

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS RECIENTES

**TÍTULO: “Las voces excluidas. El derecho del niño,
niña y adolescente a ser oído”**

Apellido y Nombre/s del/la alumno/a: GALLARDO, Dalma.

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: Derecho Penal I.

Encargado del curso Prof.: OSIO, Alejandro Javier.

Lugar: Santa Rosa

Año que se realiza el trabajo:2021

INDICE GENERAL

| | |
|---|-----|
| 1. INTRODUCCION..... | 3. |
| 2. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO..... | 5. |
| 2.1. ARTICULO 12 DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO..... | 6. |
| 2.1.1. PRIMER PÁRRAFO..... | 7. |
| 2.1.2. SEGUNDO PÁRRAFO..... | 8. |
| 3. EL CAMINO HACIA UN MODELO DE PROTECCIÓN INTEGRAL..... | 10. |
| 3.1. ANTES DE LA CDN: EL MODELO TUTELAR..... | 11. |
| 3.2. DESPUES DE LA CDN: EL MODELO DE PROTECCION INTEGRAL..... | 12. |
| 4. EL DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCEN- TES..... | 17. |
| 5. EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO EN PROCEDIMIENTOS JUDI- CIALES PENALES..... | 20. |
| 5.1. ABOGADO DEL NIÑO..... | 24. |
| 6. JURISPRUDENCIA..... | 28. |
| 7. CONCLUSIÓN..... | 36. |
| 8. BIBLIOGRAFÍA..... | 39. |

1. INTRODUCCIÓN.

El objetivo del presente trabajo es abordar, tanto desde un enfoque puramente legal, como así también fáctico, el derecho que asiste a todo niño, niña y adolescente, que habita nuestro suelo argentino, a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Puede definirse como el hecho de que los niños, niñas y adolescentes participen de manera activa en aquellos procesos judiciales o extrajudiciales en los que sean parte, correspondiendo a cada Estado, no sólo asegurar su participación en estos procesos, sino también asegurar los medios idóneos que puedan hacer efectivo el ejercicio del derecho.

Al referirme a niños, niñas y adolescentes, lo haré a partir de la Convención de los Derechos del Niño (CDN, en adelante) de las Naciones Unidas del año 1989, que en su art. 1º establece: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño o niña todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

El derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, es considerado uno de los cuatro derechos fundamentales reconocidos por la Convención y es, en conjunto y armonía con el resto de los derechos allí reconocidos, la puerta de entrada para el pleno goce de las libertades y garantías que asisten a todo niño, niña y adolescente.

Este derecho, aún luego de más de treinta años de su regulación en la CDN y, habiendo sido incorporado a nivel legislativo por muchos países del mundo, se encuentra todavía con bastas dificultades para ser garantizado en la práctica.

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad define a estas como, *“... aquellas personas que, por razón de su **edad**, genero, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.”*¹

¹ Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 4 a 6 de marzo de 2008, Brasilia.

Es por ello que, por pertenecer a una cierta franja etaria, los niños, niñas y adolescentes, deben recibir especial amparo y protección del ordenamiento jurídico y de todo el aparato estatal encargado de tomar decisiones que los afecten.

No se trata de ampliar el abanico de derechos o garantías que puedan contribuir, en los primeros años de vida de las personas, a su íntegro desarrollo personal, social, cultural e ideológico sino simplemente de permitirles el pleno ejercicio de los derechos que ya les vienen reconocidos, porque poca utilidad tiene que el Estado reconozca de manera formal un derecho si su titular no puede acceder de manera efectiva al mismo.

La perspectiva de derechos no es un enfoque meramente formal, sino que nos pone ante el desafío de modificar las prácticas sociales en relación a los niños, niñas y adolescentes. La incorporación de este enfoque en las prácticas sociales orientadas a la niñez no es una opción, sino parte del cumplimiento de la obligación asumida internacionalmente por el Estado Argentino acerca del respeto y efectivización de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. No atender a ello implica desconocerles a los niños su calidad de personas y de sujetos sociales.²

El punto de partida para el presente trabajo, desde el marco regulatorio, será la recepción que hace la CDN en su artículo 12, complementándola con la Observación General N° 12 del año 2.009. Se incluirá, asimismo, legislación nacional y jurisprudencia que sentó precedente en la materia.

² “Derechos de la Niñez e Inversión Social”. Secretaría de Extensión Universitaria, Universidad Nacional de Córdoba.

2. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

El 20 de noviembre de 1.989 fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención sobre los Derechos del Niño.

En nuestro país la Convención fue aprobada en el año 1.990 mediante Ley N° 23.849 pero, con la Reforma Constitucional del año 1.994, adquirió jerarquía constitucional, conforme el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

Este instrumento internacional viene a reconocer que la niñez, que hasta entonces era tratada como objeto, merecía una especial protección, trayendo consigo un catálogo de derechos que se constituyen como guía de acción para la puesta en marcha de las políticas públicas en torno a la niñez. Si bien se pregonaba la igualdad en materia de derechos, hay ciertos grupos humanos que por sus necesidades o por su vulnerable situación requieren diferente y especial trato.

Esta especificidad que vino a dar la CDN a quienes integran este grupo, no es más que la piedra angular para llegar a una igualdad ante el resto de la sociedad. La especificidad no solo está dada por el grupo hacia quien está dirigida, sino también a lo que hace a su contenido, porque reconoce derechos que vienen a atender sus particulares necesidades, que hasta entonces se encontraban insatisfechas y desprovistas de protección.

En lo que respecta a la evolución de los derechos de la niñez se puede hablar de tres etapas: la de la inexistencia, la de su incapacidad y la de su capacidad.³

En la etapa de la inexistencia, los niños y niñas eran invisibles política y culturalmente y, en consecuencia, no eran considerados sujetos titulares de derechos por lo que poco interesaba regular su situación y reconocerles derechos.

En la etapa de la incapacidad, comienza una lucha por lograr dar visibilidad a la situación de la niñez, que si bien tiene como resultado legislaciones que los incluyen, no es sino para considerarlos sujetos pasivos de derecho. Esto viene a significar que aquellos menores de edad con sus necesidades básicas insatisfechas, o lo que se llamó “menores en situación de irregularidad”, se encontraban en total estado de desprotección estatal, gozando los jueces de menores de un enorme poder discrecional que terminaba por criminalizar a niños y niñas pobres.

³ “Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Versión Comentada”. Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH). Guatemala. 2.011.

La etapa de capacidad se inicia con la promulgación de la CDN que viene a considerar a los niños, niñas y adolescentes como seres humanos titulares de derechos. Ésta Convención no sólo viene a poner a los menores de edad en el terreno legal, sino que incluye en su texto la integralidad de los derechos que a estos le asisten, contiene derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

La Convención trae consigo un modelo de Protección Integral para la niñez que había sido silenciada e invisibilizada por tantos años, modelo que será también luego tomado por los legisladores locales para internalizar este instrumento internacional a su derecho interno.

2.1. ARTICULO 12 DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Siendo el objeto central del presente trabajo el derecho a ser oído que asiste a todo niño, niña y adolescente, corresponde hacer un breve análisis jurídico del artículo 12 de la CDN en relación a la Observación General N° 12 del año 2.009 emitida por el Comité de Derechos del Niño.

El Comité de los Derechos del Niño ("el Comité") ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, 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, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.⁴

Lo que se busca es fomentar la participación del niño en aquellos procesos donde se ventilen asuntos que lo tienen como parte, se trata de que esta participación no se limite a una mera entrevista a un mero momento dentro del proceso, sino que el intercambio de información y el dialogo entre niño y adulto sea permanente, a fin de que las decisiones a tomar sean las más idóneas para resguardar sus intereses y al niño mismo.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula lo siguiente:

"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.

⁴ Observación General N° 12, "El derecho del niño a ser escuchado". Comité de los Derechos del Niño. Ginebra, 2.009.

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."*

Las opiniones expresadas por los niños pueden aportar, desde su experiencia, una perspectiva útil para quien está a cargo de tomar una decisión, medida o política que lo tenga como destinatario final.

Sin embargo, el hecho de que por medio del art. 12 de la CDN, se les reconozca a los niños, niñas y adolescentes el derecho a emitir su opinión y a que ésta sea tomada en cuenta, no trae consigo la obligación de hacerlo en todos los casos.

Será deber de los Estados partes informar y asesorar debidamente al niño, a fin de que éste puede elegir libremente aquello que más favorezca a su interés superior. Es decir, que en todos los casos será el niño quien decida opinar en el asunto sobre el cual se le consulta.

2.1.1. PRIMER PÁRRAFO.

A) “Garantizarán”. La adopción de este vocablo trae consigo el deber que recae sobre los Estados partes de garantizar de manera plena este derecho. Este deber, incluye la adopción de medidas que aseguren que están dados los mecanismos para escuchar a los niños y que las opiniones recogidas serán tenidas en cuenta.

