



UNIVERSIDAD SIGLO 21

TRABAJO FINAL DE GRADUACION

CARRERA DE ABOGACIA

*“La Ley de Protección Integral N° 26.061 y el derecho del niño a ser oído:
repensando la Infancia”*

Autora: Constanza María Dato

Legajo N°: VABG43361

2017

Resumen

En este trabajo se analizarán los nuevos paradigmas de la infancia en la Ley N° 26.061 en clave de derechos humanos, tomando como eje central entre los derechos, al derecho del niño a ser oído.

Se hará referencia a la normativa y fuentes de derecho constitucional e internacional sobre la obligación del Estado de legislar y promover medidas de acción positiva, lo cual establece fuerza y plena operatividad de la norma, avanzando también sobre aspectos puntuales en niñez, infancia y adolescencia en cuanto al derecho mencionado y las garantías procesales, con algunos pronunciamientos judiciales, en los que se observa la implementación de tales garantías aun sin lograr el máximo consenso al respecto.

Palabras Claves: Niñez, derecho a ser oído, órganos del Estado, Ley, Convención.

Abstract

In this present work is going to be analyzed the new childhood paradigms in the law n° 26.061 in the key of human's beings, taking as central axis the child's right to be heard.

We are going to refer to normative and source of constitutional and international rights about the State's duty of legislating and promoting measures of positive action in order to give force a full operability of the law, to develop on punctual points of childhood and adolescence in connection with that right and procedural guarantees in some judicial pronouncements in which we can observed the implementation in those guarantees, even though no have been achieving the maximum consensus over it.

Key words: childhood, right to be heard, State organs, law, convention

Indice

- Introducción General: Objetivos / Estrategia Metodológica

1- Capítulos

Capítulo 1: “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061”	9
Introducción.....	10
1- De la Situación Irregular a la Protección Integral.....	10
1.1. Principios, Derechos y Garantías en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061.....	12
1.2. La impronta de los derechos humanos como base en la Protección de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.....	14
1.3. La Convención de los Derechos del Niño, los derechos humanos de la infancia y su recepción en Argentina.....	16
2- Aplicación y exigibilidad de la Ley: El Federalismo Argentino en la protección de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.....	17
2.1. Exigibilidad y fuerza normativa.....	19
Conclusiones Parciales	
Capítulo 2: “El derecho del niño a ser oído en el Sistema de Protección Integral de Derechos”	22
Introducción.....	23
1- El derecho a ser oído y su marco normativo: Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061/Convención sobre los Derechos del Niño.....	25

1.1. El Sistema de Protección Integral en la decisión judicial: un camino que se construye.....	29
1.2. Análisis de fallos.....	34
2- La escucha.....	39
2.1. El rol del juez al momento de oír al Niño, Niña y Adolescente.....	41
2.2. Asistencia o Patrocinio Letrado: La figura del Abogado del Niño. El caso de la Provincia de Tucumán.....	42

Conclusiones Parciales

Capítulo 3: “Actuación concreta del Estado”	51
--	----

Introducción.....	52
-------------------	----

1- El Estado como principal garante de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.....	53
1.1. Prioridad de las Políticas Públicas en torno a la infancia.....	54
2- Actuación de los Poderes del Estado.....	56
2.1. Poder Legislativo.....	57
2.2. Poder Ejecutivo.....	58
2.3. Poder Judicial: garante y referente en la protección de derechos.....	60

Conclusiones Parciales

- Conclusiones Finales
- Bibliografía: Doctrina, Legislación, Jurisprudencia

Introducción General

El camino que comenzó a transitarse con el giro (positivo) en materia de niñez de la Ley del Patronato de Menores a la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, da la posibilidad al análisis de la amplitud de derechos reconocidos y su garantía efectiva en la práctica.

En el presente trabajo se pretende analizar el sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA) y la consecuente actuación concreta de parte del Estado en el cumplimiento de los parámetros establecidos, tomando como eje principal el análisis del derecho del niño, niña y adolescente a ser oído en los procesos judiciales o extrajudiciales, y que su opinión sea, primordialmente, tenida en cuenta al momento de las decisiones de los órganos administrativos o contenciosos.

Es decir, que el análisis se concentrará en la elección de un derecho determinado en el sentido del cumplimiento del mismo, sobre todo en el escenario judicial: “el derecho del niño a ser oído”, el cual, si bien marca una tendencia de efectivo cumplimiento, muestra una serie de inconvenientes que hacen al problema que se plantea en esta investigación.

En general podría decirse que se van aunando criterios con respecto a la temática pero existen ciertas situaciones que se manifiestan como un problema a medida que se analiza con profundidad la materia, lo que intentará exponer con claridad este trabajo.

A propósito, uno de los problemas al que nos referimos, por ejemplo, es la ausencia de reglamentación de la figura del abogado del niño en algunas provincias como Tucumán, a pesar de los proyectos trabajados al respecto, lo cual se traduce en un llamado claro de atención al Poder Legislativo en cumplimiento de su concreta actuación en este sentido.

Como consecuencia de lo señalado precedentemente, esto apareja otros inconvenientes, justamente en el ámbito del Poder Judicial, cuál es la falta de consenso en determinadas cuestiones como por ejemplo, a qué edad escuchar a los niños, lo cual también lleva a

procesos que deberían ser resueltos con mayor celeridad, dando lugar, a la vez, a otros inconvenientes: en la relación profesionales del gabinete-procesos en trámite, muchas veces los tiempos juegan en contra, dado que los profesionales son pocos a razón de los juicios en los que los niños se encuentran involucrados y requieren aún más dedicación y preparación a razón de su “plus” de protección.

A partir de lo expuesto, se analizará la Ley de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y el derecho del niño a ser oído, precisando que tales situaciones muestran el problema que se plantea y en el cual se enfoca el presente trabajo, cuál es no garantizar completamente, sino más bien de manera parcializada, los derechos de los NNA (derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, derecho a contar con la debida asistencia letrada, derecho a la tutela efectiva), y por lo tanto, caer en incumplimiento de las normas provinciales, nacionales e internacionales.

No caben dudas de la hipernormatividad existente en la temática, tanto en lo supranacional (Documentos Internacionales, Constitución Nacional), como en lo nacional (Leyes especiales). Pero, al hablar de la falta de consenso, la misma es tomada como falta de reglamentación procesal local si se quiere, y proteger los derechos de los niños discrecionalmente y de manera parcial significa incumplimiento de los parámetros establecidos en las leyes, y por lo tanto la consecuente responsabilidad de los órganos del Estado.

Por esta razón, y planteado de ese modo el problema, el objetivo del presente trabajo estará circunscripto al análisis de la normativa legal destacando el alcance de lo que significa oír al niño dentro de un sistema de protección integral, acercándonos a un real concepto de este derecho a la hora de transformarlo en acto, con algunas propuestas para alcanzar consenso y efectiva protección de los derechos de los cuales los niños son titulares desde el cumplimiento de los parámetros legales de parte de los poderes del Estado.

No desconoce la autora que el sistema de protección integral, instituido por la Convención de los Derechos de los Niños (en adelante CDN) en el marco internacional, y luego, incorporada al derecho interno argentino por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, seguido de la Ley N° 26.061, aglutina los principios fundamentales básicos de los Derechos Humanos y posiciona al niño como sujeto de derecho y eje de protección, erigiéndose como pauta

rectora para igualdad de derechos de ese colectivo de personas, especificando tales derechos acorde a las particularidades de edad y madurez de los niños, regulando sus conflictos jurídicos.

Sin embargo, y por razones de metodología y extensión en las pautas fijadas para esta presentación, nuestro análisis será ceñido y circunscripto a uno de esos derechos y garantías procesales contenido en el artículo 12 de la CDN y a sus correlativos nacionales, marcando incluso algunos pronunciamientos judiciales, en los que se observa la implementación de tales garantías aun sin lograr la integralidad perseguida por la propia ley al momento de hacerse efectiva en cada resolución judicial, como bien explicamos más arriba.

De esta manera, se analizará el sistema de protección integral en el ámbito nacional, de la CDN y de la propia Constitución Nacional. Se revisará tal protección integral desde el derecho del niño a ser oído, la figura del juez al momento de garantizar el mismo, y el derecho a contar con un abogado que represente los intereses, opiniones, y sentimientos de ese NNA.

