

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Sara Iglesia

Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas,
Niños y Adolescentes.

El Derecho a Ser Oídos: Análisis de fallos de los Tribunales Civiles y
Comerciales de la Ciudad de Río Cuarto, desde 2005

2013

ABOGACIA

Resumen

A lo largo de la historia, la figura del menor ha sufrido grandes transformaciones en cuanto a su persona, y más precisamente en aquellas causas vinculadas a los conflictos familiares. En los primeros tiempos el menor, era considerado propiedad privada de sus progenitores; pero más tarde con el avance legislativo se logró proteger íntegramente al menor considerándolo sujeto pleno de derechos. Este trabajo se elabora en base a un análisis puntual sobre el derecho a ser oído en los menores en aquellos procesos tramitados ante los juzgados civiles y comerciales de la ciudad de Rio Cuarto, desde 2005. Para abordar dicho análisis fue necesario considerar el avance legislativo en sus diversos aspectos, desde la incorporación de la Convención de Derechos del niño con la reforma Constitucional del 94', hasta el ámbito nacional por medio de la Ley 26.061, como así también el ámbito provincial por medio de la Ley 9.944. Por otra parte se desarrollaron conceptos básicos vinculados a la situación planteada, tales como el derecho de familia, el interés superior del niño, los procedimientos a llevar a cabo, la edad necesaria para ser oído y la valoración del juez al momento de dictar la resolución. Además fueron imprescindibles las diversas posiciones doctrinales, como así también la jurisprudencia más significativa de la Ciudad de Rio Cuarto. Es por esta razón que con el presente trabajo se busca demostrar que la palabra de un niño debe ser valorada de igual manera que la de un adulto, ya que escuchar al menor va más allá de una cuestión profesional, sino de una cuestión de igualdad y ética.

Abstract

Throughout history, the figure of the child has undergone major transformations in their person, and more precisely in those cases related to family conflicts. In the early days the child was considered private property of their parents, but later with the legislative progress was achieved considering fully protect the child subject of rights. This work is developed based on a detailed analysis of the right to be heard in the minors in those proceedings before civil and commercial courts of the city of Rio Cuarto, since 2005. To address this analysis was necessary to consider the legislative progress in its various aspects, since the incorporation of the Convention on the Rights of the child with the constitutional reform of 94', to the national level by means of Law 26.061, as well as the provincial by the 9.944 Act. Moreover basic concepts were developed related to the situation, such as family law, the interests of the child, the procedures to be carried out, old enough to be heard and the judge's discretion when taking the decision. They were also essential various doctrinal positions, as well as more significant case law of the City of Rio Cuarto. It is for this reason that this paper seeks to demonstrate that the word of a child should be valued the same way as an adult, since hearing the child goes beyond a professional matter, but a question of equality and ethics.

Agradecimientos

En este momento tan importante de mi vida, lo que significa culminar una carrera de grado, quisiera dar las gracias a todas aquellas personas que han vivido conmigo el día a día; quienes han contribuido a mi formación y educación; que han estado en cada momento, compartiendo mi esfuerzo y dedicación y que hoy pueden compartir conmigo este logro. Por lo dicho quisiera dar las gracias en especial a mi esposo Jeremías, a mis padres, mi hermana, mi cuñado, mis abuelos, mis tíos, mi prima y al resto de la familia; a mis amigos, a mis compañeros de universidad, a mis profesores, a y todas las personas que formaron parte e hicieron posible este sueño. Gracias.

Índice

Introducción	7
Objetivo General	8
Objetivos Específicos	8
Capítulo 1: Derechos, garantías y criterios sobre los menores en los procedimientos judiciales con competencia en familia	11
1.1. Derecho de Familia. El vínculo jurídico familiar entre padres e hijos	11
1.2. Interés superior del niño	13
1.3. Procedimiento. Particularidades del juicio	14
1.4. Audiencia del menor. Modalidad regulada por la legislación vigente en el país	18
1.5. Consideraciones respecto a la edad necesaria para ser oído	24
1.6. La sentencia según la valoración del Juez	31
Capítulo 2: La Ley 26.061 de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes	35
2.1. Ámbito internacional: Convención Internacional de Derechos del Niño	35
2.2. Ámbito Nacional	43
2.2.1. Constitución Nacional	43
2.2.2. Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes	45
2.3. Ámbito provincial	51
2.3.1. Ley Provincial N° 9.944 de Promoción y Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba. Fuero de Niñez, Juventud y Violencia Familiar	52
Capítulo 3: La jurisprudencia significativa de los Juzgados Civil y Comercial de la Ciudad de Río Cuarto	56
3.1. Cinco casos de los Juzgados Civil y Comercial de la Ciudad de Río Cuarto	57

3.1.1. Primer Caso	57
3.1.2. Segundo Caso	59
3.1.3. Tercer Caso	61
3.1.4. Cuarto Caso	64
3.1.5. Quinto Caso	66
3.2. Análisis de entrevistas a los jueces	70
Conclusiones	82
Bibliografía	87
Anexo	90

Introducción

Durante muchos años, la voz de los niños y niñas, no fue escuchada en ninguno de los espacios de la sociedad. Se los valoraba como propiedad privada de los padres, por lo que fueron víctimas de constantes abusos por parte de una sociedad adultocéntrica que no los consideraba más que para el maltrato. Muchas son las crónicas que demuestran cómo los menores de edad llevados al mundo del trabajo eran considerados mercancías y, en este sentido, pasibles de ser vendidos y comprados.

La creación de las instituciones escolares en el siglo XIX, no mejoró significativamente la situación de maltrato. Reducidos a las escuelas como instituciones de secuestro, los niños y niñas atravesaron una larga historia de recepción de conocimientos producidos por el mundo adulto, cuando se los consideraba una 'tabula rasa' y receptores de aprendizajes.

En el Derecho, los niños, niñas y adolescentes, recién encuentran su lugar a partir de la década del 80 del siglo XX, cuando se declara la Convención Internacional de Derechos del Niño, reglamentación que fue adherida por gran número de países. En ella, el menor comienza a ser visualizado como sujeto de derechos y, como tal, protegido –de manera integral- frente a los abusos históricos, antes mencionados.

En la Argentina, la reforma constitucional de 1994 incorpora estos tratados y desde allí se promueven nuevas legislaciones –nacionales y provinciales- que aspiran a la promoción y protección de los derechos de todas las niñas, niños y adolescentes. Así, el Estado pasa a ser garante del cumplimiento de estas normativas, frente a la desprotección de los menores en situaciones de litigios familiares.

En el particular de aquellas controversias familiares donde los progenitores enfrentan la ruptura de su vínculo afectivo o la posibilidad de llegar a un acuerdo- y comparecen ante un tribunal, en el transcurso de la

disputa de sus intereses patrimoniales y personales, aparece el menor como afectado. En este marco, las garantías procesales tanto como el derecho del menor a ser oído, deben ser aplicadas sin más. Sin embargo, y a pesar del marco legal vigente que establece este derecho como fundamental para los niños, niñas y adolescentes, no siempre se aplica.

Por esto, el problema de investigación se plantea como sigue: Dado que el Derecho a Ser Oídos de los menores es un derecho fundamental consagrado en un primer momento por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, luego receptada en el derecho interno, a través de la Ley 26.061 de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes debería ser reconocido en todos los ámbitos judiciales, como sucede en los fallos transcurridos en los Tribunales Civiles y Comerciales de la Ciudad de Río Cuarto, desde 2005.

Objetivo General

- Analizar el Derecho a Ser Oído de los menores en aquellos procesos tramitados ante los Juzgados Civiles y Comerciales de la Ciudad de Río Cuarto, desde 2005.

Objetivos Específicos

- Examinar las posturas doctrinales respecto de derechos, garantías y criterios sobre los menores en los procedimientos judiciales con competencia en materia de familia.
- Presentar la Ley 26.061 de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, a partir de la adhesión a los tratados internacionales de rango constitucional.
- Analizar jurisprudencia significativa de los Juzgados Civil y Comercial de la Ciudad de Río Cuarto a partir de 2005, teniendo en cuenta, además, la palabra de los jueces involucrados expuesta en entrevistas.

La metodología que se utilizará a los fines de desarrollar el presente Trabajo Final de Graduación es mixta de tipo cualitativo, dado que, no pretende exhaustividad estadística sino más bien, profundización de los aspectos teóricos que refieren a la problemática planteada. Para ello, se hace necesaria una recopilación y análisis de datos bibliográficos a los fines de ampliar el conocimiento sobre la temática abordada. Particularmente, la fuente utilizada para el desarrollo del Capítulo 3 corresponde a Colazo, I. (2008) '*La Audiencia del Niño en el Derecho Interno Argentino*'. Revista Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad; Volumen N° 54 (2008). Pág. 5855-5882, como así también sendas entrevistas realizadas a los Jueces de la Ciudad vinculados a esta temática, material que fue cedido personalmente por la autora de las mismas –Dr. Ivana Colazo- en junio de 2011, y que son presentadas y analizadas en el Capítulo 3 de este Trabajo Final de Graduación.

De acuerdo al problema planteado, el presente trabajo se organiza como sigue: En el Capítulo 1, se abordan conceptos clave tales como: Derechos de Familia, Interés Superior del Niño, Audiencia del Menor, Capacidad Progresiva, la relación Juez-menor. En el Capítulo 2, se analiza dicha temática en el marco de la legislación vigente; esto es, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Constitución Nacional, La Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la Ley Provincial 9.944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba. En el Capítulo 3, se presentan 5 casos significativos de la Jurisprudencia de los Juzgados Civil y Comercial de la Ciudad de Río Cuarto y se analizan entrevistas realizadas a los Jueces involucrados en estos casos, para su análisis. Por último, se arriba a unas conclusiones que surgen de este abordaje sobre la temática planteada.

El reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho en el ámbito judicial; valorar sus palabras y atender a su voz; garantizar que las decisiones tomadas en la sentencia sean aquellas que

protejan y acompañen el proyecto de vida de los menores involucrados en controversias familiares, justifica por sí solo- la elección de esta temática.

Capítulo 1: Derechos, garantías y criterios sobre los menores en los procedimientos judiciales con competencia en familia

1.1. Derecho de Familia. El vínculo jurídico familiar entre padres e hijos

En cuanto al Derecho de Familia, puede decirse que *“está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares.”* (Bossert & Zannoni, 1999:10) En este sentido, el significado de vínculo jurídico familiar, se torna relevante porque a partir de él nacen derechos y obligaciones respecto a las partes; esto es padres e hijos. Así, por más que este vínculo finalice, los derechos y obligaciones persisten, dado que

“(…) es la relación que existe entre dos individuos, derivados de la unión matrimonial¹, de la filiación², o del parentesco³, y en virtud de la cual existen de manera interdependientes y habitualmente recíproca, determinados derechos subjetivos familiares, entre los que podemos encontrar por ejemplo, derecho a pedir alimentos.” (Bossert & Zannoni, 1999:8)

A partir de estos vínculos o relaciones se genera el estado de familia, es decir, el lugar que ocupa cada individuo dentro de una determinada familia; por ejemplo, el estado de esposo/a, el estado de hijo/a, hermanos/as, entre otros. *“Dicho emplazamiento o estado de familia genera en la cabeza de esa persona, un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos, atribuidos a ella que configuran ese determinado estado de familia.”* (Bossert & Zannoni, 1999:25)

Si bien el presente Trabajo Final de Graduación destina el Capítulo 2 a la descripción de la Ley 26.061 de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, en

¹ De acuerdo al Código Civil en su Artículo 172: *“Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.”* (CC, 2011:58)

² *“La filiación es el vínculo jurídico determinado por la procreación entre progenitores y sus hijos.”* (Bossert & Zannoni, 1999:439) A los fines del presente Trabajo Final de Graduación, será éste el concepto tratado en profundidad.

³ Código Civil, Artículo 345: *“El parentesco es el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco.”*

este Capítulo se abordan algunos Artículos de esta Ley, indispensables para la comprensión de lo que se trata. Del mismo modo, lo que aquí refiere al tratamiento de esta Ley, no se repite en el siguiente Capítulo.

Estos derechos y deberes tienen como fin primordial perseguir la plena satisfacción en las necesidades de los hijos, ya sean impúberes o menores adultos, tal cual refiere el primer párrafo del Artículo 7 de la Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes -que adhiere a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, a partir de la reforma constitucional de 1994- cuando expresa que: *“La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.”* (Art. 7, Ley 26.061) Por esto, los progenitores serán quienes deberán velar por el correcto cumplimiento de esos deberes ya sea en cuanto a la salud, vestimenta, educación, alimentos, vivienda, entre otros, con el objetivo de lograr un desarrollo y crecimiento saludable de sus hijos.

Por lo expresado, es que los niños son quienes -en esta relación familiar derivada de padres e hijos-, serán considerados como sujetos de derecho y, por otra parte sus padres serán responsables de aquéllos, de acuerdo a la Ley 26.061 Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes que en su Artículo 7, expresa: *“El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.”* (Art. 7, Ley 26.061)

Ahora bien, cuando se suscitan conflictos familiares⁴ que afectan al niño y sus padres, puede realizarse la siguiente clasificación; en un primer caso, es cuando *“aparecen supuestos de intereses contrapuestos entre el niño y sus padres; por ejemplo, radicación en un país extranjero.”* (Basso; 2007: s/p) En segundo lugar, puede definirse a los intereses contrapuestos, ya no hacia el

⁴ *“El conflicto familiar implica una situación jurídica que presuponiendo el interés familiar moviliza pretensiones controvertidas que pueden superarse la mayoría de las veces en el ámbito de la autonomía privada.”* (Wagmaister; 2009:290)

menor, sino a la confrontación de sus padres entre sí. En este caso, *“el niño es el ‘destinatario’ de la decisión que debe resolver esa contraposición de intereses (...) Cada progenitor está convencido de ser el mejor intérprete de las necesidades de su hijo/a.”* (Basso; 2007: s/p)

Siguiendo con esta última línea argumentativa, qué sucede una vez producida la finalización del vínculo afectivo de los progenitores, donde los mismos entienden que su objetivo es *“ganarle al otro convirtiendo al niño en su ‘trofeo de guerra’”* (Basso; 2007: s/p) Ciertamente, más allá, de los conflictos prevalentes entre progenitores, se debe considerar, que los deberes que estos tienen sobre sus hijos se mantienen vigentes y deben respetarlos y hacerlos cumplir, hasta que los mismo alcancen la mayoría de edad, que de acuerdo a lo establecido por la legislación vigente -y más precisamente por el Código Civil argentino- se alcanzaría a partir de los 18 años cumplidos.

1.2. Interés superior del niño

Por lo expresado en el apartado anterior, los niños son considerados sujetos de derecho, particularmente se busca hacer cumplir el interés superior del niño, es decir y de acuerdo a la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescente, que en su Artículo 3 establece que:

“(...) se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley. Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;*
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;*
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;*

d) *Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;*

e) *El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;*

f) *Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su exigencia.*

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustaran el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, niña o adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses legítimos, prevalecerán los primeros.” (Art. 3, Ley 26.061)

Por su parte, la Ley 9.944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Córdoba⁵ -que adhiere a la Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes- tiene como objetivo regular la situación del menor frente a aquellos casos en donde se vean vulnerados sus intereses, priorizando –al igual que en la normativa nacional- el interés superior del niño que también refiere a las garantías como titular de derecho.

1.3. Procedimiento. Particularidades del juicio

En cuanto a lo que respecta al proceso judicial, puede decirse, que el mismo es considerado como,

“una serie gradual, progresiva y concatenada de actos cumplidos por órganos públicos predispuestos o por particulares interesados, que

⁵ Sancionada el mayo 4 de 2011; publicada en el Boletín Oficial en junio 3 de 2011. Esta Ley será tratada en el Capítulo 2.

persiguen determinados fines, ya sean particulares o colectivos, pretendiendo lograr el restablecimiento del ordenamiento jurídico alterado.” (Palacio; 1976:6)

En este sentido, puede considerarse que el proceso deviene en diversas etapas, que deben desenvolverse en un orden progresivo para así lograr subsanar –precisamente- el orden jurídico alterado. Puede decirse entonces, que, en primer lugar se presenta la etapa introductoria -presentación de la demanda y contestación de la misma-; en segundo lugar, se presenta la etapa probatoria -se despliegan diversas pruebas entre las que se encuentra como principal la prueba testimonial, llevada a cabo por medio de las audiencias- y, por último la etapa decisoria o resolutoria, en la que el Juez dictará sentencia.

Entonces, una vez producido el conflicto que suele derivar en la finalización de la unión matrimonial, separación personal o simple desacuerdo entre padres en cuanto a las necesidades o disposiciones acerca de sus hijos, suele ocurrir que se termina resolviendo –en algunos casos- en procedimientos judiciales, en los cuales entran en juego un abanico de intereses que vinculan a ambos padres, como pueden ser intereses patrimoniales, personales, entre otros. Lo que realmente interesa es saber la situación de los hijos menores en dicho procedimiento judicial en los que se encuentran vinculados sin voluntad de estarlo. En primer lugar, cuando los padres no pueden resolver de común acuerdo sus intereses, suele ocurrir que concurren a los tribunales buscando una resolución por parte del Juez, para que sea este último quien trate de lograr un acuerdo. El problema se suscita cuando existen menores vinculados a tal situación, entonces el Juez deberá realizar una labor más amplia, contando con *“personal especializado para complementar la labor, ya sean psicólogos o terapeutas familiares que permitirán hacer un análisis de la situación, asistentes sociales, y otros.”* (Bossert y Zannoni, 1999:20-21)

Cabe destacar que lo que realmente interesa al Juez, es tratar de resolver, los aspectos que vinculan directamente a los hijos menores, tales

como guarda o tenencia, régimen de visitas, alimentos, vivienda, entre otros, los que suelen ser el punto de mayor disputa para sus progenitores. En lo que respecta a guarda o tenencia,

“(...) el Juez será quien deba decidir a quién le otorgará la guarda y a quién el régimen de visitas, siempre que no causare un perjuicio al menor. Si mediare convenio tales cuestiones serán fácilmente resueltas.”

(Bossert & Zannoni, 1999:385)

Tendrá el poder de seguimiento de dicho procedimiento, tratando de lograr el mejor resultado posible, teniendo en cuenta, *“primordialmente, el interés de los hijos, su conveniencia y su bienestar, y aun sin descuidar los legítimos derechos de los padres sobre los hijos.”* (Bossert & Zannoni, 1999:386)

En principio es indiscutible el tema de tenencia, ya que como indica el Código Civil vigente en Argentina, en su Artículo 206, párrafo 2º, *“(...) los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten al interés del menor. En caso desacuerdo, el Juez resolverá, teniendo en cuenta el interés del menor.”* (Art. 206 Párr. 2 Código Civil)

Se debe destacar que, en aquellos casos en que se trate de varios hijos, el Juez deberá tratar de lograr mantener la unión de los hermanos, por tal motivo es que el progenitor que tenga la tenencia de uno de sus hijos, deberá tener la del otro hijo.