B) “Que esté en condiciones de formarse un juicio propio”. No debe partirse de la premisa de que el niño no es capaz de formar su propio juicio, sino que esta situación debe ser analizada en cada caso concreto. No se trata de una limitación para el niño, ni mucho de una obligación por parte de éste de probar que está en condiciones de dar su propia opinión, sino que, más bien recae sobre cada Estado evaluar la capacidad del niño.

El artículo en análisis no fija un límite de edad a tener en cuenta a la hora de evaluar esta capacidad, por lo que no deberían las legislaciones internas fijar una edad límite a la hora de analizar la autonomía de las opiniones emitidas por el niño.

C) **“El derecho de expresar libremente su opinión”**. Libremente implica que el niño no puede encontrarse sujeto a manipulaciones o presiones indebidas a la hora de expresar su opinión, como así también que es facultad del niño elegir expresarse o no hacerlo. Es por ello que será necesario que se le garantice que el entorno donde se manifiesta es seguro y le brinda protección, a fin de que su libertad no se vea coartada.

D) **“En todos los asuntos que afectan al niño”**. Se entiende que el término “asunto” debe ser interpretado de manera amplia a fin de que se garantice la participación del niño no solo en aquellos asuntos personales o familiares, sino también sociales y de la comunidad en donde se desarrolla.

E) **“Teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”**. El pleno ejercicio del derecho a ser escuchado no se circunscribe al mero hecho de oír las opiniones del niño, sino que trae consigo un segundo elemento esencial: que la opinión que emitió sea tomada en cuenta a la hora de decidir.

La edad biológica no será determinante a la hora de tener en cuenta su opinión, ya que no hay un límite etario estipulado para ello. Será fundamental tener en cuenta la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes en cada caso en particular para determinar que ha podido formar su propio juicio.

2.1.2. SEGUNDO PÁRRAFO.

A) **El derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño"**. La participación del niño en aquellos asuntos donde sea parte no se circunscribe a una lista taxativa de tipo de procedimientos donde su injerencia debe ser debidamente garantizada. Lo que si se debe garantizar es que el niño sea debidamente informado a través de mecanismo y/o técnicas que aseguren que está comprendiendo los hechos. Será obligación de quienes estén encargados de tomar las decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos fundar en qué medida la opinión emitida por el niño fue tomada en cuenta para el decisorio.

B) “Ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”. Se recomienda que, en tanto sea posible, se escuche al niño directamente. En caso de que necesite un intermediario éste podrá ser alguno o ambos de sus representantes legales, un abogado o alguna otra persona. Deberá asegurarse que lo que el representante transmita al encargado de tomar la decisión, se condiga con la opinión expresada por el niño.

C) "En consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional". Se trata de asegurar el cumplimiento de todas las garantías procesales al niño dentro del proceso. No es más que asegurar la garantía del debido proceso y del acceso a la información dentro del expediente.

Como correlato del análisis realizado precedentemente puede decirse que el objetivo tenido en miras a la hora de incluir el derecho a ser escuchado dentro de la CDN fue el de asegurar que todos los niños, niñas y adolescentes puedan expresar de manera libre sus opiniones y de garantizar que éstas sean tenidas en cuenta por la autoridad encargada de decidir, todo ello sin discriminación por raza, religión, sexo u opinión política o de otra índole.

La confirmación del estatus del niño como sujeto de los derechos fundamentales de la persona humana tiene consecuencias que trascienden el ámbito jurídico. Constituye el punto de partida de todo esfuerzo de reflexión y concientización relativos a los niños y su lugar en la sociedad y a su relación con nosotros, los adultos.

Es primordial que en el acompañamiento que se haga, desde el aparato estatal y desde sus instituciones, en el desarrollo físico e intelectual de los niños se tenga por eje central la idea de respetar sus opiniones, como así también, que en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen se atienda, con primordial consideración, a su interés superior.

La aplicación del interés superior del niño a casos concretos requiere la determinación de los intereses- derechos en juego; la necesidad de satisfacer en forma integral los derechos; y la demostración- de parte de quien decide- de que su decisión contribuye a la satisfacción del interés

del niño, entendida como el respeto, a la garantía de derechos en función de su desarrollo integral y dignidad.⁵

Esta categoría del interés superior del niño encuentra, al igual que el derecho a ser escuchado, su recepción en CDN. Se entiende que su aparición no es más que el resultado de la evolución de la consideración social de la infancia, de la lucha por incluir a los niños, niñas y adolescentes dentro del espectro legal y judicial y por lograr que éstos sean reconocidos como sujetos titulares de derechos.

En la medida en que el enfoque se comenzó a centrar en el bienestar de los niños y se cambió la percepción, que hasta entonces de ellos se tenía, se logró evolucionar hacia una visión más romántica de la infancia, visión que vino a dejar en el pasado la idea de que los niños eran objetos propiedad de sus progenitores, en especial del padre que tenía el rol de líder/dominante en la familia.

La lucha por el reconocimiento de derechos individuales a los niños no se acaba con la firma en el año 1.989 de la CDN, ni ratificación en nuestro país un año después, sino que, tuvieron que pasar muchos años hasta lograr la sanción de una ley que por fin entendiera que los niños, niñas y adolescentes debían ser sujetos de especial protección y de que esa protección debía ser de manera INTEGRAL.

3. EL CAMINO HACIA UN MODELO DE PROTECCIÓN INTEGRAL.

Si bien la CDN viene a reconocerles derechos personalísimos a los niños, niñas y adolescentes, el camino hacia la adecuación de este instrumento al derecho interno constituyó un arduo proceso de desestructuración del antiguo régimen.

A partir de la Convención no se construye de cero una nueva institucionalidad para la infancia en América Latina. El terreno sobre el cual se pretende montar el nuevo sistema no está virgen; no solo es necesario construir una nueva cultura, sino que hay que desmontar otra, aquella con la hemos sido entrenados y funcionamos desde hace casi cien años: la cultura tutelar.⁶

En este intento de exponer el camino hacia un modelo de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, dividiré el estudio del tema previo al dictado de la CDN y posterior a ésta, culminando con un análisis de la legislación nacional vigente al día de la fecha.

⁵ “Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada.” Edición Especial 30 Aniversario. Ministerio Público Tutelar. Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. 2.019.

⁶ “Los derechos del niño en el sistema interamericano”. BELOFF, Mary. 2.009.

3.1. ANTES DE LA CDN: EL MODELO TUTELAR.

Las leyes e instituciones que regulaban la situación de la niñez, previo al dictado de la CDN, pertenecen a la doctrina de la “situación irregular” o también conocido como “modelo tutelar”.

Una de las características de este modelo era considerar a los menores como objetos de tutela y de protección, se parte de una idea negativa de los menores en relación a lo que no pueden hacer, a lo que no pueden acceder o lo que no tienen en relación al resto de la sociedad.

En este modelo de la situación irregular los menores pobres, marginados, vagabundos eran sinónimo de delincuentes o, en el mejor de los casos, se usaba el vocablo de “potenciales delincuentes”, por lo que las leyes que se dictaban tendían más a una sanción o coerción que al reconocimiento de sus derechos como actores de la sociedad.

Esta categoría de menor no estaba dada por el solo hecho de no alcanzar una determinada edad, sino que, por el contrario, estaba dada por la posición en la que estos se encontraban socialmente, se consideraba menor a aquel que no encuadraba dentro de las instituciones “familia y “escuela” luego, por lo que el régimen tutelar estaba destinado a aquellos niños huérfanos, pobres, en situación de calle o marginados de la sociedad.

Es ante estos menores que se entiende que el rol que debía ejercerse desde el aparato estatal era de tutela, pero no de tutela por velar por el reconocimiento y ejercicio de sus derechos individuales, sino que se los protegía como a objetos, protección que culminaba con la institucionalización del menor bajo la arbitraria decisión tomada por un juez de menores que contaba con las más amplias facultades de decisión, como si del otro lado no hubiera un niño queriendo ser escuchado.

Esta protección a la que hago referencia terminaba, en los hechos, constituyendo una violación de derechos porque ya desde el primer momento no se piensa a los niños como sujetos de derechos y porque, como acción estatal, no está destinada a garantizarlos. Por el contrario, el fin último termina siendo alejar a los niños y niñas potencialmente peligrosos de la sociedad, encerrarlos en instituciones para volverlos invisibles a los ojos del mundo y silenciados frente al ordenamiento jurídico, ya que terminaban decidiendo sobre su vida por largos períodos de tiempo, incluso durante toda su niñez.

En Argentina, la materialización jurídica a esa concepción llegó con el dictado de la Ley N° 10.903, llamada “Ley de Patronato” que tuvo su vigencia desde el año 1.919, año en que fue sancionada, hasta el año 2.005. Esta Ley vino a dar respuesta a dos demandas hechas al Estado por parte de funcionarios y profesionales: establecer la tutela estatal sobre los menores y crear instituciones correccionales a donde enviarlos.

Que sea el Estado quien asuma la tutela de un vasto número de niños y niñas traía consigo la pérdida de la patria potestad de aquellos padres considerados incapaces de llevar adelante la crianza y educación de sus hijos. Como consecuencia de esto es que se amplían las facultades de acción de las autoridades estatales que, de ahora en más, serían las encargadas de decidir sobre el futuro de los menores que, la propia ley, caracterizaba como “material o moralmente abandonados”.