Por último, se estudiará la específica actuación del Estado a través de los poderes que lo conforman en cuanto al rol en el cumplimiento de los parámetros establecidos en las leyes mencionadas, con especial interés en el Poder Judicial y, en el caso de uno de los problemas planteados, (falta de reglamentación local de la figura del abogado del niño) de la actuación legislativa.

La metodología que se empleará para la elaboración de este trabajo es un estudio descriptivo y transversal de las situaciones observables en cuanto a la implementación de los derechos de NNA. Se utilizará un análisis de contenido y corte bibliográfico, sobre material e instrumentos públicos, con un método cualitativo y descriptivo, con un enfoque hermenéutico jurídico.

Cabe mencionar que, no se propone probar ninguna teoría o hipótesis, sino más bien generarla (y con ella) invitar a la reflexión, para quizás contribuir a otras líneas de investigación.

Las fuentes consultadas fueron siempre escritas, las cuales en algunos casos se encuentran disponibles en sitios de Internet, y se especifican en cada ocasión mediante las citas respectivas.

La elección metodológica mencionada se considera la correcta a los fines de la investigación sociojurídica para estudiar la realidad de los NNA y la protección de sus derechos.

El análisis destaca las fortalezas de la práctica en cuanto al derecho analizado y plantea las debilidades encontradas del Estado, a los fines de un comprometido trabajo en ese sentido, para transformar la ley en acto, siendo ésta la obligación que corresponde a nivel provincial, nacional e internacional, con el anhelo de que estas líneas constituyan un aporte que sume; que fortalezca lo que aún pudiera faltarnos en la garantía de los derechos de los niños.

Capítulo Primero

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

Introducción

Estamos frente a una deconstrucción de nuevos paradigmas en torno a la infancia. En nuestro país, con anterioridad a la normativa internacional, la Ley Agote o de Patronato de Menores¹ estuvo vigente durante ochenta y siete años con el régimen tutelar de la infancia sin dar respuestas adecuadas concibiendo al menor como objeto y no como sujeto de derechos.

La sanción y promulgación de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061² es una consecuencia directa de este cambio de paradigma. Desde el ámbito legislativo dicha ley responde a la obligación adquirida con la CDN y por lo tanto es consecuente con ésta. Se va formando así todo un sistema de protección de la infancia en donde el adulto se pone al servicio del niño respetando su palabra, su autonomía, su dignidad; posibilitando que el Estado argentino cumpla con las obligaciones internacionales contraídas y que, desde este campo normativo expreso, se concrete la plena satisfacción de los derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA).

La base legal nacional se encuentra a nuestro alcance y es el piso desde el cual partir al momento de transitar las situaciones en las que se encuentran involucrados los NNA, pero es de hacer notar que la norma por sí sola no modifica la realidad existente; al momento de aplicarla los operadores estamos obligados, el Estado (en sus tres poderes) está obligado a acciones que garanticen su total cumplimiento.

Igualmente podemos advertir que la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes constituye un paso hacia adelante en los derechos de la infancia.

1- De la Situación Irregular a la Protección Integral

La doctrina de protección integral ha producido un quiebre, un cambio de paradigma en la historia jurídica y de vida de la niñez, dejándose atrás la concepción paternalista de la bien llamada doctrina de la “situación irregular” que concebía a los niños como objetos de protección, que los consideraba como “menores”, en el sentido de incompletos e incapaces. Es decir, se los definía por sus carencias con una visión de la infancia fragmentada, dividida.

¹ Ley N° 10.903 (B.O. 20-10-1919) Ley de Patronato de Menores.

² Ley N° 26.061 (B.O. 26-10-2005) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

Se partía de una concepción de la infancia con todo lo faltante en ese NNA, en esa persona en desarrollo.

(...) Se subestimaba a los niños mediante la exaltación de sus carencias, se los definía a partir de lo que no sabían, no tenían, no podían o no eran capaces de hacer o conseguir. (Gomez Da Costa, 1992, p.131-153)

El eje normativo de este sistema ha sido la Ley N° 10.903 de “Patronato del Estado” o “Ley Agote” que, como bien sostiene el autor antes referenciado, no daba respuestas adecuadas, y concebía al menor como objeto y no como sujeto de derecho.

Se trataba de un sistema que otorgaba al juez poderes “omnímodos, signado por la negación de los principios, derechos y garantías del debido proceso reconocidos constitucionalmente a los adultos en las mismas condiciones”. (Gil Dominguez, Famá, Herrera, 2012, p.16)

Siempre era un adulto el que decidía por el niño, el que hablaba por el niño, el que entendía qué era lo mejor para ese niño en una posición absolutamente paternalista; una posición de patronato.

Por consiguiente, cuando la doctrina explica y alude a la denominada “situación irregular” nos indica mucho más que un nombre; alude a cómo tal situación refiere a la concepción o modelo jurídico-político sobre la infancia y adolescencia que las leyes receptaban en aquel entonces.

En contraste, la doctrina de la protección integral de derechos abarca un todo en cuanto a la vida y el desarrollo de los niños. El sistema está dirigido a todos los niños, niñas y adolescentes, se termina con la idea y el concepto de la infancia dividida propia del sistema tutelar ya que como bien enseña (Beloff, 2011, p. 405-420), “el reconocimiento y protección de los derechos de los niños se produce en una concepción integral que recupera la universalidad de la categoría de la infancia, antes fragmentada por las leyes de menores”.

Es decir que, con la nueva legislación, se ampara a cada NNA; los adultos ya no son los “dueños” de los niños, y esto significa el paso de un sistema a otro; el paso de considerarlos objeto de protección para concebirlos como sujetos de derecho.

A su vez, considerarlos y tratarlos como sujetos de derecho importa tener en cuenta siempre su interés superior en cada situación en donde estén involucrados los niños. Este interés superior que fuera definido como la máxima satisfacción integral y simultánea de derechos (Art. 3 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061)³ es un concepto dinámico, que no basta sólo con ser invocado, debe hacerse efectivo en concreto, en cada situación particular, teniendo en cuenta, además, que dicho interés no puede estar al mismo nivel de todas las demás consideraciones en el caso que se resuelva.

En definitiva, si se observa el cambio planteado con una doctrina de la protección integral sustentada en los pilares de la exigibilidad y del interés superior del niño mediante su reconocimiento en tanto persona, seremos los adultos (familia, jueces, docentes y demás operadores) quienes deberemos, además de acercar y hacer conocer lo teórico de las leyes, brindar la protección especial que cada niño se merece.

De lo contrario, el sistema de protección integral no habrá cobrado vida propia en la realidad de cada persona a la que protege; de lo cual seremos absolutamente responsables y por lo cual deberemos responder.

1.1. Principios, Derechos y Garantías de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061

En coincidencia con la normativa rectora, cual fuera la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN)⁴, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 recepta los principios, derechos y garantías que forman la estructura del modelo de la doctrina de protección integral.

Si bien, al decir de ciertos autores, podría resultar una enunciación de derechos redundante, debido a que se tratan de derechos de todo ser humano, y no específicamente de niñas, niños y adolescentes, sí encontramos derechos que poseen una connotación especial en cuanto a la

³ Art. 3 Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061: INTERES SUPERIOR DEL NIÑO: 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.

⁴ CDN. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20/11/1989. Ratificada por la Argentina mediante Ley N° 23.849, Año 1990.

infancia, situación que representa el denominado “plus” de derechos que poseen los niños por ser “personas en desarrollo”.

Este nuevo modelo viene a instalar la conformación de un nuevo proceso, con una serie de derechos y garantías procesales ampliadas a favor de los NNA desde el punto de vista de los derechos humanos y en todo el cuerpo legal existente de derecho internacional.

Claro está que al hablar de principios, derechos y garantías amparados por esta ley, hablamos de los derechos de los cuales los NNA son titulares por el simple hecho de ser personas; lo que a su vez, innegablemente nos lleva a comprender que hablamos de derechos humanos y fundamentales, en este caso, de un sector tan vulnerable como son los niños y por ello dignos de mayor protección.

El sistema de protección integral promueve la articulación entre las familias, los servicios de protección y los sistemas judiciales para que los niños, niñas y adolescentes tengan garantizado el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos no sólo en la propia ley sino también en la Constitución Nacional, la CDN y demás instrumentos de derechos humanos ratificados por nuestro Estado y el ordenamiento jurídico nacional.