Como puede observarse siempre tratará de prevalecer el contacto de ambos progenitores con sus hijos para así poder mantener de alguna manera el ámbito familiar el cual sirve de base para lograr el bienestar de los menores en cuestión. Si bien puede darse el caso, en que ambos progenitores ejerzan la tenencia o guarda, conocida para la Doctrina como ‘tenencia compartida’; esto es, ejercida en forma conjunta por ambos progenitores, suele darse en aquellos

en que ambos padres así lo han establecido de común acuerdo, para lograr un mejor bienestar para sus hijos, y todo lo concerniente a “(...) *los actos respecto de la vida y los bienes de los menores (...)*” (Bossert & Zannoni, 1999:557)

Ahora bien, cabe aclarar con respecto a la regulación de la tenencia y la guarda que el Código Civil en el Artículo 264, 3º párrafo, indica que, “(...) *en caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio (...)*” (Art. 264 Párr. 3 Código Civil) la titularidad del ejercicio corresponde al otro progenitor. No obstante, este precepto normativo es muy discutido dado que no se realiza en forma automática; más bien, prevalece por sobre todas las cosas el interés superior del niño, vinculado al Artículo 3 Inciso f) de la Ley 26.061, el que establece la necesidad de conservar lo que denomina ‘*centro de vida*’, esto es, aquel lugar donde los menores transcurren la mayor parte de su existencia, siempre que fueren condiciones legítimas. Por estas razones, el Juez podrá dar lugar a la tenencia a cualquier pariente que cumpla con las condiciones requeridas para otorgar un buen nivel de vida, para un correcto desarrollo y, por sobre todo que lo mantenga en su ámbito familiar.

Por otra parte, en cuanto al régimen de visitas, es un derecho que tiene el otro progenitor al cual no se le otorgó la tenencia. De acuerdo a lo establecido por el Código Civil el régimen de visitas, no significa únicamente ‘la visita’, sino como indica el Artículo 264, 3º párrafo:

“(...) en caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener una adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.”

Por lo dicho, se debe tener en cuenta respecto a la expresión de derecho de visitas, que,

“no se compeadece con el verdadero contenido de derecho a que alude, ya que no se trata de la facultad del padre de visitar al hijo, en el domicilio en donde convive con la madre, en el supuesto en que ésta tenga la guarda del hijo, sino, por el contrario, de retirar al niño de ese hogar y tenerlo consigo donde pueda desarrollar el vínculo afectivo y su comunicación con el hijo con la espontaneidad, la intensidad y la privacidad que desee (...)” (Bossert & Zannoni, 1999: 395)

Por último, el Juez deberá tener en cuenta para resolver finalmente, el tema respecto a los alimentos, por lo que simplemente se puede decir que los mismos deberán ser prestados, por ambos progenitores para lograr una buena calidad de vida a sus hijos menores. Cabe aclarar que será el Juez quien al finalizar el procedimiento judicial, determine en su sentencia, la cuota alimentaria que deberá pasar al progenitor que tenga la tenencia.

1.4. Audiencia del menor. Modalidad regulada por la legislación vigente en el país

En los procesos de familia, puede destacarse como una de las etapas más relevantes a la probatoria testimonial, de singular relevancia para este Trabajo Final de Graduación, por considerarse la etapa en la cual las partes, ofrecen sus testimonios al Juez, en forma directa, y bajo derecho de reserva. Y, en el particular, es el contacto directo que se plasma en la relación entre el Juez y el menor.

Antes que nada debe tenerse en consideración que para poder llevar a cabo un procedimiento judicial, ya sea que los afectados sean mayores adultos o menores, es indispensable que se cumpla con ciertas formalidades determinadas para los procedimientos en general. Teniendo en cuenta, a su vez, tanto los derechos como garantías de los que las personas son titulares, protegidos por la Constitución Nacional como así también por otras leyes de procedimientos determinadas para tales casos. De esta manera puede decirse,

que las garantías con las que cuentan los ciudadanos; esto es, los sujetos de derechos, también están amparados por dicha Constitución, ya que la misma garantiza o asegura el cumplimiento de dichas leyes y convenios, por lo cual el Estado se hace responsable por su incumplimiento.

Así, se puede dar comienzo a la etapa procesal, la cual se lleva a cabo, como ya se mencionó en aquellos casos, en que los padres llegan a los tribunales para comenzar con el procedimiento judicial con el fin de obtener una resolución fundada. Al mismo tiempo, se tendrá en cuenta, por sobre todas las cosas, la situación de los hijos menores, cuando son sus padres, quienes debaten, sobre qué hacer con sus bienes, con sus hijos y qué sucede con sus derechos y garantías.

De esta manera, es el Juez quien toma el poder de decidir y trata de hacerlo de la mejor manera posible para lograr beneficiar en forma plena los intereses de los menores, respetando y haciendo cumplir tanto, sus derechos como sus garantías. Cabe señalar, que cuando se hace mención a los menores, refiere a los niños, niñas y adolescentes menores de 18 años de edad, tal como lo indica el Código Civil de la Nación Argentina, en su Artículo 126, *“son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho años.”*

Por tal motivo, es que el Juez debe tomar en consideración para la procedencia de juicios en los cuales se vean vinculados a menores de edad; diferentes puntos que no podrá dejar de lado, y que deberá analizar de acuerdo a su propio criterio. En tal caso, se da lugar a la audiencia del menor, es decir son los propios jueces quienes tienen la opción de escucharlo, sin necesidad de que los mismos cuenten con una intervención por parte del Ministerio Público.⁶ Cabe destacar que deberá brindar una audiencia al menor, lo que no implica que todos los jueces de la Provincia o de la Nación la lleven a cabo.

⁶ “El Ministerio Público de Menores es defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo que no debe confundirse con la defensa técnica dentro de un proceso judicial que ejerce el abogado del niño, respecto de sus

Para la procedencia de dicha audiencia, en primer lugar será el Juez, quien escuche en forma directa lo que los menores quieren hacer, respecto a sus padres, así dicha audiencia debe ser realizada en un ambiente determinado para estos casos y acorde a las circunstancias, es decir donde el menor se sienta cómodo, bajo un clima familiar. Asimismo el Juez deberá tratar de ganar la confianza del menor, para que este último pueda desenvolverse expresando lo que piensa, siente y opine, respecto a sus progenitores y al problema en que estaría afectando en forma directa sus propios intereses, todo debe ser realizado en términos claros, para que los niños no se sientan incómodos e invadidos en dicha situación que los coloca en condición de vulnerabilidad.

“La capacidad de comunicar sus deseos y preferencias y participar activamente en el proceso sólo puede darse en el marco de una relación entre el niño y un profesional preparado, sensible a sus necesidades y con tiempo adecuado para entablar dicha relación (...) que considere el contexto emocional de los niños (...) haciendo con ellos contención, explicación y consuelo antes de preguntar y pedir su opinión.” (AA. VV.; 2010:18-19)

El Juez debe comunicarse manejando un lenguaje cotidiano, dejando de lado el formalismo con el que se desenvuelve en forma habitual, deberá otorgar privacidad en la conversación, ya que desde un principio, el Juez deberá dejar en claro que lo dicho en la audiencia se llevará a cabo bajo derecho de reserva. Esto es de fundamental importancia, dado que *“escuchar a un niño sin las debidas medidas de resguardo a su privacidad e integridad física y/o emocional pueden acarrearle altos costos (...)” (AA. VV.; 2010:19)*

intereses particulares ante un problema concreto y con el objetivo de obtener una sentencia.” Wagmaister, A. M. (2009) El acceso de los niños a las personas familiarmente significativas.” En Kemelmajer de Carlucci, A. (2009) La Familia en el nuevo Derecho. Ed. Rubinzal Eulzoni. Buenos Aires. P. 288.

Cabe mencionar también que, en caso de ser necesario los jueces pueden llegar a tomar audiencia en el propio domicilio del menor, para así poder conocer de cerca el lugar de residencia del mismo, siempre que concurra no solo el Juez, sino también con una asistente social, para así verificar cuáles son las condiciones de vivienda en las que se desenvuelve el menor en su vida cotidiana. Según la legislación vigente el menor puede llegar a contar con el auxilio de un asistente jurídico en caso que el mismo así lo requiera. Es una garantía que le otorga el propio Estado de contar con su propia asistencia jurídica, sin intervención de sus padres, lo que en muchos casos llevaría a que se cumplan sus propios intereses y no los del niño. Cabe aclarar que, para algunos jueces, sólo será oído el menor siempre y cuando comparezca con asistencia letrada. No obstante, al ser un derecho reglado por ley, el menor debería ser oído sin más, más allá de la presencia o no del asistente.

La Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, puntualmente en su Artículo 27, menciona

“Garantías Mínimas de Procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos.” Así, “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 las autoridades competentes 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.”*

Precisamente en su Inciso c) establece que

“(...) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo influya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.”

Es esta una garantía imprescindible que resalta la importancia de que los niños cuenten con el servicio de un letrado para así poder de alguna manera manifestar su participación en la toma de decisiones familiares que lo afecten. No obstante lo expresado, algunos autores consideran que *“oír al niño a través de otros significa mediatizar su derecho de participación a través de la interpretación y/o traducción de quien escucha, afectando la fidelidad del relato.”* (AA. VV.; 2010:11) Por su parte, Weinberg considera que en el ámbito judicial debe ser el Juez el que puede ser asistido por especialistas, pero no remplazado por ellos. *“Los protagonistas son los niños y el Juez.”* (Weinberg; 2002:19) En otras palabras, lo que aquí se sostiene es que este camino implica una participación activa del menor en la construcción del caso; esto es, el Derecho a Ser Oído más un intercambio de información y diálogo con el niño que, redundará en la toma de decisiones en el debido proceso.

Continuando con la presentación del Artículo 27, en sus Incisos d) y e), establece: *“d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.”*

La completitud del Artículo 27, de la Ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes es de suma relevancia, dado que todas las garantías mínimas de procedimiento, están resueltas y manifestadas bajo el mismo; así pueden relacionarse no sólo las garantías mínimas de procedimiento que el Juez debe cumplir, sino que además destaca la importancia de que el niño, niña o adolescente sea escuchado, aspecto éste que será desarrollado en extenso en el Capítulo 2 de este Trabajo Final de Graduación.

Es igual de importante destacar el Artículo 29 de esta Ley, que establece el *“Principio de efectividad. Los organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.”* El Artículo como puede verse presenta una semejanza con el inciso c) del Artículo 27, ya descrito donde se vincula en forma directa el rol del Estado con los procedimientos en los que se vean vinculados los menores de edad. Ambos,

“conducen a afirmar que independientemente que el niño carezca o no de recursos, el Estado esta obligado -como mínimo- a poner a su disposición el recurso necesario para contar con la asistencia letrada en todo procedimiento administrativo que lo afecte. Es decir, que la obligación del Estado de asignar un letrado al niño/a o adolescente no se agote en los supuestos en los que estos carezcan de recursos.” (Basso; 2007: s/p)

Por lo dicho, puede observarse, el rol determinante del Estado como garante para hacer cumplir las formalidades y garantías de procedimiento establecidas y reguladas en la legislación. Como así también, sea el Estado quien

“(…) contemple la capacitación y formación de los profesionales del derecho, actualización permanente, supervisión intra e interdependiente, financiamiento de la actividad, gratuidad del servicio que se preste al niño, niña y adolescente.” (Basso; 2007: s/p). No debe olvidarse que *“(…) los niños, niñas y adolescentes no se encuentran en las mismas condiciones que un adulto para evaluar la idoneidad de un profesional, esto se lo debe garantizar el Estado, quien es responsable también de la promoción y protección de sus derechos.”* (Basso; 2007: s/p)

Por lo tanto, dicha garantía debe ser cumplida en forma obligatoria ya sea por el propio Estado por sus progenitores, sin distinción en cuanto a recursos

económicos y a solicitud de parte interesada, en este caso a solicitud del menor de acuerdo a su madurez, grado de desarrollo y discernimiento.

El Juez es quien debe mantener un contacto directo con el niño, para así poder saber más de él, trascendiendo el expediente que interviene en el caso, los papeles, las pruebas, los documentos y las constancias, porque es la mirada adulta del Juez, la que debería brindar protección al menos. Por esto, siempre debe destacarse el interés superior del niño en el contexto de la audiencia del menor, y todo lo que implica el procedimiento judicial en el que se vea inmerso, exige necesaria referencia a una protección integral del niño, en el ámbito del derecho del niño y adolescente y en el Derecho de Familia en general.

1.5. Consideraciones respecto a la edad necesaria para ser oído

De acuerdo a las consideraciones anteriormente mencionadas, cabe aclarar que de acuerdo a lo establecido por el Código Civil en cuanto a las personas y su relación con los derechos y deberes, según el Artículo 30 *“son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones.”* Así puede decirse que, para poder ser titulares y adquirir esos derechos y contraer obligaciones, puede distinguirse por una parte, en personas capaces y por otra incapaces, de acuerdo al Código Civil. La primera, para que *“las personas sean capaces”*, tal como lo señala Buteler Cáceres; esa capacidad, implica *“(…) aptitud de las personas para adquirir derechos y la posibilidad de administrar y disponer por sí.”* (Buteler Cáceres, 2001:68) Mientras que, la segunda aptitud puede ser absoluta o relativa de hecho, ya que ambos poseen aptitud para ser titulares de derecho.

De esta manera, dicha capacidad puede clasificarse de dos formas, por un lado aparece la Capacidad de Derecho, siendo ésta: *“El grado de aptitud de cada clase de personas, para adquirir derechos por sí o por otras personas, los actos que no le son prohibidos.”* (Buteler Cáceres, 2001:68) Así, este tipo de

capacidad no puede faltar en forma absoluta a ninguna persona, ya que todas las personas sin distinción de edad, son titulares de derechos y obligaciones.

Por otra parte, puede hacerse mención a la Capacidad de Hecho o Capacidad de Obrar, es decir; la *“aptitud o grado de aptitud de las personas de existencia visible⁷ para ejercer por sí, actos de la vida civil.”* (Buteler Cáceres, 2001:69) Esta capacidad sí puede faltar en forma relativa o absoluta, según se trate de menores o adultos, ya que los menores de edad no podrán ejecutar por sí mismos los actos voluntarios ejercidos en la sociedad, sino que los llevarán a cabo por medio de sus representantes, tutores, entre otros.

En cuanto al Derecho a Ser Oído en los menores, los jueces pueden tener diferentes criterios en torno a la capacidad progresiva. Siguiendo los aportes de Weinberg, la autora señala que

“existen opiniones diversas entre los autores (10 años, 14 años o depende de cada situación concreta) y que muchos siguen el parámetro que da el Código Civil que establece la responsabilidad por los perjuicios a partir de los 10 años.” (Weinberg; 2002:16)

En este sentido, y de acuerdo al Artículo 3 Inciso d) de la Ley 26.061. En el mismo, se determina que la *“edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”* conforman lo que se entiende por capacidad progresiva. No obstante, en la actualidad aquellos criterios disímiles han generado importantes discusiones y grandes debates⁸ reflejados luego en los casos y fallos, los que serán tratados en el Capítulo 3.

⁷ De acuerdo al Código Civil, en su Artículo 51: “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.” (CC, 2011:28)

⁸ *“Algunos autores se han pronunciado por el derecho a ser oído de personas de muy corta edad y aún lactantes, sosteniendo que la edad no es un obstáculo para que un niño, niña o adolescente puedan expresarse. Niños de muy corta edad, aún bebés pueden hacerse oír, por ejemplo, a través del llanto o de enfermedades psicosomáticas (...) Otros autores sostienen que es necesario que una ley interna disponga a partir de qué edad se puede ejercer este derecho –postura sostenida por este TFG-. (...) Desde una perspectiva psicoanalista la edad de 8 años. Y de una visión jurídica la edad de 10 años tomando el principio del Código Civil (...) Entre los miembros del Ministerio de Menores se sostiene que hay una edad mínima a partir de la cual se puede establecer contacto con el tribunal y la sitúa entre los 8 y 14 años (...) Otra postura indica que el niño mayor de 14 años debe ser oído en los actos relativos a su*

En lo que respecta a los criterios a tener en cuenta para determinar la capacidad progresiva, cabe destacar lo concerniente al discernimiento,

“es la aptitud general de conocer, es decir esa aptitud que nos permite tener conciencia cabal de nuestras propias acciones, de su conveniencia e inconveniencia, de su bondad o maldad, de su licitud o ilicitud, esa aptitud es lo que se llama discernimiento.” (Buteler Cáceres, 2001:202)

Así el discernimiento es un punto importante para determinar la capacidad progresiva, es decir el tener conciencia de lo que se hace, a la hora de llevar a cabo determinados actos y poder distinguir entre lo que está bien o mal, de este modo se considera a partir de qué edad los menores cuentan con el discernimiento suficiente para actuar. Por lo dicho es que debe hacerse mención al Artículo 127 del Código Civil en donde el legislador estableció una clasificación -en cuanto a los tipos de menores, según su discernimiento-, cuando se expresa: *“Son menores impúberes los que aún no tuvieran la edad de catorce años cumplidos; y adultos los que fueren de esta edad hasta los dieciocho años cumplidos.”*

A su vez, los menores impúberes son incapaces absolutos de hecho, como indica el Artículo 54 Código Civil, Inciso 2: *“Tienen incapacidad absoluta: (...) los menores impúberes (...)”* En cambio, los menores adultos poseen una incapacidad relativa, ya que según el Artículo 55 del mismo Código Civil, señala: *“Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes le autorizan otorgar.”* Sin embargo debe aclararse que los incapaces absolutos o relativos pueden actuar por medio de sus representantes, ya sean padres, tutores, curadores, entre otros, tal como lo indica el Artículo 56 del Código, cuando dice: *“Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos y*

persona (...) Colazo, I. (2006) ‘La Audiencia del Niño en el Derecho Interno Argentino’. Revista Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad; Volumen N° 54 (2006). Pág. 5864.

contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley.”

Así se marca una distinción entre los menores de edad y su categoría.

