijo "reconoce falencias en el trato y modo de relacionarse",

manifiesta que sus falencias corresponden a "darse cuenta de que no lo ha apoyado lo suficiente en sus proyectos, en la falta de incentivos y en el trato verbal"; c) la paciente M. R. hasta la fecha se han sucedido "numerosos desencuentros y rechazos por parte de su hijo y la familia que lo aloja", lo que le ha sido "motivo de accesos de angustia durante las sesiones".

El informe psicológico da cuenta que E.G. está asistido por la profesional que suscribe desde abril de 2016, el tratamiento que fue iniciado por pedido del colegio al cual asiste. Que "el ámbito familiar se presentaba como inestable por la vinculación de connotación agresiva (física y verbal) del progenitor hacia el grupo familiar (...) E. radica denuncia y decide quedar bajo la contención de sus tíos maternos". La progenitora se muestra en un principio angustiada y con deseos de colaborar para modificar lo necesario para el bienestar de E., pero luego ante la situación desencadenante culpa al niño y a su entorno. El progenitor fue a una sola entrevista, en la que se observó un lenguaje corporal y verbal cambiante, virando desde la empatía a lo hostil. A su vez se destaca la participación significativa de sus tíos maternos, generando espacios de reflexión necesarios, aceptando orientaciones de la profesional. A mediados de enero de 2017 se informa que E. ha logrado la remisión parcial sintomatológica a nivel personal y vincular.

Del informe emanado de la Dirección General de Niñez, Adolescencia y Familia surge que la Sra. M.R., abuela paterna del adolescente, refirió que "la vinculación entre E. y sus progenitores siempre fue conflictiva", en cambio con su hermano R. "la vinculación se dio de manera diferente desde un comienzo", alude a diferentes momentos en la pareja. El mismo organismo entrevista a E. el 20 de febrero de 2017, quien manifiesta que no quiere comunicarse con sus progenitores y que ellos "en algunas oportunidades le envían mensajes con agravios e insultos, culpabilizándolo por la situación actual". Sobre la convivencia con sus

tíos dice que no presenta dificultades ni conflictos, estableciendo vínculos saludables entre ellos, agrega que cuenta con un dormitorio para él solo.

Los pretensos guardadores no registran antecedentes policiales, tal como acreditan los certificados.

Con fecha 13 de septiembre de 2016 los Sres. R. y C. manifestaron ante la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia que se "hacen responsables de los cuidados básicos" como así también de "garantizar los derechos de su sobrino". El 30 de septiembre del mismo año se deja constancia ante esa Dirección que los mencionados recibieron el DNI y carnet de SEMPRE de E. G.

Se agregó informe fechado el 3/11/16 de la Escuela Provincial de Educación que da cuenta de la evolución favorable que ha tenido E. en ese último período tanto en su aspecto personal, como en el cumplimiento de las actividades pendientes y en su predisposición para trabajar.

En la audiencia celebrada en primera instancia el menor declaró que "desde los 3 años H. le pegó", "que la última vez (...) en septiembre del 2016 decidió irse de su casa y recurrir a la casa de sus tíos", "desde ese día se siente muy bien". A su padre lo llama H. porque "padre no son los que paren sino quién cría". "Manifiesta su enojo respecto de su madre". Que "sus tíos lo han incentivado a tener vínculo con sus padres, pero él prefiere no verlos". Que comenzó un tratamiento psicológico que le ha ayudado mucho. En segunda instancia se manifestó en sentido similar.

El interés superior del niño:

El artículo 3.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño -aprobada por nuestro país mediante la ley 23.849 y que goza de jerarquía constitucional a partir de la

reforma constitucional de 1994- ordena sobreponer el interés del niño a cualquier otra consideración.

La noción "interés superior del niño" representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Los jueces deben apreciar y determinar tal "interés" en concreto, de acuerdo con las circunstancias singulares del caso. Este principio conforma una pauta de decisión ante un conflicto de intereses. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor, sin perjuicio de que se contemplen los intereses y afectos de los padres en cuanto no se opongan a los de los hijos. "El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto (...) se prioriza el del niño".