En este sentido es importante resaltar lo establecido en el Art. 27 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que especifica la obligación del Estado de garantizar a los niños los derechos consagrados en las normas antes mencionadas, más una serie de derechos que importan que los mismos sean escuchados por la autoridad en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, a que su opinión sea tenida en cuenta primordialmente al momento de una decisión que los involucre, a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia en el proceso judicial, etcétera.

Este derecho del niño a ser oído (de especial interés en nuestro análisis) por autoridad competente debe efectivizarse con cierta inmediatez y debe armonizarse con la “participación activa” del niño en el proceso judicial, lo cual implica una participación con un contacto directo e inmediato.

De este modo, el juez no podría rehusarse a escuchar al niño por haber escuchado, por ejemplo, al defensor de menores. Estas obligaciones del Estado, en este caso a través de los jueces, y este derecho del niño a contar con un abogado que lo represente forman parte de un abanico de los derechos que cualquier persona posee, y que los niños, en consideración de “su plus de protección”, también los tienen.

Como bien dijimos, el plexo normativo a nivel internacional existe y nos interpela al cumplimiento en pos de garantizar los derechos de los NNA, y las legislaciones provinciales deben armonizar sus leyes en concordancia con la legislación internacional.

Por ello lo que hasta aquí mencionamos constituye un claro reflejo de la impronta de los derechos humanos en la protección de los derechos de los niños. Dicho reflejo se torna mucho más evidente aún cuando nos vemos obligados a conocer y ejercitar la CDN que sintetiza de manera extraordinaria tales principios, derechos y garantías, los cuales cobran una verdadera importancia en materia de infancia, porque constituyen el punto de partida para hacer concretos, claros, permanentes y efectivos esos derechos. Es decir, constituyen el punto de partida sobre el cual la letra de la ley comienza a volverse realidad.

1.2. La impronta de los derechos humanos como base en la protección de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes

La realidad actual vigente en materia de protección de derechos de la infancia se basa principalmente en profundizar la protección de los derechos considerados fundamentales de los NNA. De allí la importancia de esta impronta que analizamos, que no resulta sorpresiva ni tampoco incomprensible, si pensamos en momentos determinantes del derecho de familia; como por ejemplo la tan mencionada “constitucionalización del derecho de familia”. Difícilmente podríamos estar hablando (viviendo) tal constitucionalización, si no consideramos los derechos de los niños como “derechos humanos de los niños”.

Así pues, al referirnos a los derechos humanos -y más aún en esta temática- se busca elaborar el contenido sustancial de los principios que logren su efectivización tanto en sus fases dinámicas, como estáticas. (Lloveras, 2010)

Si caracterizamos a los derechos humanos como “naturales”, o sea inherentes a todos los seres humanos, “iguales”, los mismos para todos y “universales”, es decir, válidos en todas partes, el grupo compuesto por los NNA no se puede encontrar ajeno a los mismos, pero las solas características no son suficientes para hacerlos efectivos. Si sólo caracterizamos los derechos de que son titulares los niños, los mencionamos y los conocemos, jamás contaremos con una niñez realmente protegida. En consecuencia, el paso siguiente a esto será que los NNA ejerciten ellos mismos sus derechos a través de adultos que brinden garantías a tal ejercicio.

De este modo, y atendiendo al problema que tratamos, si no avanzamos en una reglamentación en cada provincia de la figura del abogado del niño, si dejamos a discreción de cada juez la edad adecuada para escuchar al niño, si no trabajamos desde los juzgados con cierta inmediatez y extrema dedicación en los procesos en los que la situación de los niños es de extrema vulnerabilidad; entonces, no estaremos cumpliendo con la obligación de los Estados en garantizar los derechos reconocidos legalmente tanto a nivel, provincial, nacional e internacional.

En este sentido la incorporación de los tratados internacionales al derecho interno nacional, tuvo un impacto trascendental, y constituyó la piedra basal sobre la que se erigiera la protección de los derechos de NNA.

Sólo nos basta mencionar principalmente a la CDN y los tratados transnacionales de protección de los derechos humanos como ser la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, las 100 Reglas de Brasilia, las Reglas de Beijing, entre otros.

De este modo, no es posible pensar el nuevo paradigma de la protección integral sin dicha impronta que le da sentido, sustento y resguardo. La misma constituye el pilar donde se asienta todo el sistema de protección que, caracterizado por la integralidad, relaciona perfectamente infancia, adolescencia, Estado, familia y sociedad como un todo de una parte: los niños.

1.3. La Convención sobre los Derechos del Niño, los derechos humanos de la infancia y su recepción en Argentina

La reforma constitucional de año 1994 significó un gran impacto en el paradigma vigente en materia de derechos humanos y de la niñez, cuando diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos alcanzan jerarquía constitucional.

En tal sentido, la CDN, sancionada en el año 1990, adquiere relevancia constitucional con la reforma mencionada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional⁵, lo cual brinda una mirada nueva y diferente a la protección de los derechos de los niños en la Argentina.

Este instrumento normativo constituye un antes y un después en materia de infancia y adolescencia; y como se analiza precedentemente en coincidente opinión de la doctrina especializada, “el valor fundamental de la CDN radica en que inaugura una nueva relación entre niñez, Estado, Derecho y familia (...), interacción que se conoce como el modelo de la Protección Integral”. (Beloff, 2000, p.11)

La idea y reconocimiento de los NNA como “sujetos de derecho” en la CDN hace a la protección de los derechos humanos de los niños y si bien la reforma del 94 marca un hito central en este sentido, consideramos que es con la sanción de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en el año 2006, que el Estado argentino se compromete acabadamente en el cumplimiento del nuevo paradigma de la protección integral, “operando, como bien considera la doctrina, como un vínculo entre lo principal y lo accesorio” (el todo y la parte como bien decíamos) “en cuanto a su operatividad y a su efectividad con la CDN”. (Sabsay, 2006, p. 20)

Es decir que el plexo normativo con raigambre constitucional se completa con la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061; en esa lógica, la normativa provincial debe acompañar los principios señalados en estas reglas desde el punto de vista de la obligación de los Estados parte y desde el punto de vista de una

⁵ C.N. Art. 75. “Corresponde al Congreso: ...inc. 22) Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones... Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes... La Convención sobre los Derechos del Niño... en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional...”

integralidad en la protección de derechos, a la cual no se podrá llegar jamás con la discrecionalidad de cada uno de los operadores, sin que se cuente con reglas claras que propicien el consenso a favor de la infancia.

2. Aplicación y exigibilidad de la Ley: el Federalismo Argentino en la protección de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes

Es claro que en nuestro país, con la reforma constitucional del año 1994, se refuerza desde el punto de vista normativo/constitucional el sistema federal y encuentra importancia esta referencia en el sentido de la competencia federal para el dictado de una normativa de protección de los derechos humanos de NNA.

A partir de tal reforma, y citando a (Gil Dominguez, et. al., 2012, p. 42 y ss.) los mismos consideran que “este Estado federal consiste en un sistema de descentralización política con distintos niveles jerárquicos y determinadas competencias, que están en permanente interrelación”.

En este sentido, si bien disfrutamos de una extensa normativa internacional y nacional al respecto, también resulta imperiosa la necesidad de la adhesión a ellas por parte de las provincias, o en su caso, reglamentar la propia en base a las directrices que las primeras imponen. Es a lo que referimos cuando advertimos como un problema, la falta de reglamentación de la figura del abogado del niño en algunos lugares, toda vez que, el derecho a ser oído y a ser asistido por un abogado garantiza, a la vez, el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Todos esos derechos conforman las garantías legales de las leyes a nivel nacional e internacional.

En este hilo de pensamientos, estamos en condiciones de afirmar que, al carecer de dicha reglamentación, se produce una garantía parcial de los derechos de los niños en estas provincias, sometiendo este derecho (inseparable del derecho a ser oído) a discreciones personales. En definitiva, con esta situación, se constituye un incumplimiento; aún considerando los avances existentes al respecto dentro del aparato judicial y que analizaremos más adelante a través de algunos fallos.

