

En representación de la U.N.L.A.M, expone Dra. HERRAN o Dra. Marino.

## Libro Segundo

### DERECHO DEL NIÑO A SER OIDO

Por Dra. Maite Herrán <sup>1</sup>

Dra María Daniela Marino. <sup>2</sup>

#### El Anteproyecto establece en sus artículos 707:

*ARTÍCULO 707.- Participación en el proceso de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad. Los niños, niñas, adolescentes y personas mayores con discapacidad, con grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso.*

**Así las cosas el objeto de la presente ponencia será el análisis de los artículos mencionados del anteproyecto a la luz de la normativa internacional**

---

<sup>1</sup> Abogada. . Profesora de Derecho Procesal Civil y Comercial en la Universidad de La Matanza.

<sup>2</sup> Abogada. Profesora de Derecho Procesal Civil y Comercial y de Derecho Internacional Público en la Universidad de La Matanza.

de derechos humanos y su armonización con la totalidad del sistema legislativo vigente en nuestro país.

## **Fundamentación.**

### **1. Introducción**

Los niños son titulares de los derechos fundamentales que las constituciones, los instrumentos internacionales y las leyes reconocen a todas las personas, y gozan además de protección específica a sus derechos que se encuentran en instrumentos especiales y también en diversos instrumentos generales de derechos humanos, tanto de alcance universal como regional.

La Convención de los derechos del niño, que establece el derecho de éstos a ser oídos y su recepción en el artículo 3 y concordantes de la ley 26.061, pueden juzgarse utilizando una aguda expresión del Prof. Yves Benhamou quien dijera que "Este instrumento internacional no hace más que poner en ejercicio en su art. 12, premisas de una nueva ciudadanía, el derecho de expresión del niño quién ahora cada vez que es dotado de un discernimiento suficiente debe ser oído, entendido y defendido en todos los procedimientos contenciosos o administrativos que le conciernan"<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Benhamou, Yves, "Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant", en Recueil Dalloz 1993, sec. Chroniques, p. 103.

A partir de la sanción de estos cuerpos normativos, evolucionó la consideración tradicional del niño como miembro dependiente, invisible y pasivo de la familia y de la sociedad, hacia el paradigma actual en el cual el niño se ha vuelto visible y ha creado un espacio en donde participa activamente, puede ser oído y respetado, generando nuevos retos para el Derecho y la Justicia<sup>4</sup>.

La necesidad de una "protección especial" enunciada en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3º, brinda un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio<sup>5</sup>.

Consecuentemente, no puede desoírse la voluntad del niño en los asuntos que lo involucran.

Valga recordar a ese respecto, que —con la reforma constitucional— la función protectoria de estos seres humanos especialmente vulnerables, lejos de haberse abrogado, ha venido a afianzarse, mediante un reconocimiento

---

<sup>4</sup> Fernández, Susana Luisa : Importancia y justificación del rol del Abogado del Niño. DFyP //2011 enero, 24/01/2011, 39

<sup>5</sup> Dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hizo suyo en "S., L. E. c/ Diario El Sol", del 28/08/2007, publicado en La Ley 2007-E,609 – DJ 2007-III, 3215; en igual sentido, CSJN, del 02/08/2005, voto de los Dres. Petracchi, Belluscio y Maqueda, publicado en La Ley 2006-B, 348, entre otros.

explícito del valor inherente de cada niño, sujeto activo de derechos y no objeto pasivo de control o de amparo meramente discrecional de padres o instituciones. Así lo propugnó claramente la Convención Constituyente de 1994 (artículo 75 incisos. 22 y 23 de la Carta Magna).

El derecho del pequeño a ser oído no debe llevarse a extremos inconvenientes, como sería tornar a ese solo elemento en el único factor dirimente de disputas que los involucren.

No se trata de establecer en el proceso de familia una dictadura del menor, ni la supremacía absoluta de la voluntad de éste.

Pero, en aquellas ocasiones en que se aprecia en el menor a un ser juicioso, bien plantado, cuyo juicio no aparece como manipulado o inducido, debe tenerse en cuenta su preferencia, máxime cuando objetivamente aparece ella como la solución más conveniente a sus intereses<sup>6</sup>.