No obstante para la doctrina, la mayoría considera que el discernimiento se alcanza a partir de los 10 años cumplidos, aunque generalmente se tiene en cuenta lo que establece el Código como referencia para así fundar argumentos en base al Artículo 921 que hace una distinción entre actos lícitos e ilícitos y actos con discernimiento o sin discernimiento, estableciendo que, *“los actos serán reputados sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años (...)”*

Así se establece una clara distinción entre actos lícitos e ilícitos. Para los actos lícitos, el discernimiento comienza a partir de los 14 años de edad; en cambio, para los actos ilícitos el discernimiento se alcanza a partir de los 10 años de edad. En lo que respecta al procedimiento judicial en que se vean vinculados menores de edad, se debe tener en cuenta que,

“(...) no siempre quien puede ser parte en un proceso está habilitado para actuar por sí mismo, requiere además capacidad procesal, esto es la aptitud para poder realizar con eficacia actos procesales de parte. La capacidad procesal va de la mano de la capacidad de hecho o de obrar del derecho civil. De ahí que toda persona capaz para ser parte tiene capacidad procesal (...)” (AA. VV., 2002:15)

Entonces, los menores impúberes son,

“toda persona susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones goza de capacidad para ser parte desde su concepción en el seno materno, pero carece de capacidad procesal, o sea, de aptitud necesaria para realizar, por sí mismo, actos procesales válidos (...) debiendo actuar por ellos en el proceso sus representantes necesarios (...)” (AA. VV., 2002:15)

En cambio los menores adultos pueden actuar por sí mismos en los procesos judiciales ya que poseen capacidad procesal, con la sola autorización de sus padres.

De acuerdo al Código Civil, en el Artículo 128, se establece el cese de dicha incapacidad cuando señala, *“cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día que cumplieren los dieciocho años (...)”* Así a partir de los 18 años comienzan a tener plena capacidad para ejercer sus actos en la vida civil.

Retomando el análisis del concepto de capacidad progresiva, puede decirse que, más allá de estas posturas, en forma general se trata de *“aquellos actos que el menor puede realizar por sí mismo”* (Lloveras & Salomon, 2009: 418) Y, puntualmente la capacidad progresiva,

“configura, entonces, la faz dinámica en la capacidad del sujeto que facultaría a los mismos a tomar intervención en todos los asuntos que atañen a su persona o sus bienes, conforme a su madurez y desarrollo; asimismo, significa también que esa voluntad o participación sea tenida en cuenta, incluso, en ciertas oportunidades, para resolver conforme a dicha voluntad.” (Lloveras & Salomon, 2009:418)

En otras palabras, el concepto de capacidad progresiva se sustenta tanto en la capacidad de derecho o goce, como en la de hecho o de ejercicio. Por lo tanto, debe aclararse también, que

“los padres y el Estado deben posibilitar el desarrollo progresivo de la capacidad de los niños, niñas y adolescentes, a fin de “Guiar” su formación, en el camino a la plena integración que opera en la mayoría de edad, donde adquiriría la plena capacidad.” (Lloveras & Salomon, 2009:19)

A partir de diversos trabajos de investigación⁹ realizados entre los jueces nacionales, provinciales y locales, puede establecerse que la mayoría considera que la edad para escuchar al menor, se encuentra en el rango de 5-10 años, menores impúberes.

No obstante, es ésta una formalidad dado que los que se encontrarían habilitados para saber con quién quieren estar y dar a conocer lo que quieren hacer, son los menores adultos entre 14-18 años. Se sostiene, que ya poseen el discernimiento suficiente como para determinar en forma clara y precisa la relación que tienen con sus progenitores, siendo su actuación clave para la resolución final de dicho procedimiento. Ahora bien, la resolución final del procedimiento también dependerá de la actuación del operador jurídico de acuerdo a la manera como se vincule con el menor.

En esta misma línea argumentativa, aparecen algunas investigaciones, como un estudio de campo realizado en el Reino Unido, que sostiene que existen diferentes formas para acercarse a los menores y comunicarse con ellos.

“Con los más pequeños (...) el contacto consiste en observar al niño y cómo se relaciona; con los del medio (...) además de la observación, frecuentemente se juegan distintos tipos de juegos, algunos diseñados especialmente para ese propósito y, con los más grande (...), el contacto incluye ‘hablar’”¹⁰

⁹ “En una investigación realizada en el universo de 21 magistrados con competencia en materia de Familia en la Justicia Nacional de Capital Federal, un 35,75% entendió que la edad en que el Juez debía tomar contacto directo con los menores en cuestiones que los involucraren oscilaba entre los 5 y 10 años, en tanto que sólo un 21,45% sostuvo que ello debía hacerse con los que contaban con más de 12 años. Un 14, 20% lo remitió a los casos en que existe posibilidad de razonar y un 7,15% cada uno, respectivamente: a) a las posibilidades de comunicación, b) de acuerdo a las circunstancias de que se trate y c) a la edad escolar. A igual consulta, de un conjunto de 6 asesores de menores del mismo ámbito territorial, un 25% expresó que el contacto con el menor debía hacer a partir de los 8 años, otro 25% según el caso que se trate, otro 25% a partir de su socialización (...) y el 25% restante a los 14 años.” Colazo, I. (2006) ‘La Audiencia del Niño en el Derecho Interno Argentino’. Revista Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad; Volumen N° 54 (2006). Pág. 5865.

¹⁰ AA. VV, 2010: informe final estudio “niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia.” Universidad Diego postales. UNICEF. (Ref. Página 27 de agosto del 2012) Disponible en: www.unicef.c//Archivo. Pág. 9-10.

Asumiendo que no todos los niños son iguales de acuerdo a su personalidad y carácter, si lo son, ya que sobre todos ellos recae el ser sujetos de derecho, aparece como conveniente establecer rangos más flexibles para permitirle al Juez analizar los dichos de los menores de acuerdo a la edad, madurez y según el caso concreto.

En este sentido, y volviendo a los aportes del estudio inglés antes mencionado, el mismo muestra que

“a los ojos de los actores del sistema –no todos los niños tienen edad suficiente para conversar (...)-. Este estudio da cuenta que, a juicio de los operadores, la edad en que los niños pueden conversar es alrededor de los 5 años; sobre los 10 años los niños pueden conversar y escuchar (aunque no todos los operadores le den el mismo peso) y, cuando ya son adolescentes usualmente son escuchados otorgándosele cierto peso a sus opiniones.”¹¹

Como ya se expresara *supra* la importancia de la relación Juez-menor, le permite a Grossman sostener

“que el Juez tiene que ver al menor, saber de él, ya que es un elemento sustancial para la determinación del mejor interés del niño, tiene que acudir al paradigma del interés superior del niño, por ello no se puede fijar una edad, depende de cada niño y de sus necesidades en concreto.”
(Grossman, 1998: s/p)

Sin embargo, y como podrá verse en el análisis de diferentes fallos en el Capítulo 3, el Juez, a la hora de tramitar estos procedimientos, puede considerar los parámetros de edad antes mencionados o bien suponer que no existen parámetros determinados y definitivos para escuchar a los menores.

¹¹ AA. VV, 2010: informe final estudio “niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia.” Universidad Diego postales. UNICEF. (Ref. Página 27 de agosto del 2012) Disponible en: www.unicef.c//Archivo. Pág. 10.

Esto estaría determinando un vacío legal, en el propio Artículo 3 Inciso d), cuanto remite a la capacidad progresiva sin especificar la edad o grado de madurez del menor que lo habilitaría en todo procedimiento. Vacío que no se completa a pesar de que en el Artículo 2, cuando se indica la aplicación obligatoria de la Ley sólo se menciona el límite de edad “(...) *respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad (...)*”

Más allá de estas consideraciones, lo primordial sigue siendo el Derecho a Ser Oído; derecho protegido a nivel constitucional, nacional y provincial, emanado de convenciones internacionales que va más allá de las actitudes de los magistrados y que debe hacerse cumplir sin más. Por eso todos deberían ser escuchados sin límite de edad y sus decires considerados a la hora de resolver.

1.6. La sentencia según la valoración del Juez

Al llegar a esta instancia final, en la etapa de valoración del Juez, éste deberá considerar todos los aspectos que han sido mencionados arriba, para dictar una resolución favorable y beneficiosa a las partes, pero por sobre todas las cosas, favorable para los niños, niñas y adolescentes. Debe tomar en conocimiento todo lo presentado por las partes, ya sean documentos, pruebas confesionales, testimoniales, psicológica, como así también deberá tomarse en cuenta por sobre todo, lo dicho, y expresado en la audiencia por los propios hijos, ya sean menores adultos o menores impúberes.

Por lo dicho es que el Juez, a la hora de valorar y evaluar los datos recopilados,

“probablemente ilumine ciertas facetas del problema, de acuerdo con su visión de lo que es ‘bueno’ para el niño, y quedará en la sombra otra información que juzgue irrelevante. Es decir que la profecía de lo más

favorable al niño puede contradecir con la experiencia real; pese a que el Juez utilice la 'lógica de lo razonable'." (Ramacciotti; 2008:6056)

De este modo, se observa cómo el Juez a la hora de decidir, deberá basarse en juicio de probabilidad, de acuerdo a su criterio personal y su experiencia, para así determinar lo mejor para las partes, puntualmente lo mejor y más conveniente para el niño.

Para llegar a la sentencia el Juez, deberá no sólo tomar conocimiento de lo que los menores, sienten, desean, piensan o expresan, sino que a la hora de resolver deberá tener en cuenta esas expresiones. Esto no significa que el Juez deba hacer lo que los menores 'dicen', sólo que no podrá dejar pasar por alto esos dichos, porque el objetivo fundamental en estos casos, es proteger al menor de acuerdo a lo que es más favorable para su persona y su pleno desarrollo. En palabras de Wagmaister,

"(...) La elección de aquel de los progenitores que sea más apto y esté en mejores condiciones naturales para satisfacer los requerimientos que apunten a garantizar el pleno e integral desarrollo del hijo, a través del cumplimiento acabado de las funciones nutritivas cubriendo las necesidades de amor, protección, abrigo, alimento; y las normativas que establecen el sistema de reglas, pautas y normas que permiten la adaptación del hijo a la realidad y su paulatina incorporación como miembro activo de la sociedad." (2009:289)

Si bien es necesario considerar que en algunos casos, los niños suelen decir y dar a conocer lo que su padre o madre o parientes en general dicen o más bien lo que quieren que digan; es por esto que el Juez a la hora de escuchar al menor cuenta con la ayuda técnica y un equipo de asistencia, compuesto por psicólogos, psicopedagogos, asistentes, entre otros especialistas en niñez y adolescencia; para así poder determinar si el menor

miente o dice la verdad, si el menor dice lo que verdaderamente siente o simplemente transmite lo que otros le dijeron.

En la resolución el Juez tiene que dejar sentado que el menor ha sido oído, otorgándole la audiencia correspondiente, como así también todas las garantías reguladas por la Ley. Pero, al momento de valoración de pruebas, se hará en forma general, respecto a la totalidad de pruebas recolectadas y presentadas por las partes, como así también se tendrán en cuenta los informes emitidos por especialistas y auxiliares de justicia quienes determinarán si lo expresado por el menor es verídico o no. En cuanto se recabe suficiente información, el Juez podrá resolver fundando su sentencia de acuerdo a su criterio y experiencia. En este sentido, podrá tener en cuenta o no los dichos emitidos por los niños, niñas y adolescentes, así los mismos podrán ser considerados o no, un factor determinante a la hora de resolver. En palabras de Ramacciotti,

“cuando el Juez interpreta cuál es el interés del niño en el caso en concreto, emite un juicio de predicción, un pronóstico que se construye sobre un entramado de creencias y prácticas sociales. Su certeza es relativa porque sólo el devenir podrá decir si el vaticinio ha sido acertado.”
(Ramacciotti; 2008:6056)

Por último, cabe agregar que, mas allá de la sentencia dictada, los menores continúan siendo amparados de acuerdo al Inciso e) del Artículo 27 de la Ley 26.061, que trata sobre las garantías mínimas de procedimiento protegidas por el legislador en cuanto a los menores, otorgándoles el beneficio de poder *“(...) recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.”* De esta manera lo que queda claro es que, frente al Juez que puede dictar sentencia fundada en argumentos basados en todo lo recolectado a lo largo del procedimiento, como así también haber tenido en cuenta el interés de las partes y por sobre todo el del menor, este último conserva un derecho, que es el de recurrir las resoluciones en las que resultare perjudicado. En otras

palabras, apelar frente a las autoridades que lleven a cabo el caso, para seguir siendo protegido y amparado por la Ley más allá de la finalización de dicho procedimiento.

Capítulo 2: La Ley 26.061 de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes

Los derechos de niños, niñas y adolescentes, desde 1989, se han materializado en la Convención Internacional de Derechos del Niño. Dicha Convención fue incorporada a la Constitución Nacional en la reforma del 94 y vigente hasta hoy. Ante la ausencia de reglamentación específica en la materia, en 2005, se sanciona la Ley 26.061 de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y, particularmente en la Provincia de Córdoba, en 2011 aparece la Ley de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En el presente Capítulo, se desarrolla esta evolución legislativa en forma pormenorizada. Cabe aclarar que, si bien se aborda la nueva ley provincial con el fin de dar cuenta de un conocimiento más acabado de la temática abordada, todos los casos analizados en el Capítulo 3 se encuentran en el marco legal de la Ley 26.061 de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, del ámbito nacional.

2.1. Ámbito internacional: Convención Internacional de Derechos del Niño

Dentro de los fenómenos más importantes respecto a los derechos del niño, puede considerarse como acontecimiento de trascendencia a la Convención Internacional de Derechos del Niño, la cual fue un suceso determinante a nivel mundial para la incorporación y reconocimiento en varios países de estos derechos. “(...) *La convención fue firmada y ratificada por 160 países de todo el mundo, los cuales se comprometieron a aceptar e incorporar a sus propios organismos los principios y derechos respecto a los niños.*” (Laje-Narvaja, 2011:35)

Dentro de los países que rectificaron y firmaron la Convención se pueden mencionar Angola, Honduras, Mongolia, Panamá, Pakistán, Nicaragua, España, Francia, Australia, Brasil, Argentina, Costa Rica, Portugal, Chile,

Bolivia, Rusia, Filipinas, Guatemala, Namibia, Kenia, Egipto, Granada, entre otros. Así, la Convención significa *“un acuerdo de la comunidad internacional sobre los principios básicos con los que debe contar cada Estado en el campo de la niñez.”* (Laje-Narvaja, 2011:36).

La misma,

“(...) fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de Noviembre de 1989, basados en una recopilación de disposiciones garantistas respecto a la infancia; es decir que la convención es un instrumento basado sobre todo en el reconocimiento de los niños, como personas humanas, las cuales pueden contar con este instrumento para proteger sus derechos.” (Laje-Narvaja, 2011:19-20)

Fundamentalmente destaca la importancia fundada sobre los principios de la familia como institución, que forma parte del desarrollo y el bienestar que necesita el niño para su vida. Dicho de otro modo, la Convención otorga

“las bases para que los intercambios en el interior de las familias se desarrollen en el marco de las relaciones democráticas y de respeto mutuo entre adultos y niños, promoviendo que desde pequeños vayan aprendiendo competencias para la vida (...)” (Wagmaister, 2009:284)

Dentro de los principios fundamentales que se establecen en la Convención, pueden destacarse:

“(...) son cuatro los principios que contiene la convención y que orientan las medidas y diseños políticos y programas que se adoptan para la infancia: la no discriminación; interés superior del niño; el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo; ser escuchado y que sus opiniones sean tenidas en cuenta.” (Laje-Narvaja, 2011:37)

Si bien no es la finalidad de esta investigación, el desarrollo de los cuatro principios en detalle, se mencionan a continuación en breve reseña, para luego si, profundizar en aquel que es el eje de la discusión; esto es, el derecho a ser escuchado y que sus opiniones sean tenidas en cuenta o, el Derecho a Ser Oído.

En primer lugar, se hace mención al principio de 'no discriminación', Artículo 2, Inciso 2 de la Convención, puede citarse como sigue:

“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.” (Convención Internacional de los Derechos del Niño)

Por otra parte, también se ve reflejado en el Artículo 30, el cual manifiesta; que

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.” (Convención Internacional de los Derechos del Niño)

Si bien este Artículo no manifiesta explícitamente el concepto de 'no discriminación', va de suyo que este principio se asienta en la igualdad, y que se repite en otros artículos de la Convención, como puede verse en la primera parte del Preámbulo, donde señala:

“(...) de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en

el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)”(Convención Internacional de los Derechos del Niño)

Por otra parte, también se hace mención al principio de igualdad en el Artículo 28, Primera Parte, el cual señala: *“Los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho (...)*” (Convención Internacional de los Derechos del Niño)

En cuanto al segundo principio mencionado, ‘interés superior del niño’, el mismo encuentra su fundamento en la Convención, precisamente en el Artículo 3, Primera Parte:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (...)” (Convención Internacional de los Derechos del Niño)

Asimismo hace responsables en forma directa por dicho cumplimiento, a sus padres, al Estado y a toda institución social que tenga contacto con los niños, cuando menciona en la Segunda Parte,

“Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él (...)” (Convención Internacional de los Derechos del Niño)

Si bien puede observarse una clara descripción en cuanto al bienestar, considerado punto fundamental para el logro del interés superior, en el Preámbulo, cuando establece;

“(...) convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad (...)” (Convención Internacional de los Derechos del Niño),

no aparece de manera explícita una definición que aluda al interés superior del niño, más bien, se sobrentiende de la lectura de diferentes artículos y partes, como se viene dando cuenta en este desarrollo. Es importante destacar que existen diferentes definiciones en cuanto al interés superior, relacionadas a las diversas posturas doctrinales o jurisprudenciales.

Por esto, es importante destacar que

“el interés superior del niño alude a la satisfacción de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. No se trata del interés de los padres, ni del Estado y puede ser considerado en adelante el único interés relevante para la satisfacción de los derechos de la infancia.” (Laje-Narvaja, 2011:39)

Por otra parte, puede definirse también a dicho interés superior desde una perspectiva internacional, más precisamente cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece al respecto que el mismo es,

“un principio regulador de la normativa de los derechos de los niños y se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre Derechos de los Niños.” (AA. VV.; 2010:7)

Siguiendo con la descripción de los principios más relevantes de la Convención, el tercero en cuestión manifiesto en dicho cuerpo normativo, establece respecto a ‘el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo’, asentados en el Artículo 6: *“1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”* (Convención Internacional de los Derechos del Niño).

Finalizada la breve reseña sobre los tres primeros principios, corresponde ahora, la presentación del cuarto principio donde se determina el derecho a ‘ser escuchado y que sus opiniones sean tenidas en cuenta’.