Por lo tanto esta permanente interrelación amerita subsanar los huecos que aún existen en la aplicación del sistema de protección integral.

Por ello, en el campo de los derechos y garantías en el sistema de la protección integral diremos que es acertado invocar la capacidad y autonomía de los Estados provinciales en cuanto a sus propias instituciones y las bases sobre las cuales se asentarán las leyes y los trabajos a llevar a cabo en relación a la temática, y de ahí la observación que se destaca anteriormente.

La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 en su texto regula el sistema de protección integral de NNA, poniendo el acento en la permanente interrelación mencionada, de ahí que la misma nos hable de “...*diseño, planificación, supervisión (...) de políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal...*”⁶

De esta manera, dicha ley, en total consonancia con los postulados y principios de la CDN, impone un modelo diferente que también exige una forma de actuar diferente en materia de niñez para la garantía y goce de los derechos de la infancia, involucrando instrumentos infraconstitucionales y supranacionales, con contenidos que hacen eco de su característica de “*Protección Integral*”: políticas, servicios, programas, responsabilidades y actores involucrados y obligados.

En suma, la fuerza normativa de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 es de tal envergadura y por lo tanto exigible, que ningún operador del derecho de cualquiera de los Poderes del Estado, podrá desentenderse de sus directivas y postulados al momento de la efectivización de los derechos fundamentales y humanos establecidos en la misma.

Siendo así, dictar las normas provinciales al respecto, evitar los discrecionalismos a través del consenso y contar con personal capacitado en materia de niñez significa conformar un Estado

⁶ Art. 32 Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

que cumpla con tales directivas en cada uno de sus poderes y a través de cada uno de los operadores que conforman su estructura.

2.1. Exigibilidad y fuerza normativa

No cabe duda alguna, como bien se mencionó, que la idea de exigibilidad constituye un gran pilar del sistema de protección integral de NNA, lo cual conlleva (como causa-efecto) la plena operatividad como una forma de dar expreso cumplimiento a las obligaciones internacionales y constitucionales asumidas.

Por lo tanto, al tratarse de derechos y garantías de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles de los NNA la exigibilidad nos abarca a todos y a cada uno de manera concreta y completa; la ley apunta a una exigibilidad integral de todos los derechos de los niños. Si así lo entendemos, por ejemplo, no podremos garantizar el derecho del niño a ser oído si no puede contar con un abogado que lo represente porque no se encuentre reglamentada tal figura en la legislación provincial donde transurre el proceso que lo involucra.

Igualmente, es importante señalar que desde esta perspectiva de las medidas de protección (y de cumplimiento) de los derechos de la infancia en la que, como sostenemos, estamos incluidos, rige siempre el principio de corresponsabilidad, conforme al cual “todos los estamentos del Estado deben desplegar acciones conjuntas para tal protección, no pudiendo excusar intervenciones en la actuación de otros órganos”. (Fernández, 2009, A-450)

Por lo tanto, es más que evidente, que somos todos quienes estamos dentro del sistema, y al mismo tiempo, que es a todos a quienes alcanza tal exigibilidad y fuerza normativa en pos de una infancia protegida.

Conclusiones Parciales

La doctrina de la protección integral de los derechos de NNA implica una nueva mirada de los niños como sujetos de derecho, con plena vigencia normativa en la CDN, reforzada, a su vez, por la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061. Para (Herrera, De la Torre, Fernández, 2015) tal principio (niños sujetos de derecho), base de este modelo o paradigma, no es para nada sorprendente ni errado toda vez que al ser así constituye un perfecto entrecruzamiento entre los derechos humanos y los derechos de los niños.

Desde esta base, todos los poderes del Estado y los operadores del sistema nos constituimos en principales obligados (Principio de efectividad) a lograr, con un profundo compromiso, el cumplimiento de los derechos de los niños, expresamente reconocidos.

A ello se suma la corresponsabilidad, conformada por todos los involucrados antes nombrados en un sistema que aspira y “nos inspira” a intervenciones sólidas y eficaces, en un trabajo colaborativo de diseño, planificación, coordinación, orientación, ejecución y supervisión, atravesado, sin lugar a dudas, por los cambios ideológicos y culturales que conllevan las modificaciones pero con la plena seguridad del logro de una infancia real y merecidamente protegida, con un compromiso sincero en su efectiva protección; única manera en que el Derecho se hace realidad para cada NNA.

De esta manera, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes –aún lenta en su llegada- nos interpela a la incorporación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos a nuestro derecho interno, comenzando por el inicio –valga la redundancia-: el cambio en la mente; pensar a la infancia desde el lugar de sujetos de derecho, de todos los derechos de los que son titulares los adultos por el sólo hecho de ser personas, más su “plus” por el momento de la vida en el cual se encuentran.

Siendo así, y considerando dicho “plus”, es que los niños merecen que sus derechos se garanticen a través del pleno ejercicio por parte de ellos mismos. De esta manera cumpliremos con los estándares internacionales y con la ley que analizamos en una marco de mayor

seguridad para nuestros niños y para los mismos operadores que abren paso a la garantía de derechos.

La ley ya está escrita y nos guía, sólo es cuestión de llevarla a la práctica desde lo que la misma significa en la concreta actuación de Estado y los órganos que lo conforman. A ello también haremos referencia para ir, entre estas líneas, desde la teoría a la praxis.

Analizados los nuevos parámetros legales y lo establecido a nivel nacional e internacional, nos adentraremos específicamente en el cumplimiento efectivo del derecho del niño a ser oído en la práctica de los tribunales y su correlato necesario: la figura del abogado del niño particularmente en la provincia de Tucumán a los fines de corroborar el efectivo cumplimiento – como sosteníamos anteriormente- por parte del Estado.

Capítulo Segundo

El derecho del niño a ser oído en el Sistema de Protección Integral de Derechos

Introducción

En el abanico de derechos reconocidos tanto en la CDN como en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061, el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta es sumamente relevante toda vez que pensamos a cada derecho sobre la invocación de su interés superior; premisa bajo la cual debe interpretarse e integrarse toda la normativa de la niñez y adolescencia. A su vez, tales derechos se encuentran hoy aún más fortalecidos legalmente, desde su incorporación en nuestro Código Civil y Comercial (en adelante CCyC)⁷

Por ello, no es posible entonces, decidir sin que el niño ejerza su derecho a expresar su opinión de acuerdo a su grado de madurez, tornando efectivo de esta manera el principio de autonomía progresiva, ya que, de lo contrario, se estaría actuando en oposición a un Estado Constitucional de Derecho que debe garantizar el debido proceso y la adecuada defensa en juicio.⁸

Desde lo teórico y lo normativo el derecho del niño a ser escuchado y que su palabra sea tenida en cuenta, y consecuentemente con ello, su acceso a la justicia y su defensa técnica (más bien asistencia letrada), se encuentran expresamente reconocidos.

Sin embargo, en la práctica, surgen diversos interrogantes en cuánto a los modos, momentos, lugares en que dichos derechos se hacen efectivos o intentan efectivizarse, aunque el camino hacia una total implementación haya comenzado. A esto también se suman, indefectiblemente, las cuestiones relativas a la interpretación de los agentes judiciales y administrativos a la hora de actuar y la gran cantidad de procesos que afectan a los niños frente a un número de profesionales que, aunque bien preparados, a veces resulta insuficiente para tal atención y por lo tanto para el total y efectivo cumplimiento del derecho.

Toda esta situación, que resume el problema del presente trabajo, cobra vital relevancia toda vez que la garantía de los derechos de las personas (en este caso los niños) en un tiempo

⁷ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Ley N° 26.994. Sancionada: Octubre 1 de 2014. Promulgada: Octubre 7 de 2014.

⁸ Artículo 18 Constitución Nacional

razonable impone al Estado diligencia y celeridad a fin de no incurrir en responsabilidad internacional.

Tal descripción es de destacada importancia en la justicia de familia, donde los niños carecen de la calidad de “parte” en determinados procesos, pero que, sin lugar a dudas, se trata sólo del carácter de parte procesalmente hablando, puesto que ante tales circunstancias están más que involucrados en la situación que los pone frente a su derecho y a la garantía del mismo.