Es esta situación de abandono y peligro la que dejaba al libre albedrío de los jueces el destino de los niños, niñas y adolescentes que, si ya encontraba marginados socialmente por el hecho de no contar con una familia que los acoja y por no estar escolarizados, ahora quedaría aún más afuera del mundo y sin contacto con la vida adulta. La opinión de los menores era considerada irrelevante por lo que en ningún momento contaban con la garantía de ser escuchados por el juez cuando lo que se estaba decidiendo era su judicialización o institucionalización.

Tal como hiciera referencia precedentemente, la Ley de Patronato tuvo vigencia en nuestro país hasta el año 2.005 y ello implicó que, por casi 100 años, ésta haya sido nuestro basamento legal a la hora de tratar y dar protección a los niños, niñas y adolescentes. Con esto quiero significar que, pese a la ratificación en el año 1.990 de la CDN, y su posterior reconocimiento de la jerarquía a nivel constitucional, el proceso de adaptación e interiorización de la misma a nuestro ordenamiento interno llevó mucho tiempo, ya que implicó romper con estructuras, instituciones, pensamientos y doctrinas que tenían al modelo de “la situación irregular” como regulador de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la sociedad y dentro del sistema judicial.

3.2. DESPUÉS DE LA CDN: EL MODELO DE PROTECCIÓN INTEGRAL.

La Convención trajo consigo un cambio de modelo, dejando atrás aquel que había regido por varios años y que trataba a los niños como objetos de tutela, para empezar a adoptar un sistema institucional, social y político que reconoce a los niños derechos y, por sobre todas las cosas, que protege esos derechos de manera integral y en todos los ámbitos de su vida.

El cambio de paradigma no vino dado solo por el dictado de la Convención, sino que, se logró en conjunto con la aparición de otros instrumentos de carácter regional y de carácter internacional sobre derechos humanos, que, aun cuando no hubieren sido recepcionados por todos los Estados, si vinieron a marcar la idea y el pensamiento de toda la comunidad internacional en lo que refiere al trato y reconocimiento de los derechos de la infancia en el mundo.

Se inaugura de esta manera una era de la “ciudadanía de la infancia”⁷, reconociéndoles a los niños, niñas y adolescentes su calidad de sujetos plenos de derecho, calificación que dista mucho a la que se le había otorgado años atrás en los instrumentos normativos que los regían.

Con esta nueva era empieza a hablarse del modelo de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. No es tarea fácil dar una definición clara de lo que implica este nuevo modelo de protección, en primer lugar, porque se entiende que es un modelo abierto que está en constante búsqueda de nuevos y mejores estándares y, en segundo lugar, porque no está solo sujeto a lo que dispongan los instrumentos internacionales sobre la infancia, sino que deben también tenerse en consideración otros instrumentos referidos a los derechos humanos, en la medida en que éstos amplíen la protección.

No obstante lo expuesto, que la protección sea integral implica el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, el reconocimiento de las debidas garantías que hagan efectivas el goce de los mismo y la prevención necesaria para que estos derechos reconocidos no se vean amenazados o violados. Asegurar esta protección integral obliga a los Estados partes, a adoptar un conjunto de medidas, de políticas, planes o programas que la efectivicen, como así también los obliga a destinar los recursos físicos y económicos necesarios para su aplicación práctica.

Se entiende que este nuevo modelo trae implícita una limitación de actuación por parte del Estado, ya que éste no tiene la tutela del menor y, por lo tanto, tampoco tiene en sus manos el poder de elegir su futuro, la actuación del sistema judicial quedará suscripta sólo a conflictos judiciales. De ahora en más el Estado actuará frente al menor infractor y no ya frente al “potencial delincuente”, calificación que venía dada no por las conductas delictivas concretas del menor (derecho penal de acto), sino por sus condiciones personales como el ser menor de edad, pobre, marginado, huérfano o con padres ausentes (derecho penal de autor).

⁷ “Los derechos del niño en el sistema interamericano”. BELOFF, Mary. 2.009.

Los derechos que viene a garantizar la CDN son para todos los niños, niñas y adolescentes por igual y no sólo una parte de ellos. Ya no se ve a los menores de manera negativa, no se los ve como incapaces, incompletos o desde lo que no podían hacer, de aquellos a donde no podían llegar. Se los reconoce como sujetos plenos de derechos tal como lo son los adultos, con la particularidad de que se encuentran en etapa de crecimiento y de desarrollo físico, moral e intelectual.

Es el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, uno de los derechos que trae la CDN y que viene a dar forma a esta nueva estructura de protección integral. Tal como he referido en párrafos precedentes, antes la opinión de los niños era considerada irrelevante, se excluía su voz por entender que los incapaces nada tenían para decir y es a partir de este nuevo paradigma que se considera primordial fomentar el dialogo constante entre los niños y los adultos en aquellos asuntos donde se vean involucrados sus derechos e intereses, sobre todo si ha dado por equiparar a menores y adultos en la calidad de sujetos plenos de derechos.

Trayendo lo expuesto a nuestro país, debo decir que el reconocimiento de la jerarquía constitucional dada a la Convención con la reforma de nuestra Carta Magna del año 1.994, no implicó la adopción inmediata de este nuevo modelo de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el plexo normativo.

Pese a la obligación asumida conforme al artículo 4 de la CDN que, en su parte pertinente dice: *“Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...”* se mantuvo por varios años la vigencia de la Ley 10.903, ley que recogía el viejo modelo tutela o de la situación irregular, y la convivencia de ésta con el instrumento internacional previamente referenciado. Ésta situación puso en evidencia la imperiosa necesidad de adecuar las normativas nacionales y provinciales al nuevo paradigma de protección integral.

Fue recién en el año 2.005, y con el dictado de la Ley N° 26.061 llamada “Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, que la Argentina logró saldar la deuda que tenía desde que incorporó la CDN a su derecho interno.

Esta norma vino a derogar la Ley de Patronato del Estado y a poner fin al modelo tutelar para dar paso a un modelo que venía a dar una protección integral a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que habitaban nuestro suelo argentino.

La Ley N° 26.061 recepitó los principios adoptados por la CDN, haciendo del interés superior del niño el eje para la elaboración y puesta en marcha de un sistema de protección y promoción integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y consagrando, junto con otros derechos, el derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todo proceso judicial o administrativo que los involucren.

En lo que respecta al objeto del presente trabajo la Ley establece en su artículo 24: *“DERECHOS A OPINAR Y A SER OIDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, el ámbito estatal, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.”*, y en su artículo 27: *“... Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.”*

En esta recepción hecha de los principios consagrados en la CDN, el derecho de poder participar de manera activa en los procesos donde son parte los niños, se encuentra reconocido en la Ley N° 26.061 como una garantía mínima de procedimiento que le asiste, tanto se trate de un procedimiento de índole judicial como de índole administrativa.

Tal como se aludiera al momento de hacer el análisis jurídico del art. 12 de la CDN, el ejercicio de éste derecho para los niños, pone en manos del Estado la obligación de garantizar su cumplimiento como así también la obligación de prevenir su violación. En esta integralidad en la protección el deber del Estado no se agota con en el reconocimiento normativo del derecho a ser

oído de los niños, sino que, por el contrario, su tarea estará cumplida si lo manifestado por el niño se encuentra dentro de la fundamentación de la decisión adoptada, de la política implementada o de la acción a ejercer por los órganos estatales.

Se deberá promover y asegurar la participación de los niños, niñas y adolescentes en todas las etapas del proceso, ya que ésta no puede circunscribirse a una mera entrevista con la autoridad competente. El pleno ejercicio del derecho a ser escuchado implica un diálogo permanente entre el niño y los adultos en un contexto donde éste se sienta seguro para poder expresarse libremente.

En este respeto por la dignidad y la integridad del niño en etapa de crecimiento es importante también entender, que tal como reza el inciso a) del artículo 27, la intervención que tenga el niño en el proceso no debe ser considerada una obligación para éste, sino que estará condicionada a la libre decisión que tome el niño de inmiscuirse o no dentro del procedimiento.

Un punto importante que incorpora la Ley de Protección Integral es la asistencia letrada, de un profesional especializado en la materia, con la que podrá contar el niño desde el inicio del proceso y, un punto no menor, es la obligación que hace recaer sobre el Estado de asignarle uno de oficio en caso de que el niño no cuente con los suficientes recursos económicos.

Esta asistencia de un profesional no es más que un plus de protección a sus intereses cuando éstos se encuentran ventilándose en un proceso de carácter judicial o administrativo. Será deber del letrado velar por su interés superior, por asegurarse de incorporar al proceso todo aquello que el niño exprese como parte de su propio juicio, todos aquellos pensamientos autónomos que ha podido construir en razón de su edad y grado de madurez.

A partir de lo expresado en los párrafos precedentes, es importante decir que el mero dictado de una normativa de éstas características a nivel nacional no trae consigo la adopción de este nuevo régimen en la práctica, es por lo que fue necesario crear legislativamente varias instituciones que, actuando articuladamente, den respuesta a la imperiosa demanda de otorgar íntegra protección a los niños.