De acuerdo al Artículo 12 de la Convención – se señala:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función a su 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.” (Convención Internacional de los Derechos del Niño)

En el primer apartado, se ratifica la importancia de la expresión libre y propia del niño cuando sea afectado por los diferentes avatares que le toquen vivir, como expresan Laje y Narvaja, en *‘todos los ámbitos de la vida ya sea social, familiar, estatal, cultural, escolar, deportivo y recreativo (...) en la propia sociedad en la que vive.’* (Laje-Narvaja, 2011:39-40) En el segundo apartado, el particular que refiere a los procedimientos judiciales o administrativos, también pone el acento en la oportunidad de ser escuchado en forma directa o

a través de sus representantes, ratificado a la vez en el Artículo 5 que refiere a lo concerniente a la capacidad progresiva, mas precisamente cuando hace mención a que “(...) *la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.*” (Convención Internacional de los Derechos del Niño) De esta manera podrá establecerse el reconocimiento de la capacidad en la toma de decisiones de los menores de edad. Aparece así, una estrecha relación entre el Artículo 12 y 5 de la Convención, que obedece a “*aunque no lo digan expresamente, entraña que a los niños debe dárseles la oportunidad de demostrar que tienen capacidad para tomar sus propias decisiones.*” (Wagmaister, 2009:286)

Dicho de otra forma, se promueve la participación activa del menor como sujeto de derecho. No obstante, la participación activa depende –en gran medida- de una sociedad que logre “(...) *respetar y reconocer el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la participación y expresión, como mecanismo de ejercicio y exigibilidad de los otros derechos que les son propios.*” (Laje-Narvaja, 2011:40) Dicho de otro modo, cuando se hace mención al principio de capacidad progresiva, refiere a la capacidad que tienen los niños de ejercer sus derechos y deberes regulados en la Convención, es decir que

“Implica reconocer a los niños la facultad de decidir cuándo y cómo quieren ejercer un determinado derecho, como asimismo la posibilidad de que en un momento determinado decidan no ejercerlo. En efecto, una cosa es tener el Derecho a Ser Oído y otra cosa es tener la obligación de ejercerlo.” (AA. VV., 2012:8)

Por último, el Artículo 9, establece que:

“1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes lo determinen conforme con la ley y

los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (...) 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente Artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y dar a conocer sus opiniones.” (Convención Internacional de los Derechos del Niño)

Llegado el caso de que el menor deba ser separado de sus progenitores, aún en este marco excepcional, la norma remite al resguardo del interés superior del niño y la ratificación de la participación y la posibilidad de opinión del menor.

Para cerrar este apartado cabe citar en extenso a Bidart Campos cuando expresa que:

“Los tratados se ratifican e ingresan al derecho interno de modo directo y automático, y en él han de surtir los efectos, debiendo ser interpretados de buena fe y con lealtad internacional. Es una obligación interna e internacional y los tribunales judiciales no se eximen de cumplirla. Todo lo contrario, son los primeros que quedan convocados para dar efectividad a los tratados en cada causa judicial en la que su aplicación está comprometida o en juego –directa o indirectamente-.” (AA. VV., 2002: 2-3)

Por esto, el interés superior del niño debe ser resguardado desde el marco de la Convención, siendo los niños sujetos de derechos, pueden participar en aquellos procedimientos en los que se vean involucrados, manifestando lo que sienten, creen, piensan y quieren al respecto. Los derechos y la participación son dos pilares fundamentales de las sociedades democráticas, donde los niños deben construir su propio proyecto de vida.

2.2. **Ámbito Nacional**

2.2.1. **Constitución Nacional**

Una vez reconocidos los derechos de los niños a nivel internacional, asentados bajo la Convención Internacional, a lo largo de los años, varios países fueron incorporando este tratado como modelo a seguir, ya que el mismo significaba el nacimiento de los derechos del niño como así también, establecía la igualdad de derechos entre adultos y niños. Precisamente en Argentina, se puede establecer que fue tomada como referencia y como punto de partida, a partir de la reforma constitucional de 1994, cuando se incorporaron y ratificaron los tratados internacionales. En este marco, a través de la Ley nacional N° 23.849, se agregó a la Constitución Nacional el Artículo 75 inciso 22,

“Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la santa sede. Los tratados y concordancias tienen jerarquía superior a las leyes (...)”
(Constitución de la Nación Argentina)

que permitió la incorporación de diferentes tratados; entre ellos la Convención de los Derechos del Niño.

Al respecto cabe aclarar que posteriormente a la incorporación a la Constitución Nacional de estos derechos de niños, niñas y adolescentes, pasó largo tiempo hasta que fueran creadas e incorporadas las leyes que reglamentan su ejercicio. *“Siempre que un derecho que emane de la Convención se dirija a una situación de la realidad en la que pueda operar inmediatamente, (...) el derecho debe ser aplicado.”* (Weinberg; 2002:11)

Al convencimiento de que un cuerpo normativo no garantiza conductas éticas, como tampoco la aplicación sin más de sus preceptos, podría decirse que, en el particular, una década demandó al interés de los legisladores colocar

en el ordenamiento jurídico unos derechos fundamentales como los de los niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta la desprotección que le es propia a la criatura humana.

No obstante, la Constitución otorga garantías en cuanto a los derechos que les corresponden a los niños. Garantías que son dirigidas en forma generalizada a todos los habitantes de la Nación sin distinción, más precisamente y tratándose del tema en cuestión, en lo referido al Artículo 18 cuando expresa que “(...) es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos (...)” (Constitución de la Nación Argentina)

Estas garantías en cuanto a la defensa y el debido proceso, demuestran la igualdad entre los ciudadanos sin distinción de edad, ni grado de desarrollo, brindando protección a los menores en los procedimientos que sean parte. En otras palabras, podría establecerse que el derecho a la defensa en juicio, implica una garantía de rango constitucional inviolable para el Estado, ya que el mismo debe garantizar el cumplimiento de dichas garantías, de modo tal que alcanzaría también a los niños ya que los mismos son considerados sujetos de derecho, así

“un niño no puede estar ajeno a la protección constitucional de la libertad de expresión y pensamiento, que son parte constitutiva e inescindible del derecho a la defensa (...) Esto se materializa en el Derecho a Ser Oído y que su opinión sea tenida en cuenta. Contiene una doble dimensión, por una parte, el derecho personal del niño a ser escuchado y por otra el deber correlativo del Juez de escucharlo en cualquier oportunidad procesal, cuando se pueda ver afectado en sus derechos por medio de un pronunciamiento judicial.” (AA. VV, 2010:13)

Por lo antes expresado, a continuación se presentan las leyes nacionales y provinciales, que se promulgaron en estos últimos años y que tratan acerca del reconocimiento de derechos y garantías de los menores.

2.2.2. Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

Teniendo en cuenta el tema desarrollado hasta el momento, esta Ley se sancionó el 28 de Septiembre del año 2005, la misma fue promulgada a partir del 21 de Octubre de ese mismo año en donde comenzó a regir hasta la actualidad. Por otra parte, esta Ley deroga a otra Ley nacional, más precisamente la N° 10.903 del Patronato de Menores, través de la cual se regulaban algunos derechos de menores. (Ley 26.061)

En cuanto a los puntos más destacados que presenta esta Ley, puede decirse, que la misma hace referencia por un lado, a los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes y, por el otro, las garantías mínimas que deben tener los mismos. Por esto, puede hacerse una síntesis en lo que respecta a los aspectos más importantes de la misma que refieren a la temática abordada en este Trabajo Final de Graduación, como sigue: Artículo 1º, Artículo 2º, 3º, 24º, 27º y 41º, y por último, el Artículo 29º. Cabe destacar que este conjunto de Artículos aquí seleccionados, en la actualidad presentan incertidumbre en cuanto a su aplicación, ya que no todos los tribunales los respetan o los aplican, como podrá verse en los fallos analizados en el Capítulo 3 de esta tesis, en los Tribunales Civiles y Comerciales con Competencia en materia de Familia de la Ciudad de Río Cuarto desde 2005.

Se inicia con la presentación del Artículo 1º, dado que el mismo menciona el objeto primordial de la Ley:

“Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima

exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.” (Art. 1 Ley 26.061)

Como puede observarse este Artículo deja sentado que deben respetarse los derechos de los niños establecidos en tratados internacionales, como así también los asentados por la presente ley, de esta manera, brinda mayor trascendencia en la legislación vigente en lo que respecta a los derechos de los niños. Particularmente, no deja dudas respecto de su aplicación en todo el territorio nacional, como así tampoco la obligación del Estado frente a niñas, niños y adolescentes.

Los Artículos 2º, 3º, 24º, 27º y 41º Inciso a), se presentan en forma conjunta dado que se relacionan con el Derecho a Ser Oído, tema en cuestión en esta tesis, dado que hoy desencadena grandes debates, porque en la mayoría de los casos, las consecuencias son no favorables a la parte más débil de la relación o vínculo familiar, es decir a los niños, niñas y adolescentes.

El Artículo 2, por su parte establece la:

“Aplicación obligatoria. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto a las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños y adolescentes tienen Derecho a Ser Oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.” (Art. 2 Ley 26.061)

Como puede observarse, es imprescindible destacar que la presente Ley en cuestión es de *“aplicación obligatoria, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto a las personas”*. Esta obligatoriedad remarca la importancia de la aplicación de la misma, en todo aspecto relacionado a la justicia donde se vieran menores afectados.

Ya se expresó en el Capítulo 1 que, cuando los jueces deben dictar sentencia, en muchos casos se remiten al Código Civil en el que se expresa una relación entre discernimiento y edad que, no siempre beneficia a los menores. En este particular, la Ley 26.061, en Artículo 2º, deja dudas respecto al inicio de la edad en que los menores deben ser escuchados, cuando expresa *“a las personas hasta los dieciocho años de edad”*. Cabe aclararse que, la ausencia de una edad de inicio –como la tipificada en el Código Civil, Artículo 127, ya tratado en el Capítulo- deja librado, entonces, la interpretación del operador jurídico, de cuándo es de utilidad considerar los dichos de los menores en sus resoluciones. Aquí el gran debate en lo que respecta al principio de capacidad progresiva, tratado anteriormente, no obstante quedar sentado que son derechos y garantías de *“orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intangibles.”* (Art. 2 Ley 26.061)

Continuando con la presentación del articulado que responde a la misma temática, el Artículo 3º aparece como abarcativo, cuando hace mención al interés superior del niño, reflejando todos los derechos y garantías contemplados en la Ley. Así el

“Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

a) Su condición de sujeto de derecho;

- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;*
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;*
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;*
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;*
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.*

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.” (Art. 3 Ley 26.061)

Obsérvese cómo, al introducir la forma “*debiéndose respetar*” quien cobra relevancia es el menor como sujeto de derechos. Ya no se trataría de ‘una interpretación’ sobre las niñas, niños y adolescentes, sino un reconocimiento *per se* de sus derechos y por ende de las garantías del que es titular. Los diferentes incisos de este Artículo 3º abarcan lo que se conoce como proyecto de vida, donde todos los menores tienen, como sujetos de derechos, la prioridad cuando existan conflictos que pongan en riesgo su plena satisfacción.

Al llegar a este punto, y coincidiendo con el Inciso b) del Artículo 3º, aparece en el Artículo 24, el objeto de estudio de esta investigación, esto es: el Derecho a Ser Oído de los menores. El citado Artículo expresa sobre el:

“Derecho a opinar y a ser oído: 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 desenvuelvan las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.”

(Art. 24 Ley 26.061)

Igualmente y como ya se expresara en el Capítulo 1, el Derecho a Ser Oídos acontece cuando el Juez otorga la audiencia en aquellos procedimientos donde se vincula al menor en situación familiar en litigio, aunque aquél no esté mencionado explícitamente en el Código Civil. Entonces, el eje interpretativo está centrado en el adulto, en este caso, el Juez. Mientras que, lo que se advierte en esta Ley es un corrimiento de este eje hacia el niño y su interés superior. Al mencionar explícitamente que *“sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo”*, la implementación del concepto ‘conforme a’ redimensiona la ubicuidad del niño en la situación desigual frente a los adultos; esto es, es desde la mirada del niño y no desde la interpretación de los adultos desde donde se plantea esta Ley. Agregando además que esta nueva forma de mirar al niño, se extiende a otros ámbitos como el *“estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.”* En otras palabras, las niñas, niños y adolescentes son sujetos de derecho en todo los espacios en los que se desenvuelve su proyecto de vida, ya no queda acotado al espacio familiar o escolar; exclusivamente. Ahora bien, no huelga recordar que este trabajo de investigación, sólo refiere al ámbito familiar como espacio privilegiado de socialización y dentro del marco judicial cuando el menor debe ser oído por un tercero.

Siguiendo con la presentación de los Artículos más destacados de la Ley en cuestión, se enfatiza sobre el Artículo 27 dado que detalla las garantías que resguardan al menor en un proceso judicial. Cabe aclarar que es éste, el único Artículo que regula estas situaciones, dado que –más allá de la protección constitucional, ya presentada- no existe dentro del ordenamiento jurídico, mención alguna en otras leyes que contemplen estas circunstancias.

Así, el Artículo 27 establece las:

“Garantías Mínimas de Procedimiento. Garantías en los Procedimientos Judiciales o Administrativos. 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.”*

(Art. 27 Ley 26.061)

Como puede observarse, se sintetiza de alguna manera lo más importante de este trabajo, es decir enuncia en forma breve las garantías y derechos que las autoridades de los diferentes tribunales de la Nación deberían tener en

cuenta, a la hora de resolver un procedimiento judicial o administrativo, en el que se encuentran vinculados los menores.

Artículo 41 Inciso a) de dicha ley, el cual en su primera parte señala, *“Aplicación. Las medidas establecidas, se aplicaran conforme a los siguientes criterios:*

Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes.” (Art. 41 Ley 26.061)

Como puede verse una vez más, destaca la importancia fundada en el derecho de ser oído de los menores, por sobre todo en cuestiones vinculadas al ámbito familiar.

Así debe establecerse una relación directa con el Artículo 24, para así poder determinar con exactitud si en la realidad se cumple con lo protegido por la legislación nacional. Al mismo tiempo, establecer una precisa relación en lo que respecta al Artículo 29 de Ley 26.061 -ya que el mismo indica la importancia que debe cumplir el Estado, en la participación de dichos procedimientos, cumpliendo un papel de garante-, con lo establecido tanto en el Artículo 27, respecto a derechos y garantías, como así también los demás artículos contemplados en su totalidad por la Ley vigente 26.061.

En suma, en el ámbito nacional se advierte que existe una relación entre el articulado propio de la Ley 26.061 y que, a los fines de este Trabajo Final de Graduación, conforma el marco jurídico a través del cual se analizan los casos que se desarrollan más adelante en el Capítulo 3.

2.3. Ámbito provincial

2.3.1. Ley Provincial N° 9.944 de Promoción y Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba. Fuero de Niñez, Juventud y Violencia Familiar

Si bien, y como se acaba de exponer, el marco teórico doctrinal que será utilizado en el análisis de los fallos presentados en el Capítulo 3, refiere a la Ley nacional, no está de más referir en este apartado a la Ley provincial que atañe a la protección de los menores, aunque sea a título de presentación.

En lo que respecta a esta Ley, puede decirse que la misma es modificatoria de la Ley N° 7676, como así también de la Ley N° 9396 de Tribunales de Familia. Por otra parte, adhiere a la Ley nacional 26.061, y deroga a la Ley N° 9053 de Protección Judicial del Niño y del Adolescente. En cuanto a su sanción, la misma se produce el 4 de mayo del año 2011 y se publica en el Boletín Oficial el 3 de junio del mismo año. (Ley Provincial N° 9.944)

En cuanto a su aplicación, la misma se extiende a toda la Provincia de Córdoba, rigiendo actualmente en la Ciudad de Río Cuarto. Hasta la sanción de esta Ley, la ciudad se regía por lo establecido a nivel nacional, es decir la Ley 26.061. Puede adelantarse que, la Ley provincial presenta un articulado no sólo más extenso en su redacción; sino y que a la vez, algunos aspectos se presentan sin ambigüedad y con mayor claridad que la Ley nacional.

Así, el Artículo 1° de Ley 9.944, complementa la normativa a nivel nacional, adquiriendo así más fuerza y relevancia para que su aplicación sea más exhibible, cuando trata el objeto de la presente ley:

“Objeto. Las disposiciones contenidas en la presente Ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles, intransigibles y tienen por objeto la “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba”, mediante la

promoción prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de sus derechos. Los derechos y garantías que se enumeran en la presente norma deben entenderse como complementarios a los derechos y garantías reconocidos en el Ordenamiento jurídico provincial, nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.” (Art. 1 Ley Provincial N° 9.944)

Por otra parte, cabe destacar que esta Ley provincial detalla en forma más específica a los sujetos de aplicación. En este sentido, el Artículo 2 de la Ley 9944, señala a quién va dirigida la Ley: *“Sujetos Comprendidos. A los efectos de esta ley quedan comprendidos todas las personas, niñas, niños y adolescentes hasta los dieciocho (18) años de edad.” (Art. 2 Ley Provincial N° 9.944)*

Como bien puede observarse, es indiscutible el rango que determina la Ley en lo que respecta a la edad de los sujetos de derechos comprendidos en la misma, sin distinción de grado de capacidad, es decir sin distinción de las categorías de menores, llámense a menores impúberes o adultos. Menores de 18 años, todos, quedan determinados bajo la denominación de menores consagrada puntualmente por el Código Argentino en su artículo 126 *“son menores las personas que no hubieran cumplido la edad de dieciocho años.” (Art. 126 Código Civil)*

Al llegar a este punto, cabe mencionar que –como ya se expresara con anterioridad- tres son las posturas que se ejercen cuando de edad del menor refiere, respecto siempre del Derecho a Ser Oído: una, que sostiene el marco jurídico es el Código Civil –en cuanto a actos lícitos e ilícitos; otra, que sustenta que depende del caso concreto –atenida a la madurez del menor-; y por último, aquella postura que sostiene que a todos los menores de 18 deben ser escuchados y, es en este sentido que la Ley provincial no deja dudas respecto del sujeto de aplicación de la misma.

En cuanto al Interés Superior del niño, la Ley provincial expresa:

“Interés Superior. A los efectos de la presente Ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente a la máxima satisfacción –integral y simultánea- de los derechos y garantías reconocidas en esta Ley y los que en el futuro pudieren reconocérsele. La determinación del interés superior debe respetar:

- a) Su condición de sujeto activo y portador de derechos;*
- b) Su Derecho a Ser Oído cualquiera sea la forma en que se manifieste, y a que su opinión sea tenida en cuenta;*
- c) El pleno desarrollo personal, armónico e integral de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;*
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales (...)*” (Ley Provincial N° 9.944)

La primera diferencia que puede advertirse con respecto a la Ley nacional, refiere al reconocimiento presente y futuro de los derechos y garantías de los menores. Asimismo, es destacable, la inclusión del concepto de *“sujeto activo y portador de derechos”*. La calificación de *‘activo y portador’* establece claramente la potencialidad de la participación de este sujeto de derechos. A su vez, y como ya fuera consignado en apartados anteriores, los niños desde muy pequeños, encuentran la manera de comunicar su displacer o conformidad, por eso es de suma importancia consignar en la Ley que, el Derecho a Ser Oído está vinculado a *“cualquiera sea la forma en que se manifieste”*.

Avanzando en la presentación de la Ley provincial N° 9.944, en su Artículo 27 se incluye *“el Derecho a Opinar y a Ser Oído”*. El mismo se presenta redactado de forma idéntica al Artículo 24 de Ley 26.061, ya mencionado en apartados anteriores.

En su Artículo 31, cuando se expresan los términos acerca de *“Garantías mínimas de procedimiento y garantías en los procedimientos judiciales o*

administrativos”, hay coincidencias con la Ley nacional que asegura al menor la posibilidad de ser oído siempre que lo solicite y, ante autoridad competente.