Oír a los menores con el fin de conocer su opinión acerca de temas que les son propios y con directa repercusión sobre su vida cotidiana, aun sin llegar a erigirse en un factor concluyente para decidir el caso, aquilata indudable importancia y de ningún modo podría soslayarse dentro del marco probatorio, atendiendo razonablemente al grado de madurez y desarrollo propios de la edad de los niños.

---

<sup>6</sup> cfr. Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, 15/12/2009, "V., R. O. c/R., A. C. s/Tenencia" (Expte. 220 - Año 2009 CANE).

## **2. Convención sobre los Derechos del Niño. Derecho a ser Oído.**

Cabe recordar que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, ya había sido enunciada, en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, como asimismo, había sido reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10)

La Declaración de los Derechos del Niño, proclamó: *"el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*

**Sentado ello, debemos resaltar que el derecho del niño a ser oído es un derecho humano consagrado internacionalmente a través de la Convención de los Derechos del Niño.**

En efecto la mentada Convención establece: "Artículo 12 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un

órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. “<sup>7</sup>

Ahora bien, esta Convención ha sido aprobada por nuestro país por ley 23.849 gozando además de jerarquía constitucional, a partir de la reforma de nuestra Constitución Nacional realizada en el año 1994, mediante su incorporación al artículo 75 inciso 22.

Por otra parte, cabe señalar que el art. 1º de la mentada Convención considera niño a toda persona hasta los dieciocho años, y asimismo, destacar que nuestro país por la reserva realizada en el art. 2 de la ley 23.849, dispone que el art. 1º debe interpretarse en el sentido “que se entienda por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años”.

Asimismo, entre los derechos fundamentales de los niños, en su artículo 14, la Convención reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Sin perjuicio de ello, se ha considerado que la exigibilidad de los derechos contenidos en dicho instrumento internacional es anterior a la mencionada reforma constitucional, en función de la posición jurisprudencial adoptada en el fallo “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/

---

<sup>7</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49

Recurso de Hecho<sup>8</sup>” donde la Corte de Justicia de la Nación Argentina, reconoce la supremacía del derecho internacional por sobre las normas de orden interno. De esta forma, a través de su ratificación, se introduce en Nuestra legislación una normativa que tiene como estándar jurídico, el interés superior del niño y su bienestar.

**Así las cosas, resulta insoslayable resaltar el derecho del niño a 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.**

Esto implica la obligación de respetar ese derecho y de que se cumpla por parte de quienes resultan sus progenitores, o adultos a cargo, y de los funcionarios que intervengan en los procesos que los involucren.

Este derecho a ser oído, ha sido consagrado, de conformidad con el interés superior del niño, principio rector de la Convención de los Derechos del Niño.

En tal sentido, cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R. contra Karen Atala Riffo, concluyó que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho de las niñas a ser oídas consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana, ya que la Corte Suprema no

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación 07/07/1992

había explicado en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente.<sup>9</sup>

**De lo dicho se puede concluir, que el derecho del niño a ser escuchado en los procesos judiciales y administrativos, es un derecho fundamental que debe garantizarse y cumplirse, conforme el derecho internacional de los derechos humanos y nuestro derecho constitucional.**

### **3. La ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**

Así las cosas y a tenor de lo expuesto resulta lógica la Convención sobre los derechos del niño cuando impone en su artículo 12 que se garantice al niño el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten y que esta opinión se tenga debidamente en cuenta. De la misma manera la ley 26.061 en el orden nacional y la ley 13.634 en la Provincia de Buenos Aires han reconocido este derecho del menor a ser oído.

A su tiempo el artículo 24 de la Ley nacional 26061 establece que "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;

---

<sup>9</sup> <http://www.csjn.gov.ar/dbei/iinews/Sentencias/cidhAtalaRiffo.html>

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, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo".

A tenor de esta norma queda claro que resulta valioso oír al menor, teniendo en cuenta su edad, en el proceso judicial que lo afecta personalmente; ello, claro, sin que dicha opinión se constituya en el fundamento de la sentencia<sup>10</sup>.

Bien se ha dicho que la voluntad del menor, libremente expresada en entrevistas desarrolladas sin la presencia de sus progenitores y con la asistencia de la Asesora de Familia e Incapaces, reviste particular importancia para la decisión del Tribunal, quien debe garantizarle a aquél, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez<sup>11</sup>.