Dicha cuestión no sólo adquiere dimensiones jurídicas sino también psicológicas desde que “ser oído es vital para la constitución y el desarrollo de la subjetividad humana, y el modo en que la escucha se lleve a cabo favorecerá o no tal desarrollo”. (Granica, 2012, Apartado II)

Es acá donde el rol del juez salta a la luz, porque cuando se lo escucha al niño se lo está reconociendo como otro ser humano. “El que escucha le devuelve al otro en su acto de escuchar un “reconocimiento” que de no hacerlo le quita”. (Granica, Sotolano, 2012, p. 1-12)

Por lo tanto, si no se lo reconoce al niño en el propio acto de la escucha, no se está cumpliendo con toda la normativa legal al respecto.

En este marco de ideas se entiende que el derecho del niño a ser oído, a ser escuchado es inseparable de todo el resto de derechos reconocidos por la CDN y receptados por las demás leyes, siendo el Estado, a través de sus operadores, el principal garante del cumplimiento de los mismos.

Pese al mencionado introito, dicha cuestión no refiere sólo a un aspecto puramente legal de un cambio de paradigma, sino a una necesidad en cuanto sociedad, en cuanto seres humanos; con toda la complejidad que ello implica.

De este modo, es acertado adelantar ciertas afirmaciones: por un lado, saber que no existen respuestas estandarizadas, sencillas, y taxativas y, por otro, que en la efectivización de los derechos es necesario que estas responsabilidades de los adultos sean pensadas desde otros modos y concepciones, para lo cual, la reglamentación y aplicación de ciertas figuras como, por ejemplo, del abogado del niño, darían mayor claridad al plexo normativo existente, sin

caer en dicrecionalidades de cada juez que deba decidir en los intereses o por las pretensiones de un sujeto menor de edad.

Por tales razones, pese a que el derecho a ser oído se concreta y adquiere su total viabilidad por medio de la figura del abogado del niño, tal cuestión presentó en algunos sectores de la doctrina y en la práctica misma ciertas resistencias, obstáculos y dudas; lo cual será pasible de ser analizado en el presente trabajo a los fines de conocer cómo se llevan a la práctica los principios legales establecidos a la hora de hacer efectivo el derecho del niño a ser oído.

1- El derecho a ser oído y su marco normativo: Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061/Convención sobre los Derechos del Niño

Una de las perspectivas desde las cuales la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes considera a este derecho se establece en el artículo 24 de la misma cuando reconoce el derecho del niño a expresar libremente su opinión y que la misma sea tenida en cuenta conforme su edad y grado de madurez.⁹

La ley reitera básicamente el principio establecido en la CDN,¹⁰ reconociendo expresamente el derecho a ser oído en todos los ámbitos en los que se desenvuelven los niños y adolescentes y abarcando la participación del niño en “todos los asuntos que le conciernen o tengan interés”.

Incorpora, en este mismo sentido, una amplitud de derechos y garantías procesales a favor de los niños para todos los procedimientos judiciales o administrativos, derecho éste que en materia judicial se identifica con la defensa técnica (en materia penal) y asistencia o patrocinio letrado (en materia civil) de los NNA.¹¹

Así, esta impronta de la escucha del niño y del adolescente en sus pensamientos, sentimientos y en sus opiniones se verifica con la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 en reconocimiento (al igual que nuestro CCyC) de su progresividad en el ejercicio de derechos hasta la completa autonomía personal, lo cual no

⁹ Artículo 24 Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

¹⁰ Artículo 12 CDN

¹¹ Artículo 27 Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

significa de modo alguno el desentendimiento de la función del adulto, sino que “se trata de equilibrar los derechos que titularizan las dos partes del binomio, en procura del logro de la autonomía responsable de la persona en crecimiento”. (González de Vicel, 2016, p. 01)

Por lo tanto, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes nos interpela a la construcción de proyectos de autonomía, con posibilidad de concreción efectiva, con adultos que escuchen a los niños y que tomen en cuenta verdaderamente su opinión.

Nos interpela a deconstruir conceptos de autoridad, de poder y de adultos incuestionados para pararnos “junto” a la niñez y no “por encima” de ella, guiando y escuchando; no bajo la imposición y la creencia de que por ser mayores, y por lo tanto, autoridades frente a una persona en desarrollo, tenemos todas las razones en cualquier circunstancia que les toque atravesar o que los mismos adultos los hagamos atravesar.

En este marco de ideas, tanto la CDN como la Ley N° 26.061 reconocen a los niños como sujetos plenos de derecho -la legislación nacional con un alcance más amplio en cuanto a este derecho- y establecen un sistema de garantías para el cumplimiento de la tutela efectiva de los derechos humanos y fundamentales de los niños.

Así, la CDN reglamenta este derecho en su artículo 12 (como bien dijimos anteriormente) al establecer la obligación de los Estados partes de garantizar al niño su derecho a expresarse libremente, en función de su madurez y grado de desarrollo. Ello, directamente o por medio de un representante.¹²

Este artículo introduce un cambio radical en torno a la infancia; pone a los niños como protagonistas de su propia vida, ya que respetar sus opiniones, tenerlas en cuenta o determinar

¹² Art. 12 CDN. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño la 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.

su grado de madurez significa escucharlos; nada puede hacerse efectivo sin la escucha que establece claramente la norma. Por lo tanto, si por la simple apreciación o discrecionalidad del juez, tomando en cuenta por estos medios la edad del niño, se llegara a la conclusión de no escucharlo, nada de lo que aquí exponemos se estaría garantizando.

A su vez, la misma línea se sigue a través de la Ley N° 26.061 que resalta el derecho de los niños de participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernen, que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y grado de desarrollo, y en todos los ámbitos en los que participen.¹³

A la par de lo estipulado anteriormente, el artículo 27 de la Ley N° 26.061 completa, de cierta forma, el derecho del niño a ser oído, con el derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio hasta el final de todo procedimiento administrativo o judicial.¹⁴

Por otra parte, el marco normativo abarca también a nuestro actual C.C.y C. que en diferentes artículos resalta este derecho a ser oído que poseen los NNA, desarrollado a través del respeto a sus decisiones y opiniones y a su autonomía progresiva.¹⁵

¹³ Art. 24 Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

¹⁴ Art. 27 Ley N° 26.061 de Protección Integral de Derecho de las Niñas, Niños y Adolescentes

¹⁵ Art. 26 C.C. y C. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

En este mismo sentido, recientemente se publicó la colección de Dictámenes sobre Derechos Humanos del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los cuales marcan ciertos estándares en los fallos, a saber:

No podremos asegurar jamás el interés superior del niño si no respetamos su derecho a ser escuchado; observar y aplicar este derecho no es discrecional, es una obligación de los Estados. Además resalta –en coincidencia con el principio de la capacidad progresiva- que la incapacidad del niño o niña no se presume, y se debe tener en cuenta dicho progreso y las condiciones específicas de su caso particular a los fines del interés superior que mencionamos precedentemente. (Dictámenes Minist. Públ. Fiscal, 2012-2017, p.13-17)

En el cuadernillo mencionado también se hace referencia –acertada- a quienes intervienen en la escucha; estableciendo cómo ha de ser el trabajo de los tienen a su cargo la garantía de este derecho, lo cual constituye al mismo tiempo una base desde la cual partir al momento de la práctica.

Los jueces y operadores deben actuar con celeridad y diligencia en este sentido y explicar cómo se toman en cuenta las opiniones y sentimientos que el NNA han expresado al ser escuchados. En todos los casos seguramente “el caso” formará parte de un aspecto central de la vida y desarrollo del niño, por lo tanto su palabra merece y debe ser tomada en cuenta en cada decisión. (Dictámenes Minist. Públ. Fiscal, 2012-2017, p. 32-40)

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Art. 639 C. C. y C. (...) La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

- a) el interés superior del niño;
- b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;
- c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.

Art. 707 C. C. y C. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tomada en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

De este modo, y de acuerdo a lo analizado, la satisfacción de este derecho es parte integrante del cumplimiento de las garantías del debido proceso en los casos en los que intervienen NNA.

1.1. El Sistema de Protección Integral en la decisión judicial: un camino que se construye

Dentro del sistema de protección integral, el derecho del niño a ser oído en sede judicial y el valor de su opinión, en la decisión del juez, es un proceso en construcción en el cual cada adulto, cada organismo del Estado, cada padre, cada operador jurídico, debe contribuir para crear las condiciones para que esa construcción se efectivice.