Complementando el Derecho a Ser Oído, en el Artículo 75 de la 9.944, se expone: *“Conocimiento de la niña, niño o adolescente. Avocado el Juez (...) debe conocer y oír en forma directa y personal a la niña, niño o adolescente y a sus representantes legales (...)”* (Art. 75 Ley Provincial N° 9.944) De esta manera, se refuerza la cuestión que indica una relación o vínculo directo entre el Juez y el menor. Asimismo, el contar con el apoyo, ayuda y asesoramiento de un representante para su defensa.

Por último, y aunque no respetando el orden del articulado –como viene exponiéndose- el Artículo 41 incluye *“Medidas de promoción de derechos y prevención de su vulneración”* que, promueven a la coordinación de una única institucionalidad que abarque a las diferentes dependencias estatales. Al mismo tiempo, cooperando para fortalecer unos mecanismos coordinados – tanto en forma vertical y horizontal- entre diferentes instituciones, sectores y disciplinas que promuevan un accionar de las políticas públicas más eficientes. En suma, se trata de coordinar esfuerzos para la promoción y protección de los derechos de la niñez en todo el ámbito provincial. (Art. 41 Ley Provincial N° 9.944)

En el siguiente Capítulo, se analizan unos fallos significativos correspondientes a los Juzgados Civil y Comercial de la Ciudad de Río Cuarto, en el marco de la Ley N° 26.061.

Capítulo 3: La jurisprudencia significativa de los Juzgados Civil y Comercial de la Ciudad de Río Cuarto

La jurisprudencia brinda información imprescindible, a la hora de dar cuenta del vínculo establecido entre las niñas, niños y adolescentes y el Juez, en el marco del ejercicio del Derecho a Ser Oído. Este derecho no se limita solamente

“(...) a la posibilidad de ser escuchados, sino importa un amplio espectro de facultades y prerrogativas que se reflejan en la aptitud para participar en los procedimientos, y la de respetar su libertad de opinión.” (AA. VV.; 2011:537-538)

Es por esto que, en el presente Capítulo se presentan, en primer lugar, cinco casos correspondientes a los Juzgados Civil y Comercial de la Ciudad de Río Cuarto, desde 2005 al 2011, para ser analizados en el marco de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. En segundo lugar, se muestra el análisis de cinco entrevistas, en 2008, realizadas por la Prosecretaria del Juzgado de Primera Nominación Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Río Cuarto, a los jueces locales que integran cada Juzgado.¹²

Sostiene Colazo que,

“(...) el ejercicio del Derecho a Ser Oído trae aparejado una tensión que se vislumbra entre el derecho y el interés superior, en virtud de que los jueces están obligados a escuchar a los menores, pero no así a decidir conforme al deseo y voluntad del mismo.” (Colazo, 2008:5867)

¹² La fuente utilizada para el desarrollo de este Capítulo corresponde a Colazo, I. (2008) *'La Audiencia del Niño en el Derecho Interno Argentino'*. Revista Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad; Volumen N° 54 (2008). Pág. 5855-5882, material que fue cedido personalmente por la autora en junio de 2011. Cabe aclarar que la localidad de Río Cuarto cuenta con seis juzgados en materia Civil y Comercial; no obstante sólo se realizaron cinco entrevistas a los jueces titulares de cada Juzgado.

3.1. Cinco casos de los Juzgados Civil y Comercial de la Ciudad de Río Cuarto

3.1.1. Primer Caso

El 29 de julio de 2005, en autos caratulados *‘Asesor Letrado del 2° turno en representación de la Sra. E.E.R.D.M-SOLICITA RESTITUCION DEL MENOR’*, tramitados en *“el Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 5ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto, Provincia de Córdoba, se dictó la Sentencia N° 278.”* (Colazo, 2008:5870)

En el año 2000, un menor, su hermano y sus padres deciden viajar a la República Federal de Alemania, con la supuesta intención de permanecer en aquel país, una vez instalados. En abril de 2003, se produce la separación definitiva de los progenitores y, esto provoca el abandono de la esposa del hogar conyugal. Posteriormente, la mujer inicia un tratamiento de manera extrajudicial con el objetivo de solucionar esta situación familiar, entre otras la referente a la situación de los hijos. Una vez, producida la separación de los progenitores, ambos menores continúan viviendo en el domicilio conyugal junto al padre, hasta junio del 2003. Entonces, uno de los niños regresa con su padre a la Argentina y en septiembre del mismo año se da inicio a las actuaciones.

La demandante, representada por el Sr. Asesor Letrado, *“formula reclamo en los términos del Convenios sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptado en la Conferencia de La Haya, ratificada por ley 23.857.”* (Colazo, 2008:5870)

En este fallo, el Juez resuelve rechazar la solicitud de restitución del menor efectuada por su madre, *“en el marco de la ley 23.857”* y fija audiencia para escuchar al menor. Dicha etapa probatoria del proceso, se lleva a cabo con la presencia del Ministerio Pupilar y del personal que forma parte del equipo interdisciplinario del Poder Judicial. Durante la misma, el menor expresa

su opinión; esto es, la negativa de regresar con su madre a Alemania. El Juez, por su parte, al dictar sentencia y considerando la opinión del menor, afirma que *“el interés superior del niño resulta preminente al de sus progenitores.”* (Colazo, 2008:5870)

Del análisis del fallo precedente, puede decirse que, como ocurre en la mayoría de los casos, una vez producida la disolución del vínculo matrimonial, las partes plantean sus pretensiones y disputas en los tribunales locales para ser resueltas por un superior que entienda la causa, sin tener en consideración los intereses de los niños también vinculados a tal situación.

Los progenitores se disputan la tenencia o guarda de los menores, sin considerar que son –justamente aquéllos- las víctimas de una situación de ruptura familiar. Son los adultos progenitores los que condicionan la actuación de sus hijos, más interesados por confrontar con el cónyuge que, encontrar la mejor solución para que prevalezca el interés superior de los menores y puedan, de esta manera, ejercer su Derecho a Ser Oídos.

De suerte, en este caso, el magistrado que lleva la causa, comienza por considerar esencial hacer valer la condición de los menores como sujetos de derecho, dicha circunstancia hace que los mismos puedan tornar vigentes sus propios derechos.

Como ya se presentara en el Capítulo 1 y 2 de este Trabajo Final de Graduación, cuando se hace mención a los Artículos 2, 24 y 27 de la Ley 26.061, queda establecida la importancia, desarrollo y aplicación del Derecho a Ser Oído. En el particular, el Juez consideró los dichos del menor afectado como punto esencial para resolver la causa, argumentando su sentencia en aquellas expresiones realizadas por el menor en dicho procedimiento.

Al mismo tiempo, consideró por sobre todas las cosas el interés superior del niño, el que se encuentra contemplado en la legislación vigente en el

Artículo 3 de la Ley 26.061, desarrollado en el Capítulo 1. Como ya se expresara, se destaca como uno de los derechos fundamentales para obtener el bienestar de los menores en cuestiones de litigio, porque el mismo trata de lograr la máxima satisfacción de los niños, niñas y adolescentes para así alcanzar su pleno desarrollo, como así también lograr respetar su condición de sujeto de derecho, su Derecho a Ser Oído y que su opinión sea tenida en cuenta a la hora de resolver por parte del magistrado.

Por esto y de acuerdo a la actuación del Juez, se desestimó el pedido de la madre, más allá de las pruebas presentadas, documentos y demás trámites realizados por las partes. Es más, el magistrado actuó desoyendo la postura mayoritaria que implica la devolución del menor a su madre biológica, establecido en el Código Civil en su Artículo 206, ya descrito en el Capítulo 1 cuando establece que *“los hijos menores de 5 años, quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten al interés del menor”* por considerarse persona fundamental e imprescindible para el crecimiento y desarrollo de sus hijos. No obstante, prioriza el Artículo antes mencionado, el que manifiesta que, *“(…) en caso de desacuerdo el Juez resolverá a favor del interés del menor.”* En otras palabras, el Juez valoró lo que el niño quería hacer, por sobre los intereses de los adultos vinculados a este caso, considerando de pleno el Artículo 3 vigente y protectorio del interés superior del niño.

Así queda manifestado un claro ejemplo que, transcurrido en los tribunales locales, demuestra la prevalencia del Derecho a Ser Oído de los menores. Mostrando el respeto -durante la audiencia llevada a cabo por el magistrado que entiende la causa-, hacia los dichos del menor en cuestión al ser considerados en forma absoluta en la misma sentencia dictada por el Juez.

3.1.2. Segundo Caso

Este caso del 27 de diciembre de 2005, en los autos caratulados *“F.I.C Y H.R.S.- Divorcio vincular por presentación conjunta del Juzgado Civil y*

Comercial de 1ª Instancia y 1ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto, se pronuncia sobre el tema en cuestión, en el “*Auto Interlocutorio N° 659*”. (Colazo, 2008:5871)

El fallo en cuestión resuelve hacer lugar al régimen de visitas, estableciendo de manera se llevará a cabo, teniendo en cuenta los dichos de la menor en cuestión; esto es, el haber manifestado frente al Juez –y “*un profesional del cuerpo técnico del Juzgado de Menores*”- el deseo de estar con sus dos padres. (Colazo, 2008:5871) Por esto, el Juez en su resolución manifiesta que

“(…) como en todas cuestiones de familia lo primero a tener en cuenta es la realidad de la menor, en este caso fue escuchada por el suscripto y entrevistada por la profesional del cuerpo técnico del Juzgado de Menores. De esta manera se arriba que la menor si bien se siente bien viviendo en Río Cuarto, quiere estar con sus dos padres (...) Dado lo expuesto y fundamentalmente el deseo de la menor de estar con sus dos padres, la conveniencia de ello, la necesidad de armonizar la conducta de los mayores en beneficio del vínculo paterno-filial, y de los propios progenitores, es que considero que el régimen propuesto es el que más se torna viable para el caso.” (Colazo, 2008:5871)

Como se infiere del análisis de este segundo caso presentado, frente a un proceso judicial los menores de edad quedan expuestos desde la relación padres-hijos; relación que subsiste aún cuando se disuelve el vínculo matrimonial entre cónyuges, como fuera planteado en el Capítulo 1 de este Trabajo Final de Graduación.

En este marco, será el Juez quien tenga el poder de decisión para así arribar a una resolución lo más justa y beneficiosa para las partes, iniciando con el cumplimiento de las garantías constitucionales del debido proceso, las cuales se plasmarán en diversas etapas del procedimiento. En este sentido, se

cumple con las garantías mínimas de procedimiento establecidas en el Artículo 27 de la Ley 26.061 –presentado en el Capítulo 2- conforme a la etapa de audiencia del menor, el ser oída –en este caso- por autoridad competente.

Al mismo tiempo, y como ya se expresara, el Juez cuenta con el trabajo y la ayuda técnica de un equipo de asistencia, que puede estar compuesto por psicólogos, psicopedagogos, asistentes, entre otros especialistas en niñez y adolescencia. En este caso en concreto, la niña, ha sido escuchada por el magistrado que lleva la causa, como así también por su cuerpo técnico especializado para estos casos. Cabe recordar que, esta participación de profesionales y especialistas de otras disciplinas diferentes al Derecho, es necesaria para que, -dado el caso en que los niños suelen decir y dar a conocer lo que su padre o madre o parientes en general dicen o más bien lo que quieren que digan-, el Juez cuente con una visión más integral de la menor. Dado que dicho cuerpo técnico se encarga de estudiar y analizar detenidamente, todo lo que respecta a las expresiones, actitudes, gestos y otras situaciones que puedan servir de ayuda para el Juez a la hora de resolver no sólo desde el punto de vista jurídico, sino y complementado por el punto de vista psicológico o social.

En el caso planteado, se determinó, con esta asistencia integral y técnica, lo que la niña “quería hacer” sin más; esto es, estar con ambos progenitores. En otras palabras, el Juez favoreció a la menor, teniendo en cuenta el interés superior del niño, logrando su bienestar por sobre todas las cosas, al respetar la aplicación de la legislación vigente.

3.1.3. Tercer Caso

El 23 de noviembre de 2006, se registra el tercer caso, en los autos caratulados “*S.M.D.C. c/ R. F.- SOLICITAN AMPLIACION DEL REGIMEN DE VISITA*”, tramitados ante

“el Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 1ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto, se fijó una audiencia del Artículo 58¹³ del Código Procesal Civil, a los fines de determinar la conveniencia del régimen comunicacional de los menores en forma separada, con la presencia del Sr. Asesor Letrado Civil, y sin la de sus padres y letrados.” (Colazo, 2008:5872)

En la mencionada audiencia, el Juez ordena la realización de una pericia psicológica a los menores y solicita un cuarto intermedio. Posteriormente con fecha 28 de noviembre del mismo año, se decreta que: *“Atento las circunstancias surgidas en la audiencia llevada a cabo el 23 de noviembre del corriente año, y a fin de preservar el interés superior de los menores involucrados, suspéndase el régimen de visitas hasta tanto se concluya con la pericia psicológica ordenada en la causa (...)”* (Colazo, 2008:5872)

Es importante destacar que, frente a un caso de divorcio o separación o disolución matrimonial, lo más conveniente para los hijos, sería que los progenitores logren llegar a un acuerdo, y asuman el compromiso de hacerlo cumplir, en todo lo que respecta a los aspectos relacionados a sus hijos, quienes de alguna manera deben enfrentar un cambio de vida. Sin embargo, no siempre es así. La ruptura conyugal, afecta en forma directa a los hijos, no obstante, es esperable acordar respecto a la guarda o tenencia, régimen de visitas, alimentos, entre otros aspectos relacionados con los hijos.

En este caso en particular, el Juez destacó la importancia del interés superior del niño, establecidos por la legislación vigente; ya que como puede observarse en la audiencia, en lo que refiere al Artículo 58 del Código Procesal Civil, se hace efectivo el cumplimiento del Derecho a Ser Oído, predominando por sobre todo este interés superior. Como ya se describiera en el Capítulo 1 y 2 ambos conceptos van de la mano, ya que el Derecho a Ser Oído, trata sobre

¹³ Este Artículo hace mención a la Audiencia de oficio, el que se redacta de la siguiente manera: *“En cualquier estado de la causa, los tribunales podrán decretar audiencias para aclarar puntos dudosos o procurar avenimiento o transacciones. La facultad de los tribunales para decretar audiencias extraordinarias, se entenderá sin perjuicio de los plazos fijados para dictar resolución o sentencia.”* (C.P.C Y C., 2007:18)

lo que el niño siente, piensa y quiere para sí mismo; mientras que, el interés superior hace referencia al bienestar de los niños, niñas y adolescentes para así lograr una mayor satisfacción en sus necesidades y poder alcanzar su pleno desarrollo como sujeto de derecho.

Así puede verse cómo ambos conceptos están vinculados en forma directa; mientras que uno da a conocer lo que el menor necesita y quiere, el otro hace a su efectividad. En este sentido, el Juez consideró ambos preceptos normativos para así poder llegar a una resolución más favorable para la parte más vulnerable, procedimiento en que los menores se vean afectados por el solo hecho de llegar a ser parte del mismo.

En lo que respecta a la participación en el proceso, cabe aclarar que en dicho caso, se cumplimenta con el Artículo 27 referente a las garantías procesales, no sólo al respetar y hacer cumplir el Derecho a Ser Oído y, la participación directa de los niños como parte activa del proceso; sino también al momento en que el procedimiento se lleva a cabo bajo la presencia de un Asesor Letrado en defensa de los intereses del menor en cuestión, papel primordial para solicitar el cuarto intermedio a favor del niño.

Por último y, siguiendo con la línea de participación, el rol que lleva a cabo el Juez, como magistrado con poder de decisión, remite a la utilización de medidas tendientes a una mayor efectividad para lograr una mejor resolución del caso, dentro de las cuales se cuenta con la asistencia y asesoramiento del cuerpo técnico pertinente para la correcta pericia psicológica que se lleva a cabo en dicho procedimiento.

En suma, el caso presenta una importancia relevante en varios aspectos vinculados al Derecho a Ser Oído, al interés superior del niño, a la audiencia del menor, garantías procesales y judiciales mencionadas en el Artículo 27 y 24 como así también en el Artículo 3 de la Ley 26.061, contando de este modo con

un correcto desenvolvimiento del Poder Judicial representado en este caso por el Juez que resolvió la causa.

3.1.4. Cuarto Caso

En el cuarto caso presentado, con fecha 6 de noviembre de 2007, en autos caratulados “S. C. G c/ R.C.D – RESTITUCION DE MENORES’, *tramitados ante el Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 1ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.*” (Colazo, 2008:5870)

En este caso el progenitor solicita la restitución de la guarda de sus hijos menores, la que es otorgada en un primer momento a la tía –hermana de la progenitora fallecida- de aquéllos. *“El fallo resuelve no hacer lugar a la demanda de restitución de hijos menores incoada por su padre y otorgar la guarda provisoria de los menores a la tía materna de los mismos.”* (Colazo, 2008:5870)

Los menores de autos que, son ya adolescentes de 17,15 y 13 años, han sido escuchados -por separado- por el Tribunal en presencia del Juez, el Asesor Letrado y otros integrantes del equipo técnico del Poder Judicial. El informe emitido es coincidente en cuanto a la rotunda negativa de sacar a los menores del ámbito familiar materno para convivir con su progenitor. Esta postura está fundada en que, los menores han sufrido vivencias traumáticas con aquél y, que no se han superado hasta la fecha.

El fallo expresa que,

“(…) el cambio de paradigma que impone considerar a los menores como sujeto de derecho obliga a tomar la debida nota de sus opiniones en tanto se hallen en condiciones de formarse en juicio propio. El menor debe ser considerado como protagonista de su vida y no como un mero espectador.

La doctrina no es pacífica respecto del límite de edad necesario para que la opinión del niño se transforme en relevante.” (Colazo, 2008:5870)

El caso descrito aquí, muestra un claro ejemplo de lo que se denomina restitución de guarda o tenencia. La controversia suscita, por un lado, que el progenitor reclame la tenencia argumentando tener la oportunidad de una mejor comunicación, crecimiento y desarrollo de sus hijos; y, por el otro, la tía materna quien viene haciéndose cargo de la crianza de los menores desde el fallecimiento de su hermana -la madre de los adolescentes-.

Ante esta situación el Juez trata de resolver varias cuestiones que hacen al litigio. En primer lugar, considera lo concerniente al principio de capacidad progresiva, el que hace referencia a la edad, madurez y discernimiento con el que cuentan los menores intervinientes en un proceso judicial para comprender lo que está bien y/o lo que está mal. Y, en este sentido, pueden determinar lo que quieren hacer para su vida. En el caso particular de estos menores, al contar con la edad de 17, 15 y 13 años, poseen el discernimiento suficiente no sólo para participar en dicho procedimiento, sino para influir en forma determinante en la resolución que dicte el Juez.