#### **4. CONCLUSION**

---

<sup>10</sup> C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 08/07/2002 -C., M. A. v. C., M. A. JA 2003-I-661.

<sup>11</sup> C. Nac. Civ., sala K, 29/11/1995 -M. de C., S. E. v. S. de S., R. N. s/régimen de visitas JA 1999-IV-síntesis, RDF 1998-12-222

Es indiscutible en esta hora el reconocimiento de la normativa constitucional y supra constitucional sobre el derecho del menor a ser oído "en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño..." y que se garantice su derecho "de expresar su opinión libremente en todos los asuntos (que lo) afecten teniéndose debidamente en cuenta (sus) opiniones en función de su edad y madurez" (artículo 12 Convención Derechos del Niño, incisos 1 y 2, artículo 75 Constitución Nacional)<sup>12</sup>.

El derecho a ser oído es aquél que posee toda persona, y por lo tanto el niño, a expresar a otra lo que siente, desea, conoce, piensa, procurando de esta última su atención y escucha consciente.

Hoy los niños no son objetos, sino sujetos de derechos. Dicha noción es receptada en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989, y aprobada por nuestro país por ley 23.849.

Posteriormente, con la reforma de nuestra Carta Magna en el año 1994, mediante su incorporación al artículo 75 inciso 22, adquiere jerarquía constitucional.

El derecho de los menores a ser oídos en los procesos judiciales consiste en darles su lugar y tener en cuenta su punto de vista como pauta de valoración, pues el juzgador debe atender prioritariamente a su interés

---

<sup>12</sup> CC0002 AZ 52645B RSD-56- S 16-6-2009, Juez GALDOS (SD) CARATULA: T., M. C. c/ A., S. s/ Tenencia MAG. VOTANTES: Galdós-Peralta Reyes. Sumario JUBA B3100545

superior, sin que ello signifique que éste coincida necesariamente con sus deseos<sup>13</sup>.

El espíritu que anima el derecho a ser oído del menor, es fundamentalmente proteger su interés, más ello no es sinónimo de aceptar su deseo.

De allí que sus opiniones deberán ser evaluadas por el sentenciante en conjunto con los demás elementos obrantes en el proceso y deberán ser meritadas en relación con el grado de evolución y madurez que presente el niño, datos que surgirán de los informes que puedan obrar en autos.<sup>14</sup>

Quien vaya a resolver -no importa cuáles fueran las circunstancias que demandaran la intervención judicial- debe oír al niño sea cual fuere su edad, será indispensable verlo porque ese constituye el verdadero y único modo de saber de él, más allá de certificados, informes y constancias foliadas: para ser protegido el niño necesita la mirada del Juez y la representación que el Asesor ejerce, como parte esencial, no supe ni por ende subsana, la omisión del contacto personal.

El derecho del niño a expresar su opinión alcanza a todos los asuntos que lo afecten.

---

<sup>13</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, "T., H. E.", 20/10/1998, LA LEY, 1999-D, 149; DJ, 1999--2, -418.

<sup>14</sup> SCBA, AC 87832 S 28-7-2004, Juez DE LAZZARI (SD) CARATULA: C.,G. c/ M.,S. s/ Tenencia MAG. VOTANTES: de Lázzari-Roncoroni-Negri-Hitters-Genoud. Sumario JUBA B27542

Esta obligatoriedad de oír al menor constituye una garantía sustancial que fluye de su *consideración* como sujeto de derecho y ningún magistrado puede resolver tema alguno que lo afecte sin haber cumplido esta exigencia.

Estos claros principios han de trascender la especificidad del derecho de menores y ser aplicados a todos los procesos independientemente el fuero donde tramiten, pues restringirlos a dicho ámbito los colocaría en situación de desigualdad, tanto mas que el artículo 12 no hace distinción alguna<sup>15</sup>.

Puede colegirse consecuentemente, que no puede prescindirse del derecho del menor a ser oído en forma directa por los jueces sin importar la edad que éste posea.

Y por tratarse de una condición esencial para la validez del proceso, no necesita el pedido de las partes para efectivizarse.

Entiéndase bien que esta necesidad de ser oído no implica un mero formalismo.

No se le confiere intervención al niño como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afecten algún aspecto de su vida.

Debe oírsele en todo tipo de procesos y en todas las Instancias, previo a decidir una cuestión que lo afecte.