Escuchar al niño no es sólo registrar sus palabras, sino también crear un contexto en el cual se pueda dar lugar a su palabra. Desde la CDN, los tratados internacionales y la Ley N° 26.061 se toma al niño como un ser independiente de otro adulto, como un sujeto de derecho, para lo cual, y en relación a su derecho a ser escuchado, han de procurarse ciertos lineamientos mínimos a la hora de oírlo y tomar una decisión judicial vinculada y acorde al sistema de protección integral de derechos de NNA, analizado y descripto con anterioridad a través de la toda la normativa actual.

Estas condiciones mínimas a tenerse en cuenta al momento de oír al niño en sede judicial dice (González de Vicel, 2016, p. 1-4) comprenden ciertas cuestiones ineludibles al momento de la escucha, según quienes a diario trabajan en la ardua labor de escuchar al NNA.

Son estas cuestiones en cuanto a la materialización del derecho a ser oído en la justicia lo que plantea ciertos interrogantes y dan lugar al análisis de las prácticas concretas en este sentido; análisis de lo que hay y lo que falta, en el modo en que se garantiza este derecho, que no es más que el modo en que hacemos frente a los problemas de los niños con especial referencia a su derecho a ser oído y la consecuente figura del abogado del niño.

La escucha de los niños en todo procedimiento judicial y administrativo que los afecte trae consigo ciertas características que nos llevan a determinadas observaciones, en relación a cuando se los escucha, cómo se los escucha, qué información se les brinda, dónde se lleva a cabo la escucha, las interpretaciones sobre lo que significa, realmente, escuchar a los niños; su valoración y su consecuencia en el cumplimiento efectivo del derecho, la revictimización

asociada también al momento oportuno para escuchar, entre otras tantas advertencias a la hora de implementar este derecho.

En este sentido, y teniendo en cuenta ciertas investigaciones y estudios sobre el tema (Vigo, 2016, p. 129-144) o informes como “El derecho del niño a ser oído y la implementación del abogado del niño en la justicia de familia” (2015) se advierten ciertas prácticas dignas de considerar en el análisis de este derecho y su efectiva garantía.

Veremos que, de acuerdo a las prácticas estudiadas e investigadas, y a los expedientes que llegan a los diferentes operadores del derecho, en la generalidad de los casos una primera respuesta se presenta como afirmativa en cuanto los niños son escuchados al menos una vez en los procesos que se llevan a cabo en la justicia, por ejemplo, de familia.

Avanzando sobre la cuestión, comienzan a aparecer algunos matices en los cuales -de acuerdo a un criterio personal y propio del juez- cada uno va poniendo su interpretación para llegar a brindar la garantía del derecho a ser oído, ante lo cual cabría el interrogante -luego de todo el análisis- si se garantiza este derecho o sólo nos quedamos en el intento.

Ejemplo de ello son los diferentes criterios con los que se cuentan al momento de determinar a partir de qué edad se escuchará al niño o niña, situación ésta que se marcó como uno de los problemas a analizar en el presente trabajo.

En este sentido, a la luz de la normativa establecida en la CDN, el Comité de los Derechos del Niño¹⁶ aclaró que “Los Estados partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio”.

El Comité, al analizar el artículo 12 de la CDN no impone edad alguna para que el niño sea escuchado. Por lo tanto, no se debería partir de la premisa que el niño no puede expresarse libremente o no puede formarse sus propias opiniones, ya que, como se sostuvo anteriormente, habrá que escucharlo para referir luego, con posterioridad, estas y otras cuestiones.

Al niño no le corresponde probar primero que tiene tal capacidad. Por ello a este respecto cabe destacar lo que subraya el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas:

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (CRC)

“I) En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto de niño como portador de derechos está firmemente asentado en la vida diaria del niño desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. II) En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto (...)” (Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12, p. 20 y 21)

A su vez, deberemos tener en cuenta que lo dicho precedentemente podrá llevarse a cabo sólo con la aceptación de que no siempre lo que es mejor para nosotros (los adultos) es mejor para el niño; para “ese” niño, “en ese caso concreto”, detalle éste que también hemos de repensar: cada niño es una individualidad, una subjetividad distinta al otro y por lo tanto las mismas circunstancias pueden influir de manera diferente en uno o en otro.

Todo esto nos posiciona, nuevamente, en lo mencionado con anterioridad con respecto a la edad. En tal sentido, resulta claro que si no conocemos al niño -sin priorizar al extremo la edad que tenga- difícilmente podamos oírlo; a la vez que ha de comprenderse el hecho de que cada niño no es sólo lo que dice o hace, sino también sus silencios, sus gestos e insinuaciones.

Valga esta aclaración para referir a la obligación que la ley nos impone frente al criterio de cada juzgador al momento de garantizar al niño su derecho a ser oído.

De la misma manera, en el plano internacional esto queda establecido cuando la Observación General (OG) N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas establece

claramente que *“los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”*.¹⁷

Ello nos lleva a pensar otras cuestiones en torno a cómo se materializa este sistema de protección integral particularmente en este derecho a ser oído: la importancia de que los niños sepan cuáles son sus derechos y de qué se trata esto de su “derecho a ser oído”, es decir, la información que se le brinda al respecto, analizado renglones arriba de acuerdo a lo establecido por el mencionado Comité de los Derechos del Niño.

Partimos entonces de una base positiva, importante y necesaria de escuchar al niño en sede judicial, sin descartar, por ello, que el niño debe saber que cuenta con la posibilidad de opción, en la que él puede también elegir no hablar. (léase en este caso, “opción del niño”, no así de los “abogados o progenitores”)

El entorno también constituye un elemento a tener en cuenta. La mayoría de las audiencias en las cuales se escucha a los niños se llevan a cabo en los despachos de los jueces, y en coincidencia con lo que expresa (González de Vicel, 2016, Apartado b) “generalmente la formalidad de los tribunales suele operar como inhibidor de la palabra para el niño”.

Por ello la importancia de adaptar los lugares en donde la escucha se llevará a cabo y hasta por qué no poder pensar en contar con lugares apropiados para ello, distintos a los Poderes Judiciales en los que los niños se sientan más cómodos y contenidos. Jueces y demás operadores pueden trasladarse desde el momento en que entendemos que el derecho es de los niños, y no nuestro.

En estas situaciones analizadas suelen intervenir además del juez, otros operadores y colaboradores. Lo importante, realmente, es tener en claro, como bien se advierte, que el derecho a ser oído es un derecho personal que tiene el niño, el deber de escuchar recae en el juez, razón por la cual, -en coincidencia con la opinión de la jueza antes nombrada- la persona del niño y del juez son ineludibles.

¹⁷ Art. 43 Comité de los Derechos del Niño, Observación General nro. 12

Si los jueces dejan esta tarea a otro funcionario del Juzgado -por más capacitado que éste se encuentre- y ellos no están presentes no garantizan los derechos de los niños, sólo se trata de un autoconvencimiento de estar haciéndolo y que sólo visibiliza la falta de compromiso en asumir las funciones de servicio que están obligados a cumplir “junto a un equipo de trabajo y no sólo por intermedio de dicho equipo”.

Por ello, si bien los informes con los que cuentan los jueces son de gran importancia, no tiene un significado menor conocer al niño y escucharlo, lo cual no se suple con lo primero, sino que se adiciona a ello.

Los puntos analizados conllevan un presupuesto indispensable -diría inseparable del deber de garantía-, cual es la necesidad de contar con magistrados capacitados en las relaciones de familias. Actualmente, no caben dudas que un juez/jueza de familia no necesita sólo un conocimiento del derecho sino que requiere de otros saberes que hacen o que “completan” su práctica.

La tarea de los equipos técnicos, principalmente de los psicólogos en estas cuestiones son de elevada importancia, pero independientemente del hecho de contar con estos equipos capacitados, el juez debe expandir su conocimiento a otras áreas que acompañan al derecho y que surgen como positivas para la implementación de un sistema de protección integral de derechos.