En segundo lugar, otra de las cuestiones hace hincapié en el conflicto puntual; esto es, la tenencia y la disputa entre las partes, es importante dejar en claro que si bien es cierto que a la muerte de un progenitor, le corresponde al otro la tenencia o guarda de sus hijos, como se ha visto en el Capítulo 1, al hacer mención al Artículo 264, Inciso 3 cuando reza *“que en caso de muerte de unos de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro”*; no siempre ocurre esto.

Tal es este el caso, donde los menores vinculados a la causa no quieren permanecer bajo la mano del otro progenitor. Aquí entra en confrontación manifiesta lo que es el deber-derecho del padre regulado por el Código y el derecho acerca del interés superior de los hijos. Si bien, este interés hace

alusión a conservar su ámbito de familia no siempre es lo más deseable y lo mejor para que el niño crezca y se desarrolle. El pleno desarrollo personal de sus derechos en el ámbito familiar, social o cultural no siempre dependerá de su 'centro de vida' –aquel lugar donde los menores han transcurrido la mayor parte de su existencia- por lo cual la solución depende de las particularidades del caso en concreto, donde se debe procurar devolver aquellas condiciones legítimas que hacen al desarrollo.

Por esto, el Juez debe inclinarse hacia lo que resulta más beneficioso para los hijos, logrando el cumplimiento de su interés superior, ya que este interés es el óptimo deseable y esta por encima de cualquier otro derecho que manifiesten sus padres y la familia en general.

Así, es que puntualmente en este fallo, se considera en forma plena lo establecido por la legislación y todo lo concerniente al procedimiento judicial; respetando, por un lado, el principio de capacidad progresiva, siendo este fundamental para determinar la participación activa de los menores; y, por otro lado lo relativo al interés superior y su relación directa con el derecho de ser oído, que es el factor más importante para estos adolescentes.

El Juez, a la hora de resolver considera -en concreto- denegar la demanda invocada por el progenitor, haciendo lugar a lo solicitado por los adolescentes en cuestión, considerando lo que aquéllos 'quieren'; en este caso continuar bajo la custodia y guarda de su tía materna. Así, el Juez hace lugar en la causa a lo solicitado por los propios adolescentes en cuestión tornándolos sujetos activos en la participación del proceso judicial.

3.1.5. Quinto Caso

El último caso presentado tiene fecha del 17 de marzo de 2008, en los autos caratulados

“T. J. A y O. N. R.- Adopción, tramitados ante el Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 5ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto, se fijó la audiencia que prescribe el Artículo 317¹⁴ Inciso b, del Código Civil, en la que se entrevista al menor en presencia del Sr. Asesor Letrado, de la Licencia del Equipo Técnico y el letrado de los adoptantes.” (Colazo I., 2008:5872)

Durante la audiencia la menor cuenta que toda su vida siempre quiso llevar el apellido de sus padres adoptantes, porque es el apellido con que todos la conocen. Sin embargo, en la escuela la llamaban por su apellido ‘biológico’ y esto le producía incomodidad para con sus compañeros, porque todos ‘saben’ cuál es su apellido. Manifiesta al mismo tiempo, que

“lo quiere hacer por ella y por sus padres- refiriéndose a los adoptantes- porque considera que esa es ‘su’ familia ya que vive con ellos desde los tres meses de vida. Que con la familia biológica tenía buena relación, se visitaban y desde que le comentó su intención de cambiarse el apellido su madre biológica se molestó, conservando su relación con su padre biológico y sus hermanos biológicos. Que actualmente cursa su último año de secundario, y que desde siempre conoció su realidad biológica.” (Colazo I., 2008:5872)

Por su parte, y durante el desarrollo de la audiencia, el Asesor Letrado formula algunas preguntas junto a otros integrantes del equipo técnico, registrando expresado por la menor en un informe, al que suma un acta de la misma.

En el caso planteado, pueden observarse varios puntos importantes a considerar, que ya fueron desarrollados a lo largo de este trabajo de investigación.

¹⁴ Cabe mencionar que el respectivo Artículo hace mención a los requisitos establecidos para otorgar la guarda, el Inciso b, establece: *“tomar conocimiento personal del adoptando.”* (CC, 2011:118)

Por una parte, se manifiesta una situación en lo que respecta a la edad de la menor en conflicto, ya que la misma resulta de gran importancia a la hora de resolver por parte del Juez. Como ya se manifestara en el Capítulo 1 en cuanto a la clasificación de menores impúberes y menores adultos, la diferencia suscita -según el Artículo 127 del Código Civil- en que los primeros comprenden el rango de edad entre 1 a 14 años y la segunda clasificación entre 14 a 18 años edad, en la cual se alcanzaría la mayoría de edad. Dentro de estos parámetros y siguiendo con el caso planteado al encontrarse la menor cursando el último año de secundario, se entiende que la edad de la misma rondaría entre los 16 o 17 años, edad que se encuentra dentro de los rangos estipulados para los menores adultos.

Por esto, se estaría frente a una situación en la que se vincula a una menor adulta, razón por la cual sus dichos o expresiones manifestadas en el procedimiento serán de gran influencia para el Juez a la hora de resolver la causa. Por otra parte, la adolescente deja clara su inquietud, apela al cambio de apellido, dado que de continuar con el otro esta situación le genera incomodidad y malestar.

Si bien la disputa se genera por el reclamo de parte de los padres biológicos a los padres adoptivos, la menor se ve involucrada a participar en el proceso, otorgándosele el cumplimiento de las garantías ya manifestadas con anterioridad en este trabajo cuando se menciona el Artículo 27 de la Ley 26.061, el que establece una estrecha relación en cuanto al Derecho a Ser Oído, que sus opiniones sean tenidas en cuenta, la participación activa y asistencia de un Asesor Letrado.

De este modo, puede establecerse cómo se lleva a cabo el procedimiento, otorgándose la pertinente audiencia en presencia del Juez, asesores letrados correspondientes a las partes y personal perteneciente al cuerpo técnico de dicho Poder Judicial. En la audiencia la menor puede expresar su problemática, sus inquietudes y fundamentos por lo que desea que

se cumplan sus dichos, más precisamente, el llevar el apellido de sus padres adoptivos y no el de sus padres biológicos.

El Juez, a la hora de resolver esta causa, no sólo respeta el derecho de ser oído, y todo lo concerniente a los derechos y garantías amparados la legislación vigente, sino que por sobre todo se entiende que escucha lo que la menor realmente 'quiere'. Teniendo en cuenta estas expresiones en el acta labrada para posteriormente dictaminar una resolución, el Juez considera -por sobre todo- el interés superior de la menor, establecido para su máxima y plena satisfacción y para su desarrollo integral.

En base a los casos planteados puede verse, cómo –en estos Tribunales- se ha respetado todo lo concerniente al Derecho a Ser Oído de niños, niñas y adolescentes, establecido en la legislación vigente, en el marco de lo manifestado por la Convención de Derechos del Niño, por la Ley Nacional 26.061 como así también recientemente incorporado por Ley Provincial 9.944.

En todo este cuerpo normativo se destaca la importancia relevante de considerar este derecho de ser oído, el cual va de la mano en forma directa con el principio de capacidad progresiva, el debido proceso, la garantía de contar con Asesor Letrado especializado en el tema y por sobre todo el interés superior del niño.

Cabe destacar que los jueces resolvieron de acuerdo a la normativa vigente considerando estos derechos y garantías como elementos fundantes de la protección integral de los menores de edad. Así los jueces en la interpretación final de estos casos presentados, han demostrado una superación de las “(...) situaciones paternalistas (...) al incorporar las nuevas legislaciones, tendientes a la protección del niño.” (AA. VV., 2011:538-539)

Así se da por concluida la etapa en la presentación de casos prácticos, para luego proceder a una entrevista tomada a los jueces locales, es decir los jueces provenientes del poder Judicial de la Ciudad de Río Cuarto.

3.2. Análisis de entrevistas a los jueces

En este apartado se podrá conocer la posición de los diversos jueces que componen el Poder Judicial de la Ciudad de Río Cuarto, en base a una entrevista llevada a cabo, por la Prosecretaria del Juzgado de Primera Instancia y Primera Nominación Civil y Comercial de la Ciudad de Río Cuarto.¹⁵

En cuanto al primer interrogante que refiere a si se escucha al menor en un proceso judicial de familia, las respuestas difieren en cuestiones de fondo. Mientras que unos, no establecen un parámetro de edad determinado, sí tienen en consideración otras cuestiones que -como se han desarrollado a lo largo de este Trabajo Final de Graduación- serán imprescindibles a la hora de escuchar al menor, por lo que cabe mencionar así el derecho de reserva y el uso de razón que tenga el menor, criterio que va de la mano de lo establecido por la Legislación en cuanto al principio de capacidad progresiva. Otros, no obstante, sólo escuchan al menor, siempre que se trate de casos controvertidos en los que se generen disputas sobre régimen de visitas o tenencia, sólo excepcionalmente y en estos casos, suele escuchar a los menores. No obstante lo expresado, algunos jueces, no dejan dudas respecto a que el titular escucha al menor, según su conveniencia y su propia voluntad, no se establecen límites en cuanto a la edad, ni se describen demasiados requisitos, por lo tanto para esta opinión no depende del caso en concreto, sino de la voluntad del propio menor.

¹⁵ La fuente utilizada para el desarrollo de este Capítulo corresponde a Colazo, I. (2008) '*La Audiencia del Niño en el Derecho Interno Argentino*'. Revista Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad; Volumen N° 54 (2008). Pág. 5855-5882, material que fue cedido personalmente por la autora en junio de 2011. Cabe aclarar que las entrevistas fueron realizadas en forma personal por la Prosecretaria Dra. Ivana Colazo. Ver Anexo.

Puede observarse que la Jueza entrevistada, manifiesta una aclaración en cuanto al procedimiento que se lleva a cabo en la Ciudad de Córdoba Capital y el que se lleva a cabo en la Ciudad de Río Cuarto, dado que los mismos no se desarrollan de igual manera. Cabe aclarar que la Capital provincial posee mayor cantidad de Juzgados de Familia que en la ciudad de Río Cuarto. Al mismo tiempo, en la Capital se presentan en cantidad los casos, no siendo así en Río Cuarto. Esto implica tratamientos diferentes por presencia de espacios idóneos, personal especializado, tiempos y, por la demanda que se presenta. Hoy en la ciudad, se encuentra colapsado el sistema del Poder Judicial y, al tratarse de juzgados con competencia múltiple, si bien la demanda es menor, generalmente no se le otorga el tratamiento adecuado, aunque siempre se resuelve dentro de los plazos fijados por Ley.

Continuando con el análisis de la misma entrevista, la Jueza en cuestión manifiesta que el menor es escuchado en 'última instancia', primero el menor deberá ser asistido por los cuerpos técnicos y profesionales especialistas en infancia; otorgándole a la participación del cuerpo técnico profesional, un lugar destacado. Ahora bien, la magistrada esperará la resolución del informe, para así proseguir con el procedimiento.

Al mismo tiempo, el uso de la tercera persona en su respuesta, 'el menor debe ser escuchado, se lo cita', estaría –de alguna manera- señalando que sólo convoca a los menores como parte del procedimiento exigido por la normativa. Así lo expresa cuando sostiene que la Ley de Adopción 'obliga' a citar al menor. No obstante, la despersonalización de su respuesta, la Jueza considera el escuchar al menor en casos en que se perjudique a su propia persona; dando un claro ejemplo cuando hace referencia a todo lo concerniente a la adopción. Exime a los menores ante el régimen de visitas o cuestiones de menor importancia.

Cuando son consultados acerca de la forma o modalidad de llevar a cabo la audiencia y de documentarla, explicitando la participación de otros

profesional en la audiencia además del Juez, lo manifestado coincide con lo estipulado por la Ley 26.061, Artículo 24, cuando refiere al Derecho a Ser Oído y que las opiniones sean tenidas en cuenta. El Juez admite la audiencia del menor y brinda seguridad en cuanto a sus dichos bajo el resguardo de su persona, respetando el derecho de reserva. Por otra parte, se brindan las garantías otorgadas en estos casos bajo el Artículo 27, en donde permite que el niño cuente para su defensa con un Asesor Letrado, como así también que participen en dicha audiencia personal especializado para una correcta protección integral de los menores vinculados a la causa.

En la comparación de las respuestas brindadas por los dos último magistrados, claramente se materializa que, para la primera es indispensable la participación del cuerpo profesional y técnico en el proceso; mientras que para el segundo, sólo en algunos casos intervienen.

Diferente es el caso, donde se atiende por sobre todo, a la privacidad generada por la Jueza y el menor, respetando así el derecho de reserva, el cual debe ser garantizado al menor para su resguardo y por contar con su calidad de parte. Establece en forma excepcional la participación de otro profesional sólo en cuestión conflictiva de gran magnitud.

Como puede verse, una vez más se establece la privacidad que suscita de la relación Juez-menor, otorgándole al mismo la oportunidad de ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta, como se contempla en el Artículo 24 de la Ley 26.061. En este caso puntualmente el Juez, establece la edad que considera necesaria para poseer discernimiento y madurez en los menores cuando han llegado a los 11 años. Pero, aclara que:

“Si son niños más pequeños, los escucho junto con profesionales del equipo técnico interdisciplinario del poder judicial, y si son más pequeños aún, los escucha el equipo técnico en su ámbito o en la Cámara Gesell,

ya que cuando son más chicos sus deseos surgen más de sus expresiones que de la actitud verbal.” (Colazo, 2008:5875)

El discurso de este Juez se apega a la normativa vigente y al contexto deseado en cuanto al tratamiento con menores en los procedimientos judiciales, tal y como se desarrollara en el Capítulo 1 de este Trabajo Final de Graduación. En este sentido, coincide con el deber otorgarles un ambiente familiar, por lo que se prohíbe la presencia de muchos profesionales, que puedan ocasionar incomodidad al niño, concediéndole al niño un contexto cómodo y un lenguaje cotidiano y apto para entenderse con el menor.

En cuanto a lo que respecta a la presencia del Asesor Letrado, el Juez responde:

“El Asesor Letrado sino viene a la audiencia, la tomo lo mismo y le notifico de lo sucedido en ella. La misma se documenta en un acta, en la que depende de la circunstancias del caso, hace constar simplemente que lo ha escuchado, si el menor solicita reserva de lo dicho, o se deja plasmado sintéticamente lo hablado con el menor, sus inquietudes, etc.” (Colazo, 2008:5875)

Aquí puede verse cómo el Juez, informa cuando la presencia del Asesor Letrado no acontece –sin que sea esto un impedimento–, resaltando la total privacidad y resguardo entre el Juez y el menor en cuestión.

Por su parte, la Jueza entrevistada sigue con lo reglado por ley otorgándole al menor la posibilidad de ser escuchado, como así también que sea asistido por un abogado. Lo que verdaderamente llama la atención es cómo pone total atención a la importancia referida al interés superior del niño, cuando destaca la importancia de no confrontar a los progenitores con el menor; va de suyo que, por sobre todas las cosas protege a su persona, dando

relevancia al derecho de reserva, con el fin de conservar la relación familiar del niño, brindando óptimas condiciones para su desarrollo y bienestar.

En cuanto a la participación de otro profesional en dicha Audiencia, se convoca la presencia del Asesor Letrado y además *“(...) interviene también, el Cuerpo Técnico Interdisciplinario del poder judicial en la mayoría de los casos, porque manejan las estrategias de cómo abordar el tema con un niño.”* (Colazo; 2008:5876) Nótese que esta Jueza reconoce, como ya quedara expuesto en el Capítulo 1 de este Trabajo Final de Graduación, el concepto de ‘estrategias’ para abordar satisfactoriamente a los menores durante estos procesos, en manos del cuerpo de profesionales del Poder Judicial.

En la referida entrevista, la magistrada enumera los pasos que sigue, iniciando sus acciones con la asistencia del equipo técnico, que es el responsable de intervenir directamente en el caso de alguna problemática familiar particular del orden psicológico, entonces, *“(...) el equipo técnico realiza un abordaje entre papá, mamá y menor.”* (Colazo; 2008:5877)

A partir de un diagnóstico realizado por estos especialistas, la Juez observa la gravedad del caso y fija audiencias con el fin de

“escuchar a los padres con la presencia de los psicólogos intervinientes en el seguimiento del menor. Por último, escucho al menor con la presencia del Asesor Letrado, que es Asesor en materia Civil, Penal y de Familia (...).” (Colazo; 2008:5877)

Al mismo tiempo, señaló también que,

“(...) la modalidad de la audiencia, se llevará a cabo como una del Artículo 58 del C.P.C¹⁶, porque no hay regulado un procedimiento especial, con la

¹⁶ Como ya se mencionara, el respectivo Artículo hace mención a los requisitos establecidos para otorgar la guarda (CC, 2011:118)

intervención del Abogado, sino no se realiza la audiencia. Luego se labra un acta en donde se preservan cuestiones relacionadas al menor, si hay algo que destacar, se cuida en que no se entre en su intimidad.” (Colazo; 2008:5878)

Como puede observarse, el procedimiento que sigue la Jueza para resolver un caso de familia, en donde se vean vinculados menores de edad, es un proceso muy minucioso, realizado paso a paso, contando con la asistencia indispensable del personal especializado en el tema. Cabe aclarar también que la titular, otorga mucha importancia a la cuestión de la asistencia letrada consentida por un especialista en varios aspectos, el cual forma parte indispensable para desarrollar la audiencia; de lo contrario no la llevará a cabo.

Así es como se muestra un ejemplo de procedimiento en el cual, se otorga mayor relevancia al caso para así poder proceder tomando las medidas necesarias que brinden un correcto desarrollo y bienestar a los menores vinculados a la causa.

Continuando con la entrevista, el siguiente interrogante se encuentra relacionado con otro punto muy discutido en la Ley 26.061, que trata todo lo concerniente en cuanto al principio de capacidad progresiva. Dicho concepto fue desarrollado en este Trabajo Final de Graduación en los Capítulos anteriores. Aspecto no menos controvertido porque determina los criterios que tienen en cuenta los jueces locales a la hora de resolver.

Consultados a partir de qué edad es factible su citación en los estrados judiciales, las respuestas brindadas vuelven a diferir en cuestiones de fondo.

Así, uno de los Jueces establece un parámetro de edad a partir de los 4 o 5 años en adelante. Y, aunque no deja de lado la opción de que niños más pequeños sean escuchados, propone que lo haga otro profesional más idóneo, otro especialista más acorde a la situación del niño. En este caso

puntualmente, el Juez muestra una notable inclinación por la teoría que se desarrolla en el Capítulo 1 de este Trabajo Final de Grado, respecto a que para escuchar al menor, es necesario analizar el caso en concreto; postura que sigue gran parte de la doctrina a la hora de echar luz en los debates que se suscitan respecto del principio de capacidad progresiva.