Las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, impone que se garantice al menor el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, así como también que dicha opinión sea tenida en cuenta al resolver. Es importante que al ser oído, el menor no se encuentre sometido a la influencia de sus padres.

La ley 26.061 también establece que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a "participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernen y en aquellos que tengan interés", y "que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y

desarrollo (art. 24). El art. 27 de la misma normativa dispone, en el inc. b, que la opinión del menor "sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte". Estos conceptos quedaron plasmados también en el nuevo ordenamiento unificado (art. 26 y 707 CCyC).

Durante la audiencia receptada en la alzada el menor se expresó ante este tribunal, Asesor de Menores y psicóloga, con gran desenvoltura y claridad. Dijo que vive con sus tíos desde hace un año y medio, "se siente muy bien con ellos". Refiere que "su papá siempre fue muy violento con él", "todos los días un golpe, una trompada", "H. (así nombra a su padre) le pidió perdón muchas veces, pero lo siguió haciendo". Relata que estaba trabajando en el taller del padre y se rompió el destornillador, lo escondió por miedo a que le pegara, luego se lo mostró y "le empezó a pegar patadas, trompadas en las costillas, fue en esa oportunidad que decidió (...) vivir con sus tíos".

En cada caso concreto deberá evaluarse si el menor está en condiciones de formarse un juicio propio del asunto que se trata, aunque naturalmente, la voluntad de los menores será tanto más importante cuanto mayor edad tengan. "A mayor edad y grado madurativo, más fuerza debe dársele a las manifestaciones del niño o adolescente".

Por lo tanto, las pruebas colectadas dan cuenta de que la situación que vivía el adolescente en casa de sus progenitores no era favorable para su desarrollo integral, pues estaba expuesto a situaciones de violencia de parte de su padre, lo cual fue reconocido parcialmente por el propio progenitor ante los profesionales de la salud, por su madre y por su abuela ante la Dirección General de Niñez, Adolescencia y Familia. El adolescente manifestó -con firmeza y seguridad- tanto en primera instancia como en la alzada, haber recibido malos tratos por parte de su padre tanto físicos como verbales, ante lo cual su madre se mostraba pasiva, algunas

veces y otras lo culpabilizaba a él. A su vez expuso sentirse muy bien en casa de sus tíos. No se advierten razones que indiquen la inconveniencia de la convivencia del menor con sus tíos. Al contrario, quedó demostrado que cuando el niño fue a vivir con ellos mejoró en su aspecto personal, su rendimiento escolar y la vinculación con sus compañeros de colegio.

Del análisis puede extraerse que la decisión adoptada por la magistrada es la adecuada en la actualidad y no se evidencian motivos para rebatirla, sobre todo teniendo en cuenta el principio de provisoriedad que rige en la materia, en tanto no varíen las causas que motivaron el otorgamiento de la guarda en cabeza de terceros.

Asimismo se está cumpliendo con el régimen comunicacional con su hermano R. (tal como lo declaró E.: se reúnen los días sábados en casa de un tío), lo que es un deseo de E., fue pedido por los progenitores y ordenado por la jueza en la sentencia. En consecuencia, ponderando el interés del hijo como sujeto de derecho sobre los motivos invocados por los padres, corresponde rechazar el recurso de apelación.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL

El fallo a analizar, es el caso de un adolescente en situación de violencia física y psicológica por parte de su progenitor que solicita como medida de protección que se designen como guardadores a sus tíos, quienes describen varios hechos de violencia física y verbal sufridos por el niño por parte de su padre. Asimismo, la madre del adolescente está atravesando situaciones de violencia ya que los tíos plantean que al concurrir al hospital a tratarse por las golpizas recibidas o en la escuela, adujo que se trataba de accidentes o caídas.

Es curioso que los progenitores además de negar los hechos de violencia, se identifican como una “familia honesta y de trabajo”, sin explicar que entienden por ello. También es curioso

que no se pregunten ni analicen cuales fueron los motivos por el cual su hijo se retira del hogar solicitando ayuda a sus tíos maternos.