Si bien algunos jueces se muestran resistentes a la práctica de la escucha en el sentido de no hacerlo acabadamente (de acuerdo a lo analizado), oír al niño es un accionar que va en constante progreso; respeta al niño como protagonista de su propia vida, a la vez que hace efectivo el deber de garantía emanado del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁸

Toda esta situación que es vivida en la práctica tribunalicia nos muestra una luz de esperanza en el tratamiento de la niñez y en la garantía de sus derechos, pero no debemos olvidar que cuando los mismos se hacen efectivos a medias o a discreción del juzgador, caemos en el incumplimiento y la consecuente responsabilidad por parte del Estado, tal como se advirtió en el comienzo del presente trabajo al nombrar nuestro problema de investigación.

¹⁸ Art. 1.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

En efecto, frente a dicho análisis invocamos las palabras tan atinadas y oportunas de (Janín, 2015, p. 1-2) cuando sostiene que “los niños necesitan adultos que lo reconozcan como ser humano, semejante a ellos y a la vez diferente; que los sostengan y que los acompañen”; sólo así el camino se construirá sobre la base de la protección integral de sus derechos y de una total garantía de los mismos, como establece todo el marco legal existente.

1.2. Análisis de fallos

Los lineamientos jurisprudenciales en la temática de la niñez, y sobre todo en la cuestión analizada en el presente dan cuenta también sobre lo que venimos mencionando a lo largo de estas líneas: diversas interpretaciones y criterios que conforman una pieza determinante en esta construcción del sistema de protección integral toda vez que es a través de los casos que los postulados legales se transforman en realidad.

La jurisprudencia (a través de ciertos fallos que mencionaremos a continuación) hace eco de los problemas indicados al comienzo del presente trabajo y resultan adecuados para entender el sistema de protección integral y su total concreción en la realidad.

Como primera medida en cuanto a estos fallos inferimos que si bien las Cámaras, Cortes Supremas o Cortes Internacionales aplican y tienen en cuenta los parámetros establecidos por las leyes en cuanto a la niñez y al derecho del niño a ser oído y a su asistencia letrada, es claro que el hecho de haber llegado a esas instancias la resolución de las causas, evidencia que en niveles inferiores los jueces no aplicaron de manera integral y acabadamente la normativa legal al respecto. De otra manera no hubiera sido necesaria la instancia superior para “recordar” los derechos de los que son titulares los NNA y la legislación en las que los mismos se apoyan.

En el ámbito internacional es digno mencionar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) “Atala Riffo e hijas vs. Chile” del 24/2/2012,¹⁹ caso que adquiere gran importancia y constituye un precedente a tener en cuenta en relación a la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia

¹⁹ Corte IDH. Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile. Serie C, N° 239. 24/02/2012

arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas.

En el caso interesa cómo la Corte advierte, en relación a nuestra temática, sobre ciertas garantías procesales como el derecho del niño a ser oído y su interés superior.²⁰ Importa en este sentido la relación existente e inseparable del “derecho a ser oído” y su “interés superior”, siendo que no es posible garantizar el uno sin el otro.

A su vez, el fallo en cuestión constituye una referencia importantísima en cuanto a la obligación que tiene la autoridad judicial de tener en cuenta la opinión del niño -tal el caso de referencia- cuando fuera escuchado en una instancia previa, evitando de esta manera una revictimización del NNA dentro de la situación conflictiva.

Por su parte, la jurisprudencia nacional en el caso “BS, GE c/ M, HI” de fecha 4/3/2015²¹ tiene presente los parámetros establecidos por la leyes dentro del sistema de protección integral: principio de inmediatez, residencia efectiva de la niña, asistencia técnica especializada y derecho del niño a ser oído si consideramos lo dictaminado en el caso.

Se cumple de este modo con una tutela eficaz de los derechos fundamentales de los niños al sostener que debe darse a la niña la posibilidad de ser escuchada, y en garantía de la efectividad de tal escucha designarle un letrado especializado que la represente. En igual sentido de efectiva protección corresponde mencionar la decisión de que entienda en la causa el juez del lugar donde la misma reside, significando ello una real tutela de sus derechos a través de la intermediación que se requiere y que se debe garantizar.

Por lo tanto, y en relación a lo expuesto precedentemente, estos Tribunales superiores sientan precedente sobre todo lo que abarca tener en cuenta el interés superior del niño a través de la garantía de todos los otros derechos de los cuales es titular cualquier NNA, y que no fueron considerados en otra instancia.

²⁰ Observación General Nº. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas

²¹ CSJN. “BS, GE c/ M, HI”. Dictamen PGN. Consulta destacada. Ministerio Público de la Defensa. 4/3/2015.

Por supuesto que tales criterios no fueron los que siempre se tuvieron en cuenta al fallar los conflictos en los que los niños forman parte -aunque no lo fueran procesalmente hablando- y que por lo tanto se encuentran afectados tanto ellos como sus derechos. En tal sentido es importante mencionar, ejemplificativamente, ciertas decisiones de los Tribunales, permitiéndonos vislumbrar el avance en este sentido.

Sabemos (lo cual ya fue sostenido en el transcurso de estas líneas) que el derecho del niño a ser oído cobra su mayor efectivización a través de la figura del abogado del niño y por ello la relación inseparable entre el primer derecho y la segunda figura.

En tal cuestión, la Corte Suprema al expedirse sobre la figura del abogado del niño adoptó en ciertas oportunidades el criterio del discenimiento cronológico (derogado actualmente) estableciendo que: “quien haya cumplido los 14 años puede designar por sí un abogado y por debajo de dicha edad, tal designación deberá ser llevada a cabo por el juez”.²²

Por otro lado, veremos que la Corte Suprema en un fallo del 26/10/2010 no hizo distinción alguna en cuanto a la edad de “los menores” para ser representados por un abogado en el proceso judicial y ordenó la asistencia letrada para niñas de 10 y 14 años.²³

Si observamos con mirada positiva la diferencia establecida entre estos fallos, diremos que se registra un claro avance en la protección de derechos de los NNA. Aunque también (desde una posición menos positiva) podremos advertir que en un período de dos años, más que hablar de avance podríamos hablar de falta de consenso y la discrecionalidad al momento de garantizar los derechos de los niños.

Siguiendo lo planteado en el presente trabajo, nos adentraremos en la jurisprudencia local, a través de algunos fallos de la Provincia de Tucumán, en coincidencia con lo dicho en estas líneas.

Por un lado, en una fallo reciente, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán (en adelante CSJT) recalca la necesidad de satisfacer las garantías de las personas involucradas (en

²² Ver: CSJN, 6/12/2011, “R. D. E. c/ D. G. R.”; 26/06/2012, “M., G. c P., C. A. s/ Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.”; 27/11/2012, “P., G. M. y P., C. L. s/ Protección de personas”.

²³ CSJN, 26/10/2010, “G., M. S. c/ J. V. L.”

referencia al niño parte de la causa) y por lo tanto resuelve que la designación del abogado del niño –teniendo en cuenta su capacidad progresiva- debe ser analizada con prontitud, examinando la alternativa de su designación.²⁴

Surge claramente lo que se indicaba en párrafos anteriores. Por medio de este fallo la Corte Suprema de Justicia (instancia superior) le advierte a la Jueza de familia (instancia inferior) cumplir con los parámetros establecidos en las normas internacionales, nacionales y provinciales al respecto.

En este caso es dable mencionar lo acertado de la decisión de esta Corte, cuando en la provincia, aún (pese a lo que se viene tratando sobre el tema) no existe una reglamentación específica del abogado del niño, lo cual –en coincidencia con el máximo tribunal- no exceptúa a los juzgados provinciales del cumplimiento de todo el plexo normativo ya existente.

Por otro lado, siguiendo dentro de la jurisprudencia local de San Miguel de Tucumán y de acuerdo a los lineamientos de este trabajo, vemos cómo -luego de cierta insistencia de parte del adolescente interesado en la causa-, la Cámara Civil en Familia y Sucesiones, Sala 2 concluye en admitir la asistencia letrada que fuera solicitada por el niño que, en el transcurso del proceso, pasó a ser adolescente.²⁵

En tal caso, él mismo insistió sobre la posibilidad de tener un abogado, dado que –entre otras cuestiones- mantenía una relación conflictiva con su padre y se producía (señalado por la propia Cámara) una posición encontrada entre los deseos del adolescente y de su progenitor.