Es así que la Ley crea como órganos administrativos de protección de derechos a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia y la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, los cuales conformarán

el Sistema de Protección Integral a nivel Nacional, Federal y Provincial, conforme la adecuación normativa que le de cada provincia.

Resulta fundamental la actuación en conjunto de todos los órganos creados por la ley y en todos los niveles previamente mencionados, a fin de poder dar respuesta al mayor desafío asumido por el nuevo modelo como es la integralidad, entendiendo la interdependencia y la indivisibilidad que caracteriza a los derechos humanos. Esta integralidad supone asegurar y proteger a todos los niños, niñas y adolescentes, sin distinción alguna, todos los derechos de los que son titulares, pudiendo dar una respuesta óptima y acabada a las necesidades de cada caso en concreto.

Se trata de un desafío constante, porque el poder dar una respuesta íntegra a las necesidades y reclamos de los sectores de la niñez supone un trabajo permanente y mancomunado entre todas las áreas disciplinarias por donde los niños, niñas y adolescentes se mueven. Supone un trabajo en equipo entre quienes asisten al niño, quienes receptan sus opiniones y entre quienes tienen a cargo el trabajo de materializar, en políticas públicas, respuestas a estas necesidades.

A modo de completar el sustento normativo del modelo de Protección Integral, debo decir que, mediante la Ley N° 2.703 del año 2.013, nuestra provincia adhiere a la Ley Nacional N° 26.061 y su correspondiente Decreto Reglamentario. Asimismo, a través de ella regula la conformación y el funcionamiento de los órganos administrativos encargados de llevar adelante la protección de los niños, niñas y adolescentes de nuestra provincia.

4. EL DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

La Ley N° 26.061, en su artículo 47 establece: *“CREACION. Créase la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, quien tendrá a su cargo velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención Sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales.”*

Asimismo, establecía que el Defensor debía ser designado dentro de los noventa (90) días de sancionada la ley. Pese a éste artículo incluido en la propia letra de la ley, la designación del Defensor de los derechos de niñas, niños y adolescentes, a nivel nacional, constituyó una deuda en materia de niñez que tardó quince años en saldarse. Fueron varias las provincias que, pese a esto, si

lograron incorporar la figura del Defensor a su aparato estatal y que velaron por la íntegra y ágil protección de los derechos de los niños.

Hablar de Defensor no supone hablar de una única persona, sino que se trata de una institución que, actuando a nivel federal, logre intervenir en todas las provincias a fin de asegurar los derechos de los niños y de promover acciones que los protejan, sea a nivel individual o a nivel colectivo.

Es importante señalar que el Defensor ejerce una representación “promiscua”, ya que no sustituye ni reemplaza al representante legal del menor, sino que la representación la ejercen de forma conjunta. Asimismo, es importante aclarar que éste no realiza actos en nombre de los niños, niñas y adolescentes, sino que, controla la actuación judicial o extrajudicial de sus representantes. El Defensor no asiste técnicamente a los niños, de ello se encargará el abogado del niño.

El Defensor de los Niños desempeña un rol fundamental en la vida ciudadana y en democracia de los niños, niñas y adolescentes. Es importante entender que su papel no se circunscribe únicamente a asegurar una aplicación efectiva de los derechos legalmente reconocidos a éstos, como ser por ejemplo el asegurar el acceso a la información en aquellos procesos donde sean parte los niños, sino que una tarea igual de esencial que el Defensor debe llevar adelante es la de difundir y promover el respeto de todos los derechos humanos fundamentales de los niños.

Con esto quiero significar que el Defensor de los niños no sólo pregona por hacer valer sus derechos en procesos de tipo judicial o administrativos que éstos sean partes, ya que, los niños, niñas y adolescentes participan activamente y se desenvuelven en el cotidiano en otros ámbitos que los tienen como protagonistas, por ejemplo, la escuela, el club de barrio, una iglesia o institución religiosa, entre otras.

En esta nueva etapa para la niñez de protección integral de sus derechos, el Defensor debe, también, ser parte del aparato institucional y disciplinario que atiende a todas las necesidades de los niños, niñas y adolescentes y que busca, como fin último, hacer valer sus derechos, su voz y sus intereses. En otras palabras, debe buscar mayor justicia para los niños garantizándoles el disfrute de los derechos ya establecidos y promoviendo el reconocimiento de los derechos humanos que todavía no forman parte de la legislación, la cultura o la práctica diaria de la vida de los niños.⁸

⁸ “El trabajo del Defensor de los Niños”. Innocenti Digest. UNICEF. 1.999. Disponible en: <https://www.unicef-irc.org/publications/258-el-trabajo-del-defensor-de-los-ni%C3%B1os.html>

Tal como expresara en la introducción al presente trabajo, los niños, niñas y adolescentes por no haber alcanzado aún la mayoría de edad, se encuentran incluidos dentro del grupo llamado “en condición de vulnerabilidad” para el acceso a la justicia, razón por la cual se entiende que debe gozar de especial protección de sus derechos e interés individuales, y, de allí, que la figura del Defensor, creada por Ley N° 26.061, adquiera una gran y esencial importancia en lo que hace a la participación activa de los niños, como actores sociales y como sujetos plenos de derecho, dentro de la sociedad donde se encuentra su centro de vida.

Ésta vulnerabilidad a la que hago referencia no es solo un mera calificación o inclusión de los niños en una categoría, sino que, por lo contrario, es algo que se ve notoriamente en la práctica y a la hora de crear legislación, de aplicar políticas públicas o de destinar recursos económicos o físicos que sean en beneficio de los niños o que contribuyan con su pleno desarrollo físico, intelectual y moral.

Asegurar el pleno desarrollo de una persona en edad de crecimiento no puede verse limitado a la aplicación de planes sociales o de políticas públicas que tiendan a tratar de satisfacer sus necesidades básicas, como ser la alimentación, vivienda, vestimenta o educación. El desarrollo pleno de su intelecto debe tener por respaldo el ejercicio efectivo de sus derechos sociales y políticos, se debe velar por respetar los derechos fundamentales de éste grupo etario, de la misma manera que se vela porque los derechos de los adultos sean respetados.

Aún en una sociedad democrática como la que vivimos y, aún con un modelo de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, éstos siguen encontrándose inferiores, y frágiles en mucho ámbitos de participación ciudadana, ya que, no sólo se violan sus derechos, sino que, cuando estos están siendo violados, tienen menos posibilidades que los adultos de acceder a un asesoramiento y una defensa independientes y, esencialmente, se enfrentan a muchos obstáculos si lo que buscan es ser escuchados al presentar una queja.

En lo que hace al objeto del presente trabajo es que considero que, la tarea de fomentar el respeto hacia las ideas, opiniones y experiencias de los niños es quizás una de las tareas más fundamentales de las que deba encargarse el Defensor. Esta tarea, como parte del proceso de visibilizar la niñez ante la sociedad, no sólo le será útil al propio Defensor para entender qué necesidades tienen los niños, sino que será la piedra angular para llevar adelante todo su trabajo y cumplir con las funciones que le fueron encomendadas, ya que en la medida en que esté debidamente informado mejor podrá

representar esos reclamos ante el resto de las instituciones del aparato estatal encargadas de dar respuestas, de tomar decisiones o de aplicar políticas de acción.

Es por todo lo expuesto, y en la medida que las funciones que le han sido asignadas al Defensor sean cumplidas, que se debe celebrar su incorporación al mundo de la niñez y al mundo de las instituciones estatales. Que su designación haya sido tardía no debe colocar al Defensor en un escalón inferior que otras Secretarías o Defensorías, sino que, por el contrario, debido a la labor esencial que viene a realizar en lo que hace al respeto, promoción y reconocimiento de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, debe poder tener acceso a todos los recursos económicos, físicos e institucionales que contribuyan al cumplimiento de sus labores.

5. EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO EN PROCEDIMIENTOS

JUDICIALES PENALES.

Tal como hiciera referencia a la hora de abordar, desde un análisis jurídico, el derecho objeto del presente trabajo, es obligación de los Estados Parte asegurarle a los niños, niñas y adolescentes la posibilidad de expresar sus opiniones en aquellos temas en que se vean involucrados, sea en el marco de procesos judiciales o extrajudiciales.

En este apartado abordaré este derecho fundamental en el marco específico de procesos de índole penal donde esté involucrado un menor de edad. Más allá del derecho reconocido convencionalmente por la CDN, que brinda a los niños una instancia para expresar sus ideas, este derecho a ser oído también forma parte del derecho reconocido a todos los seres humanos, sin distinción de edades, a ejercer su debida defensa en el marco de un proceso en cual se intenta probar la comisión de un delito.

Con esto quiero significar que, en el caso de los niños, el aditamento vendrá dado por la forma en que su opinión sea recepcionada por la autoridad judicial, ya que éste derecho trae consigo la obligación de los organismos estatales de adecuar sus mecanismos de escucha en razón de brindar comodidad y seguridad para el niño que se quiere expresarse en cualquier momento del proceso.