Incluso se visualiza notoriamente la naturalización de la violencia o del maltrato físico y/o verbal, en este caso en el ámbito familiar en el cual hay menores ya que el padre reconoce que “algunos días suele venir cansado del trabajo, y puede hablar más fuerte que de costumbre, pero eso no implica que maltrate a nuestro hijo”. Considera además que su deseo es que no se interrumpa el régimen para que la familia no se desintegre, por lo tanto es claro que le traslada la responsabilidad al niño.

El informe psicológico da cuenta que la progenitora se muestra en un principio angustiada y con deseos de colaborar para modificar lo necesario para el bienestar de su hijo, pero luego ante la situación desencadenante lo culpa no solo a él, sino también a su entorno. Y en los informes presentados por los recurrentes quedó plasmado el reconocimiento de situaciones de violencia psicológica, ya que la agresión verbal se encuentra dentro del concepto de violencia psicológica que sostiene la ley 26485, al decir que el padre, al referirse al vínculo con su hijo "reconoce falencias en el trato y modo de relacionarse", que corresponden a "darse cuenta de que no lo ha apoyado lo suficiente en sus proyectos, en la falta de incentivos y en el trato verbal". Por lo tanto, es notoria la situación de inestabilidad y violencia familiar.

En el presente, se tiene en cuenta el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta ya que relata que a su padre lo llama H. porque "padre no son los que paren sino quién cría… y que él prefiere no verlos”.

Como conclusión de lo expuesto, la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a situaciones de violencia ejercidas por sus progenitores debe ser el fundamento principal que

genere convicción judicial para la concesión de la guarda a sus tíos maternos quienes tuvieron un rol activo en el proceso conforme el artículo 657 del CCyC, el artículo 26 inciso b6 de la ley 26485 y el articulo 18 inciso e de la ley 1918 de la provincia de La Pampa.

CONCLUSIÓN FINAL

La intención del presente trabajo fue desarrollar el derecho fundamental de todo niño/a a ser escuchado teniendo en cuenta diversos instrumentos internacionales y nacionales.

Como hemos podido observar, los derechos de los niños no han sido igualmente reconocidos en todos los tiempos, sino que esto fue el fruto de una lenta pero firme evolución en las relaciones entre la familia, la sociedad y el Estado con el niño. Lo que se fue plasmando en la letra de la ley reconociéndole en un primer momento, un núcleo de derechos básicos que, buscando su protección, no dejaban de conceptualizar al niño como un objeto, propiedad de sus padres y carentes de toda capacidad (paradigma de la situación irregular). Hasta que en 1989, con la sanción de la Declaración de los Derechos del Niño, se introducen el principio de autonomía progresiva, el interés superior del niño y su derecho a ser oído, lo cual le abre las puertas a una nueva concepción de la niñez, en la que el niño/a o adolescente es capaz de participar activamente en su propia vida, debiendo ser respetado y escuchado en su calidad de persona, que se encuentra en un estado de evolución continuo, lo cual le posibilita ir adquiriendo mayor independencia, autonomía y capacidad a medida que se va desarrollando (paradigma de la protección integral) como persona. Esto implica que ya no se considere al niño como un incapaz absoluto, como ocurría por ejemplo en nuestro Código Civil anterior, redactado por Vélez Sarsfield, si no que los actos de los niños se entienden como actos realizado por personas capaces.

Desde 1989 y hasta la actualidad contamos, en defensa de los derechos del niño, con la Convención de los Derechos del Niño, la cual sentó las bases mínimas para la protección de la niñez. La adhesión Argentina a esta Convención implico la necesidad de modificar la legislación interna para adecuarse al marco internacional, lo cual dio origen a la Ley N°

26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes la cual vino a complementar a la pertinente Convención y a cumplir con los compromisos adquiridos al respecto por la Argentina. Pero esto no era suficiente, ya que nuestra normativa de fondo, el Código Civil vigente en ese entonces, quedaba obsoleto, porque había sido redactado bajo una concepción diferente de la niñez. Esta deficiencia fue subsanada con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015. Este nuevo Código significó un avance en el camino hacia la adecuación de nuestra legislación a la normativa internacional, no introduce nuevos avances en la protección de la niñez, sino que simplemente incluye en la legislación de fondo los principios ya establecidos en la Convención de los Derechos del Niño y la Ley N° 26.061, como el principio de autonomía progresiva, el interés superior del niño y es derecho del niño a ser oído incorporándolos como ejes que atraviesan todo el articulado del nuevo Código.