---

<sup>15</sup> Ludueña, Liliana Graciela, "Rev. De Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, 2002, 2, pág. 163, en nota 14 cita SCBA 24.10.2001, Ac. 71380, voto del Dr. Hitters y la opinión del Procurador General, Dr. Nolfi.

Será escuchado personalmente por el juez, garantizándose así la inmediación y celeridad, en audiencia privada con la presencia del Asesor de Incapaces –art. 23.2 ley 12.061<sup>16</sup>

En el acta no se volcarán sus dichos, sólo constará que fue oído. Y ello así porque sus dichos no se valorarán como medio de prueba, sino como información de la realidad que lo afecta.

Necesariamente este derecho a ser oído tiene como contracara el deber de escuchar por parte de quienes tienen el poder y la responsabilidad de tomar decisiones respecto de cosas que afectan al niño.

Cuando se reconoce el derecho de la niñez a expresar sus opiniones y a participar en varias actividades, conforme a su capacidad en evolución, se benefician la niña, el niño, la familia, la comunidad, la escuela, el Estado y la democracia.

*Hablar, participar, que las opiniones de una/o se tomen en cuenta.* Estas tres frases secuencian el goce del derecho a participar desde un punto de vista funcional. Lo que significa este derecho, con un cariz nuevo y más profundo, es que se debe establecer *un nuevo contrato social*. Un contrato por el cual se reconoce plenamente que la niñez está endilgada de derechos, que no solamente tiene derecho a ser protegida sino también a participar en todo

---

<sup>16</sup> Corte Suprema “S.R.P” LL 1990-A-86; S.C.B.A. Ac. 78.728 2/05/02 – “S de R., S. Vs. R., J.A. s/Divorcio Contradictorio” – Ac. 85.958 12/12/03 – “m.J.M. s/art. 10 ley 10.067, recurso de queja.

asunto que le afecta; un derecho que puede considerarse simbólico del reconocimiento de que la niñez está dotada de derechos. A la larga, esto conlleva cambios en las estructuras políticas, sociales, institucionales y culturales<sup>17</sup>.

Aplaudimos que la reforma incluya entre sus normas a esta pauta hermenéutica de derechos humanos que no hace más que reivindicar al niño como sujeto de derecho.

Sin perjuicio de ello, consideramos que habría que analizar si debe aclararse la normativa, por cuanto en el último apartado dice que los niños “Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso”.

Así las cosas, por un lado, la norma establece el deber del juez de escuchar al niño de manera personal, y por el otro, que esa obligación es según las circunstancias del caso, no encontrándose precisas cuáles son esas circunstancias que así lo ameritan.

Tal redacción, supone una contradicción entre el deber y la discrecionalidad.

Por lo tanto, alguno podría pretender argumentar que no se ha cumplido con el derecho a ser oído del niño, cuando el juez no haya escuchado personalmente al mismo.

---

<sup>17</sup>Observación General N°12 sobre el derecho del niño a ser oído ( artículo N° 12 de la Convención de Derechos del Niño) COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Cuadragésima tercera sesión 11 al 29 de septiembre de 2006

De cualquier manera, entendemos que lo que debe garantizar la norma es que el niño sea escuchado, y en ese sentido puede ser oído dentro del proceso por personal especializado como el psicólogo, por el consejero de familia, u otro funcionario, dejándose constancia de ello en el expediente; no siendo necesariamente el juez quien deba hacerlo, máxime si es oído por un especialista del gabinete.

Además, sería difícil establecer en que supuesto el juez debe escuchar personalmente al niño y en que casos no.

Por otra parte, establecer el deber de que en todos los casos el juez oiga personalmente al niño, sin poder delegarlo en personal especializado o en otro funcionario, puede convertirse en la práctica de difícil cumplimiento; aunque garantiza la intermediación y celeridad en el proceso.

Creemos que la intervención personal del juez en este supuesto puede originar un largo debate.

Por ello, cual fuere la solución, estimamos que resulta conveniente revisar ese último apartado, de modo que en el futuro no dé lugar a interpretaciones contrarias, siempre con una redacción armónica con la Convención de los Derechos del Niño y las demás normas protectorias del mismo.

DRA. MAITE HERRAN

DRA. MARIA DANIELA MARINO