Así, el derecho a participar en el proceso enriquece al derecho a la defensa en la medida en que implica el derecho de los niños a obtener que comparezcan y se interroguen a los testigos, a no declararse culpable y a no ser obligado a suministrar elementos que lo incriminen.

Es a través del segundo párrafo del artículo 12 de la Convención que se aborda de manera genérica este derecho fundamental, ya que se limita a expresar que el niño contará con la posibilidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo. Esta participación la pueden ejercer de manera directa y en todas las etapas del proceso, como así también pueden optar por guardar silencio sin que esto implique formar conjeturas negativas hacia el menor, sobre todo teniendo en cuenta que el derecho a expresar su opinión no constituye una obligación hacia el niño, sino que, por el contrario, queda a su absoluta libertad la forma en la cual decide participar en el proceso.

Entrando más específicamente en los procesos de tipo penal, corresponde citar lo que expresa en su primer párrafo el artículo 40 de la Convención: *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad...”*

Será éste artículo, en sus siguientes incisos, el que marcará los derechos y garantías a tener en cuenta en aquellos casos en los que se alegue una infracción a las leyes por parte de un menor, garantías que tendrán estrecha relación con la particular protección que le debe ser brindada a todos los niños, niñas y adolescentes en el marco de aplicación del régimen de Protección Integral y que deberán velar porque todos los niños reciban un trato y juicio justos.

El Comité de Derechos del Niño al abordar el tema y enunciar los principios básicos de una política general de justicia juvenil, recordó que la protección del interés superior del niño significa que los tradicionales objetivos de la justicia penal –a saber, la represión o el castigo– deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia retributiva.⁹

Como todo asunto donde se vea involucrado un niño, las acciones a llevar a cabo o las decisiones a tomar deben tener como eje central el interés superior del niño por lo que considero que incluir a un menor infractor en el sistema de justicia juvenil debe tener como objetivo final una rehabilitación

⁹ “Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada.” Edición Especial 30 Aniversario. Ministerio Público Tutelar. Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. 2.019.

de su conducta, que dado la etapa de desarrollo intelectual, emocional, moral y físico en que se encuentra hacer pesar sobre éste un castigo por su conducta no es la forma más apropiada de educar y acompañar en su desarrollo.

Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables.¹⁰

En virtud de esto en el inciso b), tercer párrafo del artículo 40 de la Convención que se recomienda, en el caso de niños de quienes se alegue han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haberlas infringido, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin tener que recurrir a procedimientos judiciales, pero también sin dejar de lado el respeto pleno de sus derechos humanos y de sus garantías legales. Entre las medidas recomendadas se encuentran las sanciones alternativas, la libertad condicional, la mediación, el apoyo psicológico o el trabajo comunitario.

La adopción de este tipo de medidas no será siempre procedente, sino que, será obligación de los Estados regular aquellos casos en donde aplicarlas sea posible, procurando ampliar cada vez más el abanico de delitos que pueden ser destinatarios de estas a fin de evitar la judicialización del caso, no solo como forma de evitar estigmatización y el antecedente penal, sino también porque se encuentra comprobado que su aplicación resulta favorable para la integridad y dignidad del niño.

En lo que hace al derecho interno de nuestro país, es importante traer a colación las leyes nacional y provincial, Ley N° 22.278 y Ley N° 1270 respectivamente, que abordan el Régimen de Minoridad y fijan, entre otras cosas límite de edad a partir del cual se puede imputar a los menores por la comisión de un delito, el destino de esos menores mientras dure el proceso y una vez obtenida sentencia y los organismos interventores durante el desarrollo del proceso. Asimismo, es interesante dejar sentada la opinión del Comité respecto de la Ley N° 22.278 que no es ni más ni menos su

¹⁰ Observación General N° 24. Relativa a los Derechos del Niño en el Sistema de Justicia Juvenil. Comité de los Derechos del Niño. 2.019.

preocupación de que el sistema de justicia juvenil siga rigiéndose por esta legislación siendo que, a todas luces, resulta incompatible con los principios esgrimidos en la Convención.¹¹

Asisten a los menores iguales garantías procesales que rigen para los adultos, pero, como expresara precedentemente, se entiende que los niños deben de gozar de especial y más amplia protección que las personas que hayan alcanzado la mayoría de edad.

En este plus de protección que se les otorga a los menores es necesario que quienes intervengan en el proceso cuenten con un grado de especialidad en la materia, a fin de que el menor cuente con la debida información para que, a la hora de expresarse no solo lo haga libremente sino de manera informada. Es así, que por ejemplo en el ámbito provincial, es obligatoria la participación del Juez de la Familia y el Menor desde el inicio del proceso y mientras dure éste, asumiendo asimismo el deber de entrevistarse de manera personal con el menor. También es obligatoria la intervención y participación del Asesor de Menores que tendrá una función esencialmente fiscalizadora se podría decir, ya que velará por el respeto a la dignidad e integridad del menor durante todo el proceso.

En este intento de preservar la integridad del niño al cual se le imputa la comisión de un delito es que se fija la detención preventiva como última alternativa y de manera excepcional para aquellos casos en que, analizadas sus circunstancias especiales, se considera que será la mejor opción para asegurar la comparecencia del imputado al proceso y para poder llegar a la averiguación de la verdad. El menor será alojado en un establecimiento estatal que dispondrá el Juez de la Familia y del Menor, el cual asumirá su tutela, y por el menor lapso de tiempo posible.

Complementando lo dicho en el párrafo precedente, la participación de manera personal del menor en el debate será limitada a aquellos momentos en lo que sea considerada imprescindible su comparecencia, debate que deberá ser celebrado, a su vez, a puertas cerradas.

En lo que respecta a la aplicación de penas, conforme al artículo 4 de la Ley N° 22.278, estará supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos como son: en primera medida que el menor haya sido encontrado responsable civil o penalmente del delito que se le imputa, en segundo lugar, haber alcanzado los 18 años de edad y, por último, será esencial que el menor haya sido sometido a un tratamiento tutelar por al menos un año.

¹¹ Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina. Comité de los Derechos del Niño. 2.018.

Todo esto en consonancia con lo expuesto por el Comité de Derechos del Niño, el cual entendió que, teniendo en consideración el Interés Superior del Niño, es que los Estados deben regular el sistema de justicia juvenil y, en especial, a la hora de tener que aplicar una pena, como así también, deben poner todo su esfuerzo en garantizar la rehabilitación de los niños intervenidos por el régimen de justicia penal juvenil, a fin de acompañar al menor en su crecimiento y desarrollo propio de su edad y de permitirles una efectiva reinserción en la sociedad.

5.1. EL ABOGADO DEL NIÑO.

Hablar de la figura del abogado del niño es coherente con la línea conceptual que vino a traer la adopción de una doctrina de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes y su consecuente adecuación legislativa.

Que el niño cuente con una asistencia letrada resulta fundamental para que aquel pueda ejercer de manera plena e íntegra sus derechos de los que goza como sujeto activo de derecho. Fundamental resulta también que esta asistencia técnica venga a ser reconocida por la legislación internacional y nacional que regula los derechos de la niñez.

En el plano internacional la CDN al incorporar el derecho de todo niño a ser oído (artículo 12) expresa que la participación que este haga en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, podrá ser directa o por medio de un representante u órgano apropiado. La asistencia técnica la viene a incorporar de manera más específica a través del artículo 37 que en su inciso d) reza: *“...todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.”*

En el plano nacional la Ley N° 26.061 en su artículo 27, que enumera las garantías mínimas de procedimiento en los procedimientos judiciales o administrativos, incorpora ésta figura en su inciso c): *“... a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado patrocinante...”*. En este caso la legislación no solo se limita a asegurarse de que se garantice este derecho al niño, sino que, por el contrario, extiende la obligación al Estado de hacerlo efectivo en caso de que el niño no pueda proveérselo a sí mismo.

A modo de completar el encuadre jurídico, resulta interesar citar la recepción hecha por el Código Civil y Comercial (CCyC, en adelante), que en su artículo 26 expresa: *“ARTICULO 26.-Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. 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...”*

Con la cita de los mentados artículos lo que pretendo es evidenciar el diferente trato que cada uno de los textos legales realiza respecto de la figura en cuestión, el abogado del niño. Por un lado, la CDN asocia la asistencia técnica a procesos penales donde se le imputa al menor la comisión del delito, por otro, la Ley N° 26.061 en un análisis más amplio y contemplativo no fija requisito alguno, sino que, por el contrario, y a la luz de la protección integral que intenta brindar, reconoce esta figura como un abogado de la matrícula especializado en la materia que debe ser asegurado por el propio Estado en caso de que el niño no se lo pueda proveer asimismo. Por último, el CCyC viene a recortar el campo de actuación del abogado, al partir de la premisa de que debe existir un conflicto de intereses entre la persona menor de edad y sus representantes legales para que pueda el letrado intervenir y brindar su asistencia jurídica.