Por su parte, la titular considera un grado de edad más avanzado que los anteriores, limitándose a escuchar sólo y a partir de los 10 años. De esto podría inferirse que, no escucha a todos los niños, derivándolos a otros profesionales especialistas. Por esto, a la hora de resolver, sólo considera y analiza los informes otorgados por aquellos especialistas, es decir que si el niño es menor de 10 años, no toma contacto directo con la Jueza que entiende la causa.

Aparece como pertinente aquí, volver a citar a Weinberg, quien considera que en el ámbito judicial debe ser el Juez el que puede ser asistido por especialistas, pero no remplazado por ellos. *“Los protagonistas son los niños y el Juez.”* (Weinberg; 2002:19) En otras palabras, lo que aquí se sostiene es que este camino implica una participación activa del menor en la construcción del caso; esto es, el Derecho a Ser Oído justifica un intercambio de información y diálogo con el niño que, redundará en la toma de decisiones en el debido proceso.

Una vez más se está frente a una respuesta coincidente con el primer Juez que respondió este interrogante, ampliado en gran medida los parámetros de edad en que un niño puede ser oído frente a un Juez en alguna causa en que se vea vinculado. Esta respuesta se aproxima a cumplimentar con lo establecido bajo la legislación, más precisamente lo reglado por Ley 26.061, en la cual todos los menores de 18 años deberían ser escuchados.

Consultados acerca de cuál es la gravitación del pensamiento del menor y qué extensión se les da a sus dichos, algunos magistrados sostienen que “lo

que él piensa”, manifiesta una importancia fundada en el Derecho a Ser Oído de los menores, al expresar que lo que importa es saber. Por otra parte, se destaca la cuestión referente al principio de capacidad progresiva cuando se hace hincapié a la cuestión de “el grado de inteligencia, posibilidad de expresar” ya que en base a esto se podrá establecer la extensión y la importancia de los dichos de los menores, todo en base a un criterio del Juez.

Siguiendo con una postura similar, una de las Juezas consultadas reconoce la importancia en cuanto a lo que los niños, niñas y adolescentes quieren hacer o desean hacer. La Jueza sostiene que “(...) *se valoran los deseos del menor, que se expresan sea en la audiencia con el Juez, sea por psicólogos al cual asiste.*” (Colazo; 2008:5874) Aparece aquí la opción de ampliar los horizontes del ámbito judicial, frente a un psicólogo, que podría pertenecer al ámbito personal.

Por su parte, otro de los Jueces considera que los dichos manifestados por el menor, son de absoluta importancia, ya que los mismos son tratados y considerados a la hora de resolver, es decir, decidir qué es lo mejor para ellos, extendiéndose en diversos ámbitos, resolviendo las diversas cuestiones que lo vinculan y de las cuales se los puede ver afectados en caso de no darles un correcto tratamiento. Así, el magistrado considera el protagonismo de los menores, otorgándoles el espacio que le compete a su persona por el solo hecho de ser parte en el proceso.

Para la Jueza que ya expresara lo imprescindible del informe realizado por los especialistas que, según su postura, sí entienden a los menores en sus dichos, ratifica sus dichos agregando que, los dichos de los menores por sí solos, parecerían no ser reconocidos en todo lo cabal de su tratamiento, sino están reforzados por lo emitido por el cuerpo técnico. En otras palabras, sin este previo informe emitido por los profesionales a cargo, no sería posible lo manifestado por los niños. Por otra parte, establece que, tratará de resolver los temas de mayor relevancia en la audiencia que lleva a cabo, en la cual

intervienen los progenitores frente al Juez, antes de llegar a una sentencia, motivo por el cual, su objetivo al momento de resolver es primar por sobre todo, por el bienestar del menor; no obstante, mediada su palabra por el cuerpo técnico.

Es recurrente, en este grupo de respuestas, el accionar del equipo de profesionales y especialistas que acompañan a los jueces durante el proceso, en el sentido de ser quienes tornan de valor la palabra del menor a través de su diagnóstico.

En esta respuesta de la Jueza de 6ª Nominación, se repite la misma consideración. De alguna manera, se otorgaría aquí una responsabilidad directa al accionar del cuerpo técnico, al considerar que, sus diagnósticos deciden qué hacer con los dichos de las niñas, niños y adolescentes, pasando a un segundo plano el protagonismo del Juez y mediatizando la palabra de los menores. Como ya fue citado en el Capítulo 1, algunos autores consideran que *“oír al niño a través de otros significa mediatizar su derecho de participación a través de la interpretación y/o traducción de quien escucha, afectando la fidelidad del relato.”* (AA. VV.; 2010:11)

Del mismo modo, antes de pasar al siguiente interrogante, conviene citar nuevamente aquí, lo ya expresado en el Capítulo 2 de este Trabajo Final de Graduación,

“Un niño no puede estar ajeno a la protección constitucional de la libertad de expresión y pensamiento, que son parte constitutiva e inescindible del derecho a la defensa (...) Esto se materializa en el Derecho a Ser Oído y que su opinión sea tenida en cuenta.” (AA. VV, 2010:13)

Esta materialización promueve a una doble dimensión: en primer lugar, el derecho personal del niño a ser escuchado y, en segundo lugar, el deber correlativo del Juez de escucharlo en cualquier etapa del procedimiento.

Frente al siguiente interrogante, los Jueces entrevistados opinan acerca de la manera de instrumentar la audiencia y el uso de tecnología. Aquí el Juez, da lugar a lo establecido hasta el momento en este trabajo de investigación afirmando que se cumple en los tribunales locales con el procedimiento. Lo que se lleva a cabo es la audiencia del menor o adolescente vinculado al caso. Aunque el contacto se manifiesta en forma directa, por la ausencia de recursos tecnológicos, no descarta la posibilidad de aplicar algún otro método más moderno aplicable para estos casos.

La Jueza destaca, más allá de la tecnología, carencias que abarcan equipamiento, espacio, profesionales, infraestructura y, lo que se considera como la ausencia más notable: los juzgados de familia, que entiendan respecto a los conflictos vinculados a la infancia, por lo que no se estaría cumpliendo en su totalidad con la Ley 26.061. Por lo dicho, en el sistema judicial de la localidad de Río cuarto, se manifiestas carencias significativas en diversos factores. Las mismas, podrían estar perjudicando el otorgar el debido tratamiento a estos casos.

De este modo, el magistrado, muestra una vez más la ausencia de un sistema judicial idóneo para estos casos, y plantea que no habría que introducir mayor tecnología, sino más personal especializado en infancia. Ya se ha destacado que en esta ciudad, se está frente a un sistema incompleto para resolver cuestiones vinculadas a los menores de edad.

Esta Jueza, si bien reconoce como innovación a aquél recurso tecnológico, manifiesta no haberlo implementado. De más está decir que, actualmente, no es un medio con el que los Juzgados de Río Cuarto cuente, sí se conoce de su existencia y aplicación en Córdoba Capital.

Aquí precisamente el magistrado, coincide con lo expresado por sus pares respecto de cuan precario es el Sistema Judicial de Río Cuarto en cuestiones de familia. Y, hace hincapié en la necesidad de que se estructure un

sistema más acorde e idóneo para los tiempos actuales, contando con personal especializado. Acorde a lo expresado en el Capítulo 1 de este Trabajo Final de Graduación, un niño sólo puede comunicar sus deseos o preferencias y, a la vez, participar activamente en el proceso, si encuentra que el contexto emocional no lo pone en riesgo. Si el menos advierte que este espacio le es hostil, es posible que no encuentre la contención necesaria para expresarse libremente. Por esto, es indispensable la presencia de profesionales preparados en la atención y contención de los menores.

Cuando refiere a que el Juzgado de Familia ya está creado, debe remitirse a la fecha en la que se realizaron estas entrevistas; esto es, 2008, desde entonces es un proyecto que se debate en la ciudad. Está claro que, los juzgados locales –civiles y comerciales- son multifueros, entendiendo en varias materias –civil, comercial, concurso y quiebra, familia- como ya se expresara.

En este punto, se accede a la última pregunta realizada en esta entrevista, la que refiere a la repercusión de la sanción de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescente, en el año 2005, respecto del Derecho del Niño a Ser Oído hasta la actualidad.

Detrás del argumento de preservar al menor en cuestión, aparece nuevamente el peso puesto en el magistrado y su voluntad de escucharlo o no, más allá de lo que la Ley emite. No obstante, reconoce que a partir de la sanción de la Ley 26.061 se otorga mayor importancia al protagonismo del niño en los procesos judiciales. Asimismo menciona el Juez, que se tienen en cuenta el bienestar e integridad, logrando así el cumplimiento de lo que se denomina ‘interés superior del niño’, el cual también se encuentra contemplando bajo la luz de la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

De este modo se muestra la importancia que suscita en la creación y sanción de la Ley 26.061, que suma lo contemplado por la Convención de los

Derechos de los niños, ya incorporados a la Constitución Nacional. De este modo, se hace obligatorio el respeto a los derechos y garantías que les corresponden a los menores cuando ellos se ven inmersos en procedimientos en los cuales están en juego sus propios intereses. Es así ya que la Ley brinda una máxima protección a los menores, haciendo cumplir no sólo sus derechos, sino también sus garantías. Tal es el caso del debido proceso, donde se otorga una importancia fundada a la participación de los niños, niñas y adolescentes en estos procedimientos, más precisamente en las audiencias en las cuales los menores se hacen oír.

La Jueza manifiesta sin rodeos, que la Ley vino a reforzar una conducta que ya se llevaba a cabo por algunos magistrados. En otras palabras, la Ley ha implicado un cumplimiento obligatorio por parte de muchos magistrados que anteriormente no le daban la misma importancia al asunto. De la respuesta de la Jueza, podría inferirse que los lineamientos que sigue refieren a la aplicación del procedimiento a través de la cita de partes para llegar a un acuerdo, convocatoria donde el menor está ausente. Asimismo reconoce que a partir de la Ley -en términos generales-, se escucha más a los menores.

Esta Jueza, destaca, por una parte la importancia de esta Ley; mientras que por otro, encuentra algunas dificultades para su aplicación. En este punto refiere, por la misma causa que ya se ha tratado; esto es, los juzgados multifueros que, el tiempo que demora el dictado de una resolución se vuelve demasiado extenso, al tiempo que la falta de recursos imponga algunos obstáculos para respetar el espíritu de la Ley.

De lo expresado a lo largo de este Capítulo, puede inferirse que, si bien la Ciudad de Río Cuarto, carece de una infraestructura más acorde a las demandas sociales que aparecen –como es la ausencia de un fuero de familia-, los operadores jurídicos, en su mayoría, tienen un amplio manejo de la Ley en cuestión y, fallan en consecuencia; esto es, favoreciendo el proyecto de vida de los menores involucrados en los procesos judiciales.

Conclusiones

A lo largo del presente Trabajo Final de Graduación se ha tratado de dar respuesta al problema planteado; esto es, dado que el Derecho a Ser Oídos de los menores es un derecho fundamental de acuerdo a la Ley 26.061 de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes debería ser reconocido en todos los ámbitos judiciales, como sucede en los fallos transcurridos en los Tribunales Civiles y Comerciales con Competencia en materia de Familia de la Ciudad de Río Cuarto, desde 2005.

Acorde a la problemática y los objetivos planteados, puede concluirse que, los menores son sujetos de derechos y que, por lo tanto, se erigen aquéllos como: interés superior de las niñas, los niños y los adolescentes. Este interés superior no es otra cosa que promover la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que ya les son reconocidos por ser, en la sociedad seres desprotegidos y expuestos a situaciones de vulnerabilidad.

Esta situación impone al Estado el cumplimiento –a través de los magistrados- de otorgar al menor, por una parte, los derechos reconocidos -en el ámbito internacional- e incorporados a la Constitución Nacional a través de la ratificación de los respectivos Tratados. Por otra parte, aquellas garantías constitucionales deben reflejarse en el debido proceso, porque sin importar la edad, deberá estar resguardado y protegido constitucionalmente.

Al mismo tiempo, la regulación que ofrece para los asuntos en materia de Familia la Ley 26.061 de Protección integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, sancionada en el 2005, promueve a no menores controversias respecto del lugar que deben ocupar los menores en aquellos procesos judiciales en los que se ven involucrados. Y, principalmente, los diferentes posicionamientos teóricos refieren al Derecho a Ser Oído, contemplado por dicha normativa en su Artículo 24, como se desarrolla en los Capítulos 1 y 2 de este Trabajo Final de Graduación.

Por un lado, la controversia refiere al principio de capacidad progresiva, es decir en todo lo concerniente a la edad en la que el menor alcanza su madurez y discernimiento para ser escuchado, porque la Ley presenta un vacío legal, respecto de la edad. Esto remite a los magistrados a diferir en sus posicionamientos respecto de si son las edades acordes a discernimiento, madurez o grado de desarrollo, desde el año uno hasta los 18 años. En esa franja etaria, se resuelven los casos y no siempre se privilegia el acto de escuchar a los menores, cuando la Ley –más allá de este vacío- plantea claramente que es un derechos de niñas, niños y adolescentes el ser escuchados, a la vez que, un deber de los jueces. En otras palabras, los jueces deberían escuchar a todos los menores de 18 años de edad, cumpliendo con su papel de garante, para valorar esos dichos y su influencia -o no- en las resoluciones que ellos adopten.

Ejemplo de lo expuesto, son las entrevistas transcritas en el Capítulo 3 de esta Tesis, donde los jueces manifiestan sus criterios en particular, respecto al principio de capacidad progresiva, estableciendo diferentes edades para ser escuchados; poniendo en juego lo que respecta a la participación activa de los menores en los procesos judiciales. Por esto se infiere que: a mayor edad, mayor participación y a menor edad, menor participación. Recuérdese que el espíritu de la Ley 26.061 convoca a que todos los niños, niñas y adolescente deben ser escuchados.

Por otro lado, una segunda controversia, refiere al sistema de representación o abogado del niño, conocido como Asesor Letrado. Para algunos teóricos y jueces el niño sólo es escuchado cuando comparece con este Asesor, sino, no se les otorga dicha oportunidad. Para otros, y de suerte que representan a la mayoría, lo que verdaderamente debería suceder es que, todos los niños, niñas y adolescentes deberían ser escuchados en forma directa por el juez sin límites de edad. Esto no quita que el menor sea asesorado para su defensa por un abogado especializado en infancia, tal como lo indica la Ley 26.061, en su Artículo 27, Inciso c). Así la creación e

implementación de la figura del abogado del niño, genera la obligación del Estado de garantizar al menor lo concerniente al debido proceso, considerando y revalidando su condición de sujeto de derecho.

En todos los fallos descriptos, a los largo del Capítulo 3, tramitados en los Juzgados Civiles y Comerciales en materia de Familia de la ciudad de Río Cuarto, a partir de 2005, el menor si bien siempre es escuchado, no lo es en cuanto a las exigencias que impone la Ley. Lo que ocurre en los casos planteados y –ratificado luego en las entrevistas transcritas-, los pasos que se siguen son: el juez en un primer momento toma contacto con las partes, luego con el cuerpo técnico y por último con el menor, situación que no debería generarse en este orden. Además, para muchos jueces su falta de experticia en el tratamiento con menores, funciona como argumento exclusivo para dejar al menor en manos del cuerpo técnico y los especialistas y, luego, con el informe diagnosticado por aquéllos fallar en consecuencia. Otro argumento esgrimido por los magistrados entrevistados, refiere al derecho de reserva con el que se trata la audiencia con la finalidad de preservar al menor. En este sentido, las actas labradas no reflejan necesariamente los dichos de los menores en pos de aquel resguardo. Ahora bien, en algunos casos llevar al extremo esta no exposición del menor, los aleja del contacto con los jueces. No obstante, queda establecido que, la mayoría de los magistrados resuelven a favor de los dichos de los menores, como así también del interés superior del niño.

De las entrevistas se desprende que, en cuanto a las modalidades de llevar a cabo las audiencias, existen diversas posturas. Para algunos jueces debe realizarse obligatoriamente bajo la presencia del Asesor Letrado, otros consideran que no es indispensable tal presencia. Para otros es fundamental la asistencia del personal del cuerpo técnico y están los que manifiestan que no es necesaria. Ahora bien, lo que debería darse es lo manifestado por Ley 26.061, que indica la presencia del juez y del niño, y de ser necesaria la participación del abogado del niño como así también la del cuerpo técnico

interdisciplinario del poder judicial. No obstante, el apoyo de estos profesionales especializados debe limitarse al acompañamiento y no, de ninguna manera a suplir la posición del magistrado. Ya se ha expresado en este Trabajo Final de Graduación, las implicancias de obtener los dichos de los menores de manera 'mediatizada'; esto es, interpretado por otros adultos antes que el Juez.

Queda claramente establecido en la Ley 26.061, que, el deber del Juez es el contacto directo con el menor en cuestión. De allí la necesidad de contar, no sólo con Juzgados idóneos; sino y a la vez con Jueces especializados en infancia. Lo que se transparenta en las entrevistas transcritas es que, particularmente en la Ciudad de Río Cuarto, los recursos son escasos, la infraestructura y la tecnología no son acordes a las demandas de asuntos de familia. Al mismo tiempo, se suma un nuevo obstáculo al encontrar que los juzgados son multifueros; esto es, presentan competencia en varias materias y esto redundando en perjuicio de los tiempos implementados en la resolución que dicte el Juez, no brindando un correcto tratamiento a las causas vinculadas a menores de edad.

De lo expuesto, se destaca el avance legislativo a nivel nacional -y provincial- desde 2005, el que va generando una conciencia por parte de los jueces en lo que respecta al cumplimiento de lo normado como materia exigible a la hora de impartir justicia. Aún así, que queda mucho camino por recorrer. La participación de las niñas, niños y adolescentes debe ser activa. Sólo así, puede garantizarse el reconocimiento y cumplimiento del Derecho a Ser Oído en los procesos judiciales en que sean parte. Y para esto, es necesario, crear en Río Cuarto, Juzgados de Familia que cuenten con magistrados capacitados en infancia, como así también mayor número de profesionales pertenecientes al equipo técnico interdisciplinario, recursos tecnológicos pertinentes, espacio físico disponible, la inserción de mayor número de abogados auxiliares de Justicia, puestos al servicio de quien lo requiera, refiérase en este caso, al menor que lo solicita para su defensa.

Al lograr las mejoras arriba mencionadas, podría generarse mayor eficacia y rendimiento, logrando que los Jueces resuelvan sus casos con un mejor tratamiento, otorgando mayores beneficios para las partes, entendiendo que los tiempos de los niños no siempre son los de la Justicia, de allí la necesidad de una Justicia de mayor celeridad y que contenga y acompañe a los menores afectados por estos casos.

En suma, los avances legislativos son destacables, el inicio de la toma de conciencia por parte de los magistrados no es un tema menor. Ahora bien, la obligación de escuchar al menor –ya se ha dicho- no es sinónimo de aceptar sin más sus deseos; como sostiene Ivana Colazo oír al menor, es una cuestión de ética.