Cómo señalábamos, uno de los principios incorporados en el Código Civil y Comercial de la Nación, es el principio de autonomía progresiva, el cual se incorpora como un eje transversal a todo el articulado del código, convirtiéndose en un parámetro de equilibrio, en la adquisición gradual de independencia de las niñas, niños y adolescentes, permitiéndoles adquirir paulatinamente y conforme a su desarrollo mayores capacidades, sin que esto signifique empujarlos a la vida adulta. Aunque esto sólo se dé de manera parcial ya que el mismo Código no deja de tener un parámetro fijo, como es la edad para adquirir la mayoría de edad y acceder al ejercicio de determinados derechos.

Otro de los principios receptados en el Código Civil y Comercial es, el derecho del niño a ser oído, el cual resulta ser la bisagra que marcó el fin de la concepción del niño objeto de derecho para dar lugar a la nueva teoría del niño sujeto de derecho. Esta característica entre otras ha

llevado al Comité de los Derechos del Niño a considerarlo como uno de los cuatro principios generales de la Convención de los Derechos del Niño, y llevarlo a la práctica aparece como la mejor manera de descubrir el verdadero interés superior del niño, cuya protección es el fin último de toda la legislación sancionada desde la Convención a esta parte. Este derecho trajo consigo el derecho del niño a participar en los procesos en los cuales se traten cuestiones que lo afecten. Además de la obligación del juez de tomar contacto directo con el niño en cuestión, sin perjuicio de poder recurrir a ciencias auxiliares para reforzar el cumplimiento de este derecho, sin importar la edad del niño/a, ya que tanto su edad y grado de madurez solo sirven de parámetro al juez a la hora de dar valor a la opinión del niño/a o adolescente. Esta participación procesal, dio lugar a plantearse nuevos principios rectores de estos procesos, que garanticen los derechos del niño y su ejercicio respetando la función tuitiva de los mismos. En este contexto aparece la figura del abogado del niño/a como medio para garantizar la independencia de las pretensiones de las niñas, niños o adolescentes, garantizando que lo que se escuche sea la verdadera opinión y pretensión del niño.

Con todo esto, lo más importante es que podamos llevar a la práctica este derecho del niño/a a ser oído, para lo cual no solo se necesita de la letra de la ley, sino que además se necesita de un sistema de justicia preparado para ello. Preparado y dispuesto a escuchar a las niñas, niños y adolescentes independientemente de su edad cronológica, que como hemos comprobado no representa la madurez ni capacidad con la que realmente cuenta cada niño. Además, este sistema de justicia debe de estar acompañado de las ciencias auxiliares, que le permitan comprender e interpretar al niño, sus necesidades y su realidad para así poder tomar las decisiones más justas y beneficiosas para él, lo cual no significa tomar sus opiniones ni deseos

como una sentencia, ya que en definitiva quien debe decidir luego de haber escuchado y valorado su opinión es el juez.

Por último... debemos entender y asimilar que el derecho del niño a ser oído es un remedio procesal para contener al más débil, en este caso, los niños.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- Código Civil y Comercial (2015).
- Convención sobre los derechos del niño (1989).
- Fallo “ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES s/ Medidas de Protección (S.S.B.)”, Cámara de Apelaciones de Trelew, 21 de agosto de 2015.
- Fallo “C. J. G Y OTRO C/ G. H. G. Y OTRO S/ GUARDA”, Cámara de Apelaciones de General Pico, 4 de junio del año 2018.
- Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes (2005).
- Libro “Los derechos del niño en el sistema interamericano”, Mary Beloff (2004).
- Observación N°12 del Comité de los derechos del niño.