Esta variada recepción hecha desde el plano legislativo se tradujo en pluralidad de criterios a la hora de juzgar conducente o no la solicitud hecha por un niño de contar con la debida asistencia técnica en un caso concreto. La doctrina se encuentra dividida en torno a cuándo una persona menor de edad se encuentra en condiciones de solicitar el asesoramiento de un abogado y cuándo éste, por su edad y grado de madurez, no puede hacerlo.

Los criterios expuestos jurisprudencialmente, a la hora de interpretar la ley y dar una respuesta debidamente fundada al planteo esgrimido por el menor, han ido variando con el paso del tiempo y con las diferentes actualizaciones normativas en la materia. En algunos casos se entendía que el abogado intervendría solo en caso de conflictos de intereses del niño con sus representantes legales y, en otros casos, se supeditaba a la condición de haber superado cierto límite de edad, límite que osciló entre los 13 años y los 14 años, según la época de fallos que se analice, posterior al CCyC en el primer caso y anterior al CCyC, en el segundo caso.

Sin perjuicio del análisis hecho precedentemente, el abogado tendrá la labor principal de representar los intereses personales e individuales del niño, en aquellos procesos judiciales o administrativos que lo afecten. Tendrá entre sus funciones la de seguir las instrucciones de su defendido, estar abierto al diálogo con éste a fin de poder escuchar sus intereses y deseos, informarlo debidamente de todo asunto que se ventile en el proceso del cual es parte y brindarle todo el abanico de mecanismos y elementos con los que el niño cuenta para poder asegurar que la opción que elija sea la que más le favorezca. Es esencial que, desde el minuto uno del proceso, el abogado pueda entrevistarse de manera personal con el niño, que conozca su historia y que, a lo largo de todo el proceso, pueda asegurarle un espacio de confianza y libertad para que pueda expresarse.

En razón de ello, la asistencia técnica que ejerza, deberá ser completa y en lenguaje tal que el niño comprenda acabadamente los derechos de los que goza, los delitos que se le imputan, las etapas procesales a transcurrir, los recursos con que cuenta y las consecuencias de las decisiones que adopte.

Es así que éste profesional viene a darle al niño la voz en los procesos donde, generalmente, solo se escuchan las perspectivas adultas, donde son los adultos quienes parecen ser los únicos capacitados e idóneos para decidir sobre el futuro de los niños. Incluir al abogado tendrá como correlato el poder exigir que se garanticen, con total vigencia, los derechos con los que cuentan el menor como sujeto activo de derecho con total independencia de lo que hagan o digan sus representantes legales, pues lo que primará será opinión y los deseos expresados por el niño.

Si bien no es una figura creada por la Convención o por la Ley N° 26.061, se lo identifica como una figura propia del paradigma de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes ya que, contribuye a hacer efectivo el derecho a ser oído en todo ámbito en que estos se desarrollen.

Es en función de esto, que considero importante remarcar que, el derecho con el que cuentan todos los niños a acceder a una asistencia técnica letrada, no debe quedar circunscripto a procesos de tipo penal como correlato del derecho de defensa que asiste a toda persona a la cual se le imputa la comisión de un delito, tal como lo recepta la Convención, o la existencia de un conflicto de intereses con sus representantes legales, como exige el CCyC. El hecho de que, en el resto de los procesos administrativos o judiciales, donde es parte el niño actúen conjuntamente sus representantes legales o el Defensor de los Derechos de la Niña, Niño o Adolescentes no obsta a

que el menor cuente, también, con un abogado especializado en la materia, sobre todo entendiendo que la representación que ejerce el Defensor es una representación promiscua, es decir, no está encargado de transmitir los intereses personales e individuales del niño en el proceso ni realiza actos en su nombre, sino que, controla la actuación judicial o extrajudicial de sus representantes, velando porque no se violen los derechos del niño y que se cumplan con todos los estándares procesales.

6. JURISPRUDENCIA.

- ♦ **“C. J. C. y otro c/ G. H. G y otro s/ guarda- art. 640 inc c. y art. 657 CCCN.” Sala B. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico. Sentencia 04/06/2018.**

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. Relatan que desde el día 31 de agosto de 2.016, fecha en que el progenitor le propina un golpe fuerte al menor, éste acude a la casa de sus tíos en busca de ayuda. Cuentan, así también, que no fue el primer episodio de violencia que sufrió el menor, sino que es un constante el recibir agresiones por parte de su progenitor tanto físicas como verbales. En lo que respecta a la progenitora, ésta minimiza los golpes o heridas sufridas por el menor como si fueran producto de caída o accidentes domésticos.

Los progenitores, al contestar demanda, niegan los hechos relatados por los accionantes y niegan hechos de violencia contra el menor. Aducen ser una familia honesta y de trabajo y que, desde que el menor decidió abandonar el hogar se encuentran muy angustiados y preocupados. Ambos tienen otro hijo menor de edad y desean se mantenga el vínculo respecto de su hermano.

El menor, víctima de violencia, se entrevistó de manera personal con la jueza en una audiencia de la que formaron parte la Defensora Oficial y el Asesor de Menores. Luego de esto, la magistrada otorgó la guarda del adolescente E.G.G.a sus tíos e intimó a los progenitores y guardadores a garantizar el régimen comunicacional en E. y su hermano R.

Para otorgar la guarda 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.

En sus fundamentos explica que: “...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 tomada 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...”

“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...”

En el presente caso en análisis se ve una clara y adecuada interpretación de los textos legales, tanto internacionales como nacionales, que regulan los distintos aspectos que conciernen al universo de la niñez. En el caso en concreto se analizó la capacidad del menor de formar su propio juicio, libre de toda injerencia y, no solo se escuchó lo que a gritos proclamaban sus actitudes como fue su decisión de abandonar su hogar, sino que fundamentalmente se tuvo en cuenta su opinión a la hora de tomar una decisión acerca de su futuro.

Asimismo, de los estudios complementarios e interdisciplinarios realizados se supo que las condiciones de vida del menor habían cambiado favorablemente luego de haberse ido a vivir con sus guardadores, especial cambio se vio en el ámbito escolar donde éste se desenvolvía. Este caso es un claro ejemplo de lo beneficioso que es para un niño tener la posibilidad de expresarse y de saber que sus deseos son tenidos en cuenta por quienes están encargados de administrarle justicia.

♦ **“Asesoría de Familia e Incapaces s/ Medidas de Protección (S. S. B.)”. Sala “A”
Cámara de Apelaciones de Trelew. Sentencia 21/08/2015.**

El presente caso llega a conocimiento de la Cámara de Apelación en razón de recurso interpuesto por la Asesoría de Familia e Incapaces contra sentencia de jueza de grado que ordenó una coercitiva revinculación de una menor de edad con su progenitora, todo ello sin tener en consideración la violencia ejercida por ambos progenitores sobre la menor y, sobre todo, desoyendo lo que la niña deseaba obtener en su búsqueda de justicia.

La actora entiende que la jueza, al momento de sentenciar, realizó una errónea valoración de la prueba y una errónea aplicación de la doctrina de la protección integral y el interés superior del niño, que se vislumbra en el caso una clara 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.

La Cámara por su parte, al entrar en análisis de la sentencia atacada, constata “la falta de apoyatura jurídica real” en el decisorio de la jueza de grado. Entre los fundamentos que expresa para revocar la sentencia apelada, considero conveniente citar el siguiente: *“...los judicantes no pueden cerrar los ojos ante la realidad y mirar para otro lado cuando se les exhibe una afectación significativa de los derechos de los niños o adolescentes atrapados en una problemática familiar compleja, por lo que deben desempeñar un rol activo y comprometido en la causa. La natural condición de dependencia en la que se hallan aquéllos hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo intenso y diferencial, y particularmente cuidadoso, de los derechos y garantías que les asisten; con el consecuente deber de los jueces a que ese resguardo tenga una efectividad directa como mandato de la Constitución...”*

En el fallo se hace alusión también, a una figura analizada en el presente trabajo, como es la del abogado del niño, ya que, conforme consta en un acta de autos, la niña había solicitado la asistencia de un abogado del niño. La Cámara utiliza la frase “de manual” para referir que la presente causa era sin dudas una causa donde debía nombrarse un abogado que asista a la menor, teniendo en consideración que de los hechos en estudio surgía un claro conflicto de intereses con sus progenitores (supuesto contemplado por el art. 26 del CCyC). Complementa su postura con la cita de la Ley N° 26.061 y de la CDN, textos que receptan este derecho que asiste al menor como forma de asegurar garantías mínimas procedimentales en los procesos que puedan afectar al niño, textos legales que ya fueron analizados en su oportunidad, por lo que no me extenderé sobre el tema.

Otro fundamente que incorpora y analiza el fallo es el derecho a ser oído y a que la opinión del menor sea tenida en cuenta en el decisorio. Es así, que la Cámara relata que se ha podido entrevistar de manera personal con la niña, que la ha escuchado y que se ha interiorizado sobre su problema. Remarca, asimismo, la necesidad de hacer a los niños, niñas y adolescentes partícipes activo a través de sus palabras de los procesos en los que son partes, tener la capacidad de oírlos y de interpretar sus deseos es una pieza fundamental de una buena administración de justicia.