Bibliografía

- Borda, G. A. (1993) Tratado de Derecho Civil-Familia. Ed. Abelardo Perrot. Buenos Aires.
- Buteler Cáceres, J. A. (2001) Manual de Derecho Civil- Parte General. Ed. Advocatus. Córdoba.
- Cena M. J.- Martínez C.-Milisenda N. (2011) “Garantías Procesales de niños, niñas y adolescentes: “el Derecho a Ser Oído” desde los casos “L., R. C/ Q. M., M. G.”(2009) y “K. M. y otro C/K., M. D.”(2009). En Rossetti A.- Álvarez M. (2011) Derechos de los Niños, las niñas y los Adolescentes- Un análisis desde el método de casos. Ed. ADVOCATUS. Córdoba.
- Constitución de la Nación Argentina. Santa Fe-Paraná. (1994) Producciones Mawis. Buenos Aires.
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. En González del Solar, J. H. (2008) Derecho de la Minoridad. Editorial Mediterránea. Córdoba.
- González del Solar, J. H. (2008) Derecho de la Minoridad. Editorial Mediterránea. Córdoba.
- Gribaudo E. D.- compilador (2007) Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ed Alveroni. Córdoba.
- Grossman C. (1998) Los Derechos del Niño en la Familia- Discurso y realidad. Ed. Universidad. Buenos Aires.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2009) La Familia en el nuevo Derecho. Ed. Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires.
- Laje, M. I. – Narvaja T. V. (2011) “Los derechos de niños, niñas y adolescentes: una construcción de larga data.” En Rossetti A.- Álvarez M. (2011) Derechos de los Niños, las niñas y los Adolescentes- Un análisis desde el método de casos. Ed. ADVOCATUS. Córdoba.
- Lloverás N. – Salomón M. (2009) El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional. Ed. Universidad. Buenos Aires.
- Palacio L. E. (1976) Manual de derecho procesal civil- 4ª Edición. Ed. Abelardo Perrot. Buenos Aires

- Rossetti A.- Álvarez M. (2011) Derechos de los Niños, las niñas y los Adolescentes- Un análisis desde el método de casos. Ed. Advocatus. Córdoba.
- Wagmaister, A. M. (2009) El acceso de los niños a las personas familiarmente significativas.” En Kemelmajer de Carlucci, A. (2009) La Familia en el nuevo Derecho. Ed. Rubinzal Eulzoni. Buenos Aires.
- Weinberg I. M. (2002) Convención sobre los derechos del niño. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires.
- Zannoni E. A.- Bossert G. A. (1999) Manual de Derecho de Familia. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires.
- Zavalía R. L (2011), Código Civil de la República Argentina, Ed. ZAVALIA. Buenos Aires.

Páginas web

Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Promulgada por el Congreso Nacional en septiembre del 2005, Buenos Aires (Septiembre de 2005) (Ref. 11 de julio de 2011) Disponible en: www.justiciacordoba.gov.ar

Ley de la Provincia de Córdoba N° 9.944 de Promoción y Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba. Fuero de Niñez, Juventud y Violencia Familiar, Sancionada en mayo del 2011, Ciudad de Córdoba. (Junio de 2011) (Ref. 16 de marzo de 2012) Disponible en: ww.justiciacordoba.gov.ar

Basso S. (2007) IV Congreso Internacional de Derechos y Garantías. Realizado el 19, 20 y 21 de abril del 2007. Buenos Aires (Ref. fecha de página 23 de abril 2007) Disponible en: [www.aaba.org.ar / bi23no31.htm](http://www.aaba.org.ar/bi23no31.htm)

Minyersky N. (2011) El niño como sujeto de derecho. (Ref. julio de 2011) Disponible en www.econ.uba.ar

Krasnow A. (2010) Trabajo en prensa. Código Civil comentado, la Responsabilidad Parental Compartida. Paper Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

AA. VV. "Trabajo científico del segundo congreso latinoamericano de niñez, adolescencia y familia". Noviembre 2010. Córdoba- Argentina. (Ref. Julio de 2012) Disponible en: www.alatinoamerica-naf.com/index.php2opcion=com

AA. VV, 2010: informe final estudio "niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia." Universidad Diego postales. UNICEF. (Ref. Página 27 de agosto del 2012) Disponible en: www.unicef.c//Archivo

Revistas

Colazo, I. (2008) *'La Audiencia del Niño en el Derecho Interno Argentino'*. Revista Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad; Volumen N° 54 (2008). Pág. 5855-5882.

AA. VV. "Derecho del Niño a ser oído- Intervención Procesal del menor" Revista de Derecho Procesal- Editorial Rubinzal-Culzoni- tomo 2002-2. Pág. 157. (Ref. 7 de julio de 2012) Disponible en web: www.igluduenia.com.ar

Ramacciotti, E.L. (2008) Jurisprudencia- Fallo recopilado y reseñado 'Guarda. Menor de edad. Otorgamiento a la hermana mayor. Ejercicio de la patria potestad. Interés superior del niño'. Revista Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad; Volumen N° 51 (2008). Pág. 6056

Anexo

Colazo, I. (2008) *‘La Audiencia del Niño en el Derecho Interno Argentino’*. Revista Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad; Volumen N° 54 (2008). Pág. 5855-5882.

Pregunta 1: ¿Se escucha al menor en un proceso judicial de familia en los que se ve involucrado su persona (...)?

Entrevista 1

- Juez Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 1ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“En principio se escucha al menor a instancia de parte, también se lo hace de oficio, se establece la decisión de escucharlo en los casos más conflictivos, cuando el menor tenga uso de razón, para tener conocimiento de lo que piensa, siempre con la reserva del caso, dado la influencia que sus progenitores puedan ejercer sobre el niño.” (Colazo, 2008:5873)

Entrevista 2

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 2ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“En situaciones de conflicto sobre la tenencia, o régimen de visitas, cuando hay obstáculos provenientes sea de los progenitores o de algún miembro del grupo familiar, se escucha al menor siempre que el mismo se sepa expresar.” (Colazo; 2008:5874)

Entrevista 3

- Juez Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 3ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto, sostiene, *“Sí escucho al menor, en la medida que el menor quiera ser escuchado, o de la naturaleza de la problemática surja que pueda resultar conveniente para él ser oído.”* (Colazo, 2008:5875)

Entrevista 4

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 5ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto, responde: *“Escucho a los menores en los casos de tenencia, régimen de visitas o reintegro del menor, a partir de los diez años aproximadamente.”* (Colazo; 2008:5876)

Entrevista 5

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 6ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“Tengo una posición protectora, más conservadora, porque nuestro procedimiento es diferente al de los juzgados de familia de Córdoba, partiendo desde las normas procesales que aplicamos al conflicto de familia. A la escucha del menor la dejo como una última instancia, primero agoto la instancia anterior, que la llamo ‘Etapas de Diagnóstico y Asesoramiento Profesional’. El menor debe ser escuchado cuando su derecho se encuentre en riesgo de ocasionarle un perjuicio psicológico, cuando su opinión sea decisiva, necesitando un previo diagnóstico y contención terapéutica. Si son cuestiones que no generan problemáticas, por ejemplo día y hora de visitas, no traigo al menor a la audiencia. En materia de adopción sí se lo cita al menor, ya que la Ley de Adopción obliga a tomar contacto con el menor.” (Colazo; 2008:5877)

Pregunta 2: Forma o modalidad de llevar a cabo la audiencia y de documentarla. ¿Se da o no la participación a otro profesional en la audiencia, además del Juez?

Entrevista 1

- Juez Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 1ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“La audiencia del menor se realiza con la presencia del menor, con la intervención del Sr. Asesor Letrado y en algunos casos con la intervención de Profesionales del Cuerpo Técnico Interdisciplinario especializado, pudiendo participar los psicólogos o asistentes sociales o ambos a la vez, y se documenta en un acta donde no hago contar lo manifestado por el menor, sino

que lo dejo librado para los informes del Asesor Letrado o del Cuerpo Técnico interdisciplinario, para preservar al menor de la eventual consecuencia que los padres pueden interpretar de sus dichos.” (Colazo, 2008:5873)

Entrevista 2

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 2ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“El menor ingresa a mi despacho. Sólo y en ocasiones muy conflictivas se lo llama al Asesor Letrado; sino se le corre vista después de todo lo actuado. Lo documento mediante un acta judicial o certificado, dejando constancia que simplemente se lo oyó.” Permite la participación de otros profesionales a la audiencia del menor, *“La psicóloga, o el acompañante terapéutico, o el Asesor Letrado.”* (Colazo; 2008:5874)

Entrevista 3

- Juez Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 3ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“(…) depende de la edad de los menores y de la naturaleza de las cuestiones debatidas. Cuando la edad del menor autoriza a presumir que él sólo puede hacer conocer al Juez sus sentimientos, inquietudes e intereses, no intervienen los expertos, y se notifica al Sr. Asesor Letrado, quien normalmente no concurre a la audiencia, es por ello que lo escucho solo. Ello es a partir de los 11 años aproximadamente, ya que no hay un corte fijo, sino que depende del caso en concreto.” (Colazo; 2008:5875)

Entrevista 4

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 5ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“En primer lugar, tengo una charla previa con los padres del menor, después hago ingresar al menor acompañado del Asesor Letrado, para que el menor se exprese con más libertad, nunca confronto al niño con sus padres, plasmando en el acta de la audiencia una breve reseña de cual sería la voluntad del

menor, pero no todo lo que se habló en la entrevista para preservar la relación de él con sus padres.” (Colazo; 2008:5876)

Entrevista 5

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 6ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

En la referida entrevista, la magistrada enumera los pasos que sigue, iniciando sus acciones con la asistencia del equipo técnico, que es el responsable de intervenir directamente en el caso de alguna problemática familiar particular del orden psicológico, entonces, *“(…) el equipo técnico realiza un abordaje entre papá, mamá y menor.”* (Colazo; 2008:5877) A partir de un diagnóstico realizado por estos especialistas, la Juez observa la gravedad del caso y fija audiencias con el fin de *“escuchar a los padres con la presencia de los psicólogos intervinientes en el seguimiento del menor. Por último, escucho al menor con la presencia del Asesor Letrado, que es Asesor en materia Civil, Penal y de Familia (…).”* (Colazo; 2008:5877) Al mismo tiempo, señaló también que, *“(…) la modalidad de la audiencia, se llevará a cabo como una del Artículo 58 del C.P.C¹⁷, porque no hay regulado un procedimiento especial, con la intervención del Abogado, sino no se realiza la audiencia. Luego se labra un acta en donde se preservan cuestiones relacionadas al menor, si hay algo que destacar, se cuida en que no se entre en su intimidad.”* (Colazo; 2008:5878)

Pregunta 3: ¿A partir de qué edad es factible su citación en los estrados judiciales?

Entrevista 1

- Juez Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 1ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“Es factible escuchar al menor en una edad en que se sepa expresar, por ejemplo a partir de los 4 o 5 años, cuanto más chicos son, más influenciados

¹⁷ Como ya se mencionara, el respectivo Artículo hace mención a los requisitos establecidos para otorgar la guarda (CC, 2011:118)

son, lo importante es tratar de preservarlo, por ello sugerimos que a más corta edad, lo entreviste el psicólogo en un ambiente más propicio para el menor; ello tiene que ver con la edad, a fin de desentrañar qué es lo mejor para él.” (Colazo; 2008:5873)

Entrevista 2

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 2ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

La Jueza, sin dar demasiadas explicaciones, manifiesta o considera, que los menores son aptos para ser oídos “(...) *a partir de los 5 años.*” (Colazo, 2008:5874) Y, de alguna manera, coincide con lo anteriormente establecido por el Juez de 1ª Nominación.

Entrevista 3

- Juez Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 3ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

El Juez expresa en este interrogante, “*Depende de la naturaleza del problema, y desde que puedan darse a entender. Pueden ser citados a pedido de parte o de oficio cuando la naturaleza de la problemática lo requiera, pero la convocatoria es excepcional cuando son tan chiquitos.*” (Colazo; 2008:5875)

Entrevista 4

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 5ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“*Aproximadamente a partir de los 10 años. A los niños pequeños los envió al Equipo Técnico Interdisciplinario de poder Judicial, ya que allí hay profesionales especializados a fin de que entrevisten al menor y trabajen en su recomposición, y cuando me acompañan el informe respectivo, trabajo con los padres, pero no traigo al niño a la audiencia.*” (Colazo, 2008:5876)

Entrevista 5

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 6ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“Depende el caso en particular, puntualmente es necesario que se sepa expresar y transmitir medianamente una posición real de su situación, aproximadamente a partir de los 4 y 5 años.” (Colazo; 2008:5878)

Pregunta 4: ¿Cuál es la gravitación del pensamiento del menor y qué extensión se les da a sus dichos?

Entrevista 1

- Juez Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 1ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“(...) La extensión que se les da a sus dichos es en función de la edad, de la impresión que se lleva el Juez sobre el grado de inteligencia, posibilidad de expresarse del menor y tratando de ver si es un pensamiento influenciado o no. Lo importante es extraerle lo que él piensa y la relación con sus mayores, y depende de eso y del conjunto de pruebas, la influencia en el resultado del juicio.” (Colazo; 2008:5873)

Entrevista 2

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 2ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

En este caso, se manifiesta una clara importancia en cuanto a lo que los niños, niñas y adolescentes quieren hacer o desean hacer. La Jueza sostiene que *“(...) se valoran los deseos del menor, que se expresan sea en la audiencia con el Juez, sea por psicólogos al cual asiste.”* (Colazo; 2008:5874) Aparece aquí la opción de ampliar los horizontes del ámbito judicial, frente a un psicólogo, que podría pertenecer al ámbito personal.

Entrevista 3

- Juez Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 3ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“El pensamiento del menor es un dato de fundamental importancia para resolver las cuestiones que lo afectan, no hago lo que él me pide, sino que lo tengo en cuenta para analizar qué es lo que resulta mejor para él, teniendo en cuenta la situación que vive, lo que padece, etc. Es importante la gravitación del pensamiento del menor, no sólo en la resolución judicial sino en la resolución consensual entre los progenitores, cuando ellos conocen lo que están necesitando los menores.” (Colazo; 2008:5875)

Entrevista 4

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 5ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

Esta Jueza, la que ya expresara lo imprescindible del informe realizado por los especialistas que, según su postura, sí entienden a los menores en sus dichos, ratifica sus dichos agregando que, *“Hay muy pocas sentencias en donde se deje plasmado que se escuchó al menor, porque en la mayoría de los casos, estas cuestiones de familia se arreglan en la audiencia, sin llegar a una sentencia, pero en su caso, valoro en la sentencia los dichos del menor, porque está respaldado por el informe del Equipo Técnico, que sabe analizar los dichos del niño desde el aspecto psicológico, sobre todo teniendo en cuenta que en materia de familia debe primar el bienestar del menor.” (Colazo; 2008:5876)*

Entrevista 5

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 6ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“Si el pensamiento del menor va reforzado, es decir ésta apoyado en un diagnóstico del profesional, ahí tiene importancia, es decisivo para la resolución del caso y voy a valorar sus dichos en la decisión relativa a la cuestión tratada.” (Colazo; 2008:5878)

Pregunta 5: ¿Qué opina Ud. en cuanto a la manera de instrumentar la audiencia? Y en su caso, en estos tribunales, ¿se cuenta con tecnología?

Entrevista 1

- Juez Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 1ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“En Río Cuarto, no se cuenta con tecnología, con un lugar propicio para realizar la audiencia del menor. Entiendo que la Cámara Gesell, es un procedimiento en donde el niño no ve al Juez, no se da la presencia directa del Juez ante un menor, y ello no es lo más propicio, pero no hay que descartar la posibilidad de que algún día se use, en algunos casos puede dar resultado, nosotros no lo aplicamos.” (Colazo; 2008:5873)

Entrevista 2

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 2ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“La mejor manera de atender las necesidades del menor sería la especialización en todo aspecto (funcionarios, magistrados y empleados), para eso es necesario la creación de un fuero de familia en la ciudad, también contar con una infraestructura acorde a la temática. Contar con un equipo multidisciplinario; un Asesor de Menores. Esto es debido a la falta de tecnologías, espacio físico, ya que no tenemos especialización ni Asesor de Menores.” (Colazo; 2008:5874)

Entrevista 3

- Juez Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 3ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“Lo que falta no es tecnología, sino apoyatura de más personal en el equipo técnico interdisciplinario del poder judicial. La mejor manera de instrumentarla sería con una mayor presencia del equipo técnico.” (Colazo; 2008:5876)

Entrevista 4

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 5ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“He oído que la Cámara Gesell es una innovación pero nunca la he usado, tampoco hay tantos casos como para tener que usarla.” (Colazo; 2008:5877)

Entrevista 5

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 6ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“(…) Que la Cámara Gesell, a través de la técnica de la entrevista y del interrogatorio, permite que el chico diga todo lo que siente, nosotros no la tenemos. (…) Lo que necesitamos es un juzgado de Familia específico, que ya está creado, pero falta que se ponga en funcionamiento y que exista un Asesor de Familia. Hay que destacar que no tenemos una formación especial para escuchar al menor. Necesitamos de un Juez especializado en la materia.” (Colazo; 2008:5878)

Pregunta 6: ¿Cómo repercutió la sanción de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescente, en el año 2005, respecto del Derecho del Niño a Ser Oído hasta la actualidad?

Entrevista 1

- Juez Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 1ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“Si bien la normativa establece el Derecho del Niño a Ser Oído en forma casi imperativa, muchas veces queda en la convicción del Juez de exponer o no al menor a esa circunstancia, si bien tiene que ser oído, tienen que ser preservados sus derechos, su bienestar, su integridad, a veces es a sugerencia del Sr. Asesor Letrado que es su representante.” (Colazo; 2008:5874)

Entrevista 2

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 2ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“Se tienen más en cuenta las necesidades del menor, que se manifiesta a través de la citación a las audiencias en que están en juego sus intereses.”
(Colazo; 2008:5875)

Entrevista 3

- Juez Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 3ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“Lo escucho al menor desde siempre, pero desde la sanción de la Ley 26.061 se intensificó la aplicación de este principio que se venía realizando.” (Colazo; 2008:5876)

Entrevista 4

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 5ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“Siempre me manejé con los mismos lineamientos, tal vez a partir de la sanción de la Ley 26.061 se incrementó el número de causas en las que se escucha al menor.”(Colazo; 2008:5877)

Entrevista 5

- Jueza Titular del Juzgado Civil y Comercial de 1ª Instancia y 6ª Nominación de la Ciudad de Río Cuarto.

“La Ley 26.061, repercute porque tienen una norma expresa, el magistrado no la puede obviar, tiene que tratar de encontrar el camino procesal tendiente a su cumplimiento. Pero el problema es el procedimiento que tenemos, la falta de recursos, la prolongación de los tiempos, hace que el espíritu de la norma no sea de cumplimiento oportuno.” (Colazo; 2008:5878)