Finalmente se resuelve revocar la sentencia de primera instancia, en su parte pertinente, por entender que la decisión adoptada por la a quo fue apresurada y traumática, y terminaría por exponer a la menor a nuevos episodios de violencia o maltrato, resultando la medida contraria a los deseos de la menor y perjudicial para su integridad física y anímica.

♦ **“P., G.M y P., C.L. s/ protección de persona”. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 27/ 11/ 2012.**

El caso llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación luego de que, la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmara la sentencia de primera instancia por la cual se rechazaba la presentación hecha por los niños G.M.P y C.L.P, con patrocinio letrado.

Los niños G.M.P y C.L.P. habían nacido en los años 2.000 y 2.002, respectivamente. Es en el año 2.004 que la madre inicia las actuaciones al solicitar la intervención judicial debido a la situación de desamparo en que se encontraba con sus hijos. Desde entonces los niños han ido realizando una suerte de tour por distintos hogares de menores y se han ido relacionando de diferente manera, a veces más periódica y otras no tanto, con su madre.

En la presentación referenciada, los niños habían expresado su deseo de volver a vivir con su madre y habían solicitado se implementen las medidas necesarias para lograr esa revinculación familiar y para superar los obstáculos que impedían compartir un hogar con su madre, especialmente que se atienda a una cuestión económica y habitacional que asegure la convivencia.

En su rechazo, la alzada había concluido que, conforme ordenamiento nacional e internacional en la materia, los adolescentes entre los catorce y los veintiún años (18 años conforme art. 126 del Código Civil) podían solicitar se les asigne un letrado especializado en la materia que represente sus pretensiones en aquellos procesos donde fueren parte. Aplicada esta lógica a los autos, entendió el Tribunal que debido a la escasa edad de los niños (8 y 9 años) y, por ser considerados éstos menores impúberes, no eran capaces de comprender la trascendencia de la actuación realizada.

Contra este pronunciamiento se interpone recurso federal extraordinario por considerar los niños que, con este decisorio, se encontraba vulnerado su derecho de defensa en juicio y su capacidad progresiva reconocida en instrumentos con jerarquía constitucional, por haberse limitado el Tribunal a aplicar un criterio cronológico para conocer sus grados de discernimientos reales.

La Corte confirma la sentencia apelada por entender que la designación de un patrocinante letrado por parte de los niños constituiría un acto nulo de nulidad absoluto, todo ello conforme a la incapacidad de los menores impúberes de realizar actos jurídicos.

Sin perjuicio de lo expuesto, la Corte manda al juez de la causa a designarle un letrado especializado en la materia a los niños G.M.P y C.L.P. a fin de que los asesore durante el proceso. A esta decisión llega luego de analizar que en el caso en estudio los niños no habían contado nunca con una instancia donde fueran escuchados y donde pudieran expresar su deseo de reconstruir el vínculo materno filial con su progenitora, todo ello debido a que las audiencias fijadas nunca habían llegado a celebrarse. Es a fin de preservar el interés superior de los niños, y bajo el sustento legal de la Ley N° 26.061 y de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que ordena la asignación de un abogado que asiste a los menores en el proceso y que les asegure una instancia de diálogo y escucha a fin de hacer efectivos los derechos que le vienen reconocidos normativamente.

Elegí realizar un breve relato del presente fallo a modo de ejemplificar como, aún luego de más de veinte años de vigencia y adecuación de la Convención a nuestro ordenamiento interno, los niños, niñas y adolescentes continúan siendo víctimas invisibles del aparato jurídico. En el caso los niños, que habían pasado casi toda su vida institucionalizados y bajo la guarda del Estado, no solicitaban ni más ni menos que poder construir un vínculo afectivo con su madre, continuar con su crecimiento y desarrollo físico, psíquico, intelectual y moral junto con su progenitora y en la vida diaria, sin tener que esperar que toque el día en que ésta pueda visitarlos en el instituto al que fueran enviados.

Independientemente del cuestionamiento que pueda hacerse al criterio puramente etario elegido por el tribunal de alzada para rechazar la presentación hecha por los niños en conjunto con un letrado patrocinante, en el presente caso se encuentra vulnerado un derecho fundamental, objeto de este trabajo, como es el derecho que asiste a todo niño, niña y adolescente de ser oído y de participar en cada instancia del proceso donde se encuentren en juego sus propios intereses.

Este es un claro ejemplo de que el atenerse a un absoluto ritualismo formal constituye un obstáculo al acceso a la justicia de los niños, que da como resultado una deficiente administración de justicia por parte de los operadores judiciales. De nada sirve reconocer un derecho si el titular del mismo no lo puede ejercer.

- ♦ **“Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia 07/12/2005.**

La Corte Suprema revocó una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal por la cual se condenó a cadena perpetua a un joven que al cometer un homicidio tenía 16 años. El máximo

tribunal, luego de analizar la normativa aplicable a menores y la doctrina de la peligrosidad, llegó a la conclusión de que, en su condición de menor, la pena no puede serle impuesta y graduada como de la misma manera que se hace con una persona adulta, sino que, por el contrario, corresponda aplicar los atenuantes del caso. A continuación, realizaré un relato breve de los hechos en secuencia cronológica.

El Tribunal Oral de Menores N° 2 de la ciudad de Buenos Aires, había condenado a Maldonado a la pena de 14 años de prisión como autor, penalmente responsable, del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad. Contra ese fallo, el Fiscal General interpuso recurso de casación, por entender que, al atenuar la pena impuesta al imputado, por medio de la aplicación de la escala penal de la tentativa, el tribunal había hecho una errónea interpretación del art. 4° de la ley 22.278.

Llegado el caso a conocimiento de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, ésta decide casar la sentencia dictada previamente y condenar a Maldonado a la pena de prisión perpetua. Es contra resolución que la defensa oficial interpone recurso extraordinario, cuyo rechazo dio lugar a la queja ante la Corte.

La parte recurrente cuestiona la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua establecida por entender que ésta resulta violatoria a lo reglado por la Convención Sobre los Derechos del Niño, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes. En particular cita los art. 3 y 37 inc. b) de la CDN, por entender que en decisorio no se tiene en cuenta el interés superior del niño y la subsidiariedad de la aplicación de pena privativa de la libertad respecto de las personas menores de edad, respectivamente.

Entiende asimismo que, aun cuando de las circunstancias del caso y de los elementos probatorios aportados no quedarán dudas de que Maldonado fuera penalmente responsable y correspondiere que el tribunal aplicara pena, ésta debería fijarse en una armónica conjunción de los art. 40 y 41 del Código Penal, esto es fijar pena teniendo en consideración circunstancias atenuante propias del caso (por ejemplo, la edad). Vale recordar que en los autos aplica también el art. 4 de la Ley N° 22.278, ley que regula el régimen aplicable a los menores de edad, entre los 16 y 18 años, a los cuales se les imputa la comisión de un delito tipificado en el código de fondo.

Ya ingresando al análisis realizado por la Corte, ésta encuentra bastas deficiencias en la fundamentación de la sentencia dictada por la Cámara. Por un lado, porque el principal basamento

esgrimido por ésta para aplicar la pena de prisión perpetua es el fracaso del régimen tutelar, ya que, afirma que una vez que se le concedieron a Maldonado los egresos periódicos del instituto que lo acogía, éste abuso de la confianza de las autoridades y usó esas salidas para volver a delinquir.

Por otro lado, porque usa estos nuevos hechos delictivos, que vale decir que al momento del dictado de la sentencia recurrida no contaba con sentencia firme, para hablar de la peligrosidad de Maldonado que lo hace susceptible de la aplicación de una pena de prisión perpetua. Es en este punto donde la Corte, sin entrar en un análisis del termino peligrosidad, entiende que, y cito textual: *“...lo no puede autorizarse es que tal expresión se convierta en la puerta de ingreso de valoraciones claramente contrarias al principio de inocencia, al derecho penal de hecho, o bien, llegado el caso, al non bis in idem...”*

Tomar en consideración un proceso que se encuentra en trámite viola directamente la presunción de inocencia que pesa sobre Maldonado respecto de aquellos hechos delictivos que no son objeto de investigación en los autos. Es en este punto donde resulta importante remarcar que los derechos y garantías procesales con las que cuentan los adultos, resultan igualmente aplicables al universo de los niños, niñas y adolescentes, más aún cuando este amparo procesal encuentra una recepción explícita en la Convención Sobre los Derechos de los Niños.

Otra falencia de la que adolece la resolución de la Cámara deviene de haber considerado irrelevante la necesidad de tomar conocimiento de visu del condenado antes de determinar la pena. El art. 4 de la Ley N° 22.278 en su parte pertinente reza: *“La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos: ...la impresión directa recogida por el juez...”*, requisito que se encuentra sin duda destinado a asegurar el derecho del niño a ser oído y a entrevistarse de manera personal por la autoridad judicial interviniente en la causa.

Si en el caso del juzgamiento de adultos, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada, cuanto más importante resulta para las personas menores de edad cuando lo que se encuentra en juego es también la posibilidad de que, luego de la entrevista, el juez decida no aplicar pena por considerarla innecesaria. Punto central éste del presente trabajo y el cual ya he abordado acabadamente a través de su extensión.

Una cuestión no menor a tener en cuenta es que el fallo en estudio es contemporáneo del dictado de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, y,

aunque resulta ser anterior a la entrada en vigencia de ésta, la menciona dentro de su parte dispositiva como superadora del antiguo régimen de la “situación irregular” que otorgaba amplísimo poder de decisión a los jueces de familia no sólo respecto de menores infractores sino de aquellos niños abandonados y en situación de peligro moral.

“...partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos...”. “...reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo...”

Considere pertinente citar estas líneas porque, en el plano del modelo de protección integral, viene a poner a los menores en el campo de los sujetos activos de derechos al reconocerles iguales derechos que los adultos, pero a dejar en claro que estos derechos constitucionales son el piso mínimo con el que deben contar. Los niños, a diferencia de las personas adultas, cuentan con un plus en la protección y ejecución de sus derechos que les debe de ser asegurado en todos los ámbitos donde estos se desarrollen y, en particular, en aquellos donde puedan verse vulnerados.

En lo que respecta a la aplicación de pena, la Corte expresa que el reproche penal de culpabilidad que se le formula a los niños, no puede tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto, obedece a ello la inmadurez emocional en la personalidad del niño que por su edad se encuentra en pleno proceso de desarrollo.

Tal como expresara en el primer párrafo de este apartado, la Corte decide revocar la sentencia dictada por la Cámara de Casación Penal, porque sus argumentos no están suficientemente fundados como para entender por qué una pena de 14 años de prisión por un hecho cometido a los 16 años resultaba insuficiente. Tampoco alcanzan para explicar cómo es posible promover la reintegración social del condenado por medio de una pena que, a final de cuentas, terminaría por excluirlo para siempre de la sociedad.

7. CONCLUSIÓN.

“La Convención ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, sin dejar de advertir que es un ser que todavía transita un inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de valores principios y normas que hacen a una convivencia pacífica en una sociedad democrática.” (FALLOS 331:2691)

Tal como manifestara en la introducción del presente trabajo, el objetivo tenido en miras fue el de analizar el derecho de todo niño, niña y adolescente que habita nuestro suelo argentino, a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. Busque abordarlo no solo desde el plano legal y su incorporación en diferentes textos legales, sino también desde un punto de vista más bien fáctico a través de jurisprudencia.

Mi inquietud respectó del tema se despertó luego de haber participado en el año 2020 del Congreso de Derecho llevado adelante por la UNLPam y, en particular, al participar del bloque temático que abordaba derechos de los niños, niñas y adolescentes. Luego de escuchar a los distintos expositores me llamó mucho la atención la poca participación que se les daba a los niños en los procesos donde ellos eran parte, como aún luego de 30 años de dictada la Convención Sobre los Derechos de los Niños y de 15 años de entrada en vigencia de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sus voces continuaban siendo silenciadas e invisibilizadas.

Es en virtud de ello que en la extensión de este trabajo intenté hacer un abordaje, desde lo jurídico y desde lo práctico, del derecho a ser oído en todo proceso administrativo o judicial en el que estén en juego los intereses de los niños. Tuve como punto de partida la Convención Sobre los Derechos de los Niños de las Naciones Unidas firmada en el año 1.989 por ser ésta el instrumento internacional que vino a poner en el campo del derecho a los niños, niñas y adolescentes al reconocerles su calidad de sujetos activos de derechos subjetivo, y a partir de su articulado analizar los derechos y garantías por ella incorporados que vendrían luego a ser replicados por nuestro ordenamiento jurídico interno mediante la Ley N° 26.0661 llamada “De Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, aunque bien corresponde decir que tal adecuación no se produjo de manera inmediata.

Considere pertinente, en esto de analizar los artículos de la Convención y los notables cambios que venía a traer en materia de niñez, hacer alusión al papel que se les asignaba a los niños en la

sociedad en el modelo de la “situación irregular” y cómo esa posición cambió de manera rotunda al superar la idea de objetos susceptibles de protección tutelar por parte del Estado por la de sujetos de derechos con bastas garantías procesales para hacer valerlos en su participación como actores de la sociedad.

En una apreciación personal, y luego de una extensa lectura de la bibliografía que citaré en el apartado siguiente, encuentro que denota un total estado de abandono de los derechos de los que gozan los niños, niñas y adolescentes el hecho de que hayan pasado más de quince años desde la ratificación hecha por nuestro país de la CDN hasta que por fin se haya avanzado con el dictado de la Ley N° 26.061.

No solo me resulta cuestionable el retardo en la adecuación normativa sino el hecho de que ningún operador jurídico y, más aún, quienes están encargados de administrar justicia no haya advertido la vulneración total de derecho que implicaba la vigencia de una ley como la de Patronato de Menores, no solo porque ésta escondía bajo la alfombra los derechos humanos de los niños sino porque, además, desmerecía su dignidad como persona al tratarlo como objetos sujetos a la total disposición de los jueces de familia, como si el decidir sobre su futuro fuera asimilable a la celebración de un mero negocio jurídico del derecho de propiedad.

En lo que hace al objeto, en específico, del presente trabajo vuelvo a reiterar mi inquietud en torno al olvido, por parte de quienes están a cargo de tomar decisiones, aplicar políticas públicas, legislar e incluso destinar recursos, de la imperiosa necesidad que implica el brindar un espacio de diálogo y escucha constante con el niño que es sujeto interesado en el respectivo proceso, no únicamente por su calidad de sujeto de derechos sino indispensablemente por la trascendencia y los efectos directos que tales decisiones, políticas, acciones o leyes acarrearán.

Antes de cuestionar la falta de adecuación en cuanto a forma y el contexto en que se oye al niño, que muchas veces no es el propicio para resguardar su integridad y dignidad, considero sumamente necesario cuestionar los obstáculos que se le presenta a la hora de acceder a la justicia como si este no fuera un derecho fundamental que debe asegurarse a todo ser humano que busque obtener una respuesta que satisfaga sus intereses por parte del aparato estatal.

El escuchar al niño y asegurar su participación activa en la sociedad en la que se desenvuelve, no debe de limitarse a procesos de índole penal, ni tampoco debe circunscribirse a procesos judiciales, ya que no debe olvidarse que pese a los conflictos que se le puedan presentar, éste no deja de ser

niño y no deja de necesitar encontrar su lugar de participación en la escuela, en la familia, en el club, etc.

Un término que suele utilizarse mucho al escribir y regular sobre la niñez es el de “interés superior del niño” y, pese a la dificultad con la que nos encontramos al buscar una definición clara y acabada del mismo, entiendo que, en el intento de buscar preservar sus derechos y de buscar una respuesta favorable a sus intereses, es esencial poder conocer a fondo la opinión del niño, sus ideas.

Debe ser el niño el principal e insustituible protagonista en la definición de su propio interés superior para el caso en concreto. Este concepto central quedaría vacío de contenido jurídico y de sustento legal si no se le brinda al niño la posibilidad de expresar su deseos y sentimientos o si, a la hora de decidir, no se los tiene en cuenta. No cumplir con esta obligación de diálogo constante con el menor y de tener en cuenta sus expresiones al tomar una decisión nos pondría frente a un claro acto de autoridad, a una muestra del autoritarismo que nos haría retrotraernos varios años atrás, como si aún nos rigiera el Patronato de Menores.

A modo de conclusión, encuentro fundamental asumir, desde el mundo adulto y, en particular como futura profesional del derecho, el compromiso de contribuir con el desarrollo físico, psíquico, intelectual y moral de los niños, niñas y adolescentes, no solo respetando, protegiendo y haciendo valer sus derechos sino también fomentando sus potencialidades para que contribuyan en la construcción de una sociedad democrática, inclusiva y respetuosa de las dignidades humanas.

8. BLIBLIOGRAFÍA.

- Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada. Edición Especial 30 Aniversario. Ministerio Público Tutelar. Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. 2.019.
- Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Versión Comentada. Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos (COPREDEH). Guatemala. 2.011.
- Observación General N° 12, “El derecho del niño a ser escuchado”. Comité de los Derechos del Niño. Ginebra, 2.009.
- Observación General N° 24. Relativa a los Derechos del Niño en el Sistema de Justicia Juvenil. Comité de los Derechos del Niño. 2.019.
- Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina. Comité de los Derechos del Niño. 2.018.
- Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 4 a 6 de marzo de 2.008, Brasilia.
- Derechos de la Niñez e Inversión Social. Secretaría de Extensión Universitaria, Universidad Nacional de Córdoba.
- Los derechos del niño en el sistema interamericano. BELOFF, Mary. 2.009.
- El trabajo del Defensor de los Niños. Innocenti Digest. UNICEF. 1.999.
- Justicia juvenil y Derechos Humanos en las Américas. CIDH. 2.011.
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5. CIDH. 2.015.