Si bien la Cámara hace lugar al pedido de la asistencia letrada solicitada, es importante destacar que fue la misma Cámara la que en su momento rechazó dicha intervención alegando el derecho del adolescente al adecuado contacto con sus progenitores.

En tales situaciones, destacaremos, han de priorizarse las normas internacionales y nacionales existentes y todo el caso concreto, ya que en éste en particular el niño insistió en contar con esta asistencia letrada mientras se sabía de la relación altamente conflictiva con su padre.

²⁴ CSJT. 25/07/2017, “W.N.A. s/ Especiales (Residual). Incidente”. Sentencia N° 987

²⁵ Cámara Civil en Flia. y Suc, Sala 2. 10/11/2015, “M.A.F. s/ Régimen de visitas”. Sentencia N° 603

Así las cosas, si bien la Cámara revoca correctamente su decisión y accede al pedido formulado por el adolescente, la misma partió de la base de que, por la edad, el solicitante aún no tenía el grado de madurez y comprensión necesarias para peticionar su derecho y que el mismo sea garantizado tal como lo prescribe la normativa al respecto. Por lo tanto, dicha Cámara no cumplió en su momento con lo establecido en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 y en la CDN, dado que partió de la premisa de que el niño no era capaz.

De este modo, tal decisión no se ajustó a los derechos reconocidos a los NNA en las normas nacionales e internacionales, dejando ver cierto resabio –si se quiere- de la antigua doctrina del Patronato.

Por último, y dado la íntima relación del derecho del niño a ser oído con la figura del abogado del niño, haremos referencia a un fallo local de la Cámara Civil en Familia y Sucesiones de Tucumán, Sala 1 en la que se recalcan aspectos importantes en cuanto al derecho y la figura mencionada.²⁶

El hecho de rescatar este fallo, reside (como bien dijimos) en tratarse de una apelación que llega a un tribunal de instancia superior, lo cual indica que ya hubo una resolución contraria y, por lo tanto, que no se ajustaba a los derechos de los NNA, es decir, no los garantizaba plenamente fallando de acuerdo a su “leal modo de entender”.

En el caso mencionado es importante el trabajo de la Cámara al advertir que la sentencia de I° Instancia no considera ciertas cuestiones exigidas por la ley cuando otorga un régimen de visitas a una tía paterna que fuera denunciada como cómplice en una causa penal por abuso sexual sufrido por una menor, en ciertas oportunidades, se llevaban a cabo durante un régimen de visitas que se cumplía en la misma casa de la tía de la niña.

Correctamente entiende la Cámara que “el Juez hizo un repaso parcializado de la causa y de algunos informes si no tuvo en cuenta tal situación para dar lugar al régimen de visitas solicitado en su oportunidad”.

²⁶ Cámara Civil en Flia. y Suc, Sala 1. 27/07/2017. “Bustamante Héctor Alfredo y Otros c/ Sandra Mabel Flamenci s/ Régimen de Visita (Juzgado de Familia y Sucesiones de la IV° Nom.). Apelación

Es importante hacer notar que la Cámara sostiene que el Juez deberá determinar la intervención del abogado del niño luego de “escuchar personalmente al menor”. A su vez, la Cámara distingue a esta figura de otras como la del defensor de menores en el sentido de que, mientras que éste último representa al NNA y puede incluso apartarse de lo deseado por el niño, expresando su propio criterio, el abogado del niño brinda la asistencia técnica para que él pueda hablar y expresarse por sí mismo en el proceso que lo afecta directamente.

Lo interesante en este fallo radica en que la Cámara recalca que, la designación del abogado debe ajustarse al pedido del niño; que sea el niño quién exponga su deseo de contar con uno; y en el caso particular la menor dijo no querer hacer uso de este derecho. Por lo tanto, y en tal sentido, compartimos lo sostenido por los camaristas al decir que “el abogado del niño no se encuentra facultado para suplir la voluntad del niño, sino para asistirlo y acompañarlo”. (Cámara Flia. y Suc. Sala I, 2017)

A través de este camino que transita la jurisprudencia habrá que analizar, discutir y examinar diversas cuestiones que nos retrotraen al viejo sistema y que, por lo tanto, insiden en la llegada de estos fallos a los tribunales superiores a los fines de aplicar la doctrina de la protección integral; porque lo seguro es la necesidad (y obligación) de tomar decisiones a través de sentencias oportunas, eficaces, eficientes y que protejan “integralmente” los derechos de cada NNA.

Para ello será necesario seguir hacia adelante en esta protección de derechos, sin volver para atrás en lo logrado. Los niños merecen esta garantía.

2- La escucha

Llegados a esta instancia, sin duda podemos sostener que la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 tuvo un fuerte impacto –positivo– tanto en el plano legal, del discurso y en lo simbólico de la infancia, sin descartar que ello no implica el poder de transformar la realidad de los niños, sino que se necesita mucho más que una norma para hacerlo, y un ejemplo claro de ello lo constituyen los fallos analizados.

En este orden de ideas, “la comunicación es un proceso constructivo, no un mero carril transmisor, (...) por lo tanto para escuchar es necesaria la intermediación y la intención

de silenciar nuestro interior; es allí donde los signos, los gestos, las palabras, esperan ser interpretadas.” (Obligado, 2009, p.15)

Por ello, en este punto en particular donde trataremos la escucha, lo haremos con referencia al “lenguaje”; analizando desde la visión de la célebre psicoanalista francesa Françoise Dolto, un nuevo concepto y discurso sobre la niñez que nos brinda un fundamento más que suficiente para sostener la importancia de oír al niño. La autora nos enseña la importancia de reconocer en el otro -el niño en este caso-, sin distinción de edades, a un sujeto de lenguaje y de deseo (deseo que desde el psicoanálisis se distingue de los conceptos de necesidad y demanda). (Alvárez Rojas, Quevedo Rojas, 1995)

Pensar que el niño no entiende, no sabe, no se da cuenta -actitudes muy comunes en los adultos- implica según las autoras “cierta desvalorización del niño como sujeto con capacidades y derechos, al mismo nivel que cualquier ser humano”. (Alvárez Rojas, et. al., 1995, p. 49-57). Es notorio como tales acciones y pensamientos constituyen el fiel reflejo del viejo sistema tutelar, el cual fue superado -al menos- desde la legislación actual.

Es decir que, cuando partimos de la premisa de incapacidad en el niño, además de desvalorizarlo retrocedemos al viejo sistema haciendo caso omiso a las leyes vigentes.

La palabra, de este modo, crea lazos, vínculos entre ese niño y ese adulto que lo escucha. Es la vida de ese niño o niña la que va siendo hablada cada vez que ejerce su derecho a ser oído, cada vez que los adultos creamos las condiciones para que ello suceda.

Así, trasladando esta visión -necesaria- a lo específicamente jurídico; a la intervención del niño en el proceso judicial, son varias las normas que lo establecen explícitamente (a las que hicimos referencia en el presente trabajo) y que constituyen un principio rector, una regla madre ineludible para los jueces al ejercitar la participación y el derecho del niño a ser oído.

Por supuesto que la efectiva satisfacción de este derecho se concreta con el contacto directo de juez y niño; contacto que no podrá hacerse efectivo sin la apertura mental necesaria para ver en el NNA a otro ser humano distinto del adulto, que si bien necesita nuestra guía, apoyo y ayuda, debemos dársela desde un lugar distinto y privilegiado:

“desde el reconocimiento del valor del lenguaje como instrumento de cambio (...) para que por fin la consagración del derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta, sea el ingrediente básico de su condición de sujeto de derecho.”
(Cavagnaro, 2011, Apartado I-1.4)

En este orden de ideas, jurídicamente, el artículo 12 de la CDN consagra el derecho del niño a ser oído en todo proceso judicial y extrajudicial que lo afecte.²⁷

Así, para entender puntualmente este derecho al momento de su garantía, no en vano el Comité de los Derechos del Niño²⁸, en cuanto al significado y alcance de la escucha y el derecho a ser oído, acertadamente destaca que

El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.
(Comité de los Derechos del Niño. Observ. Gral. 12, 2009, parr.2º)

2.1. El rol de Juez al momento de oír al niño

Sentadas las bases y los parámetros establecidos por las normas nacionales e internacionales ya mencionadas en el desarrollo del presente trabajo, el compromiso y la presencia del juez aparece como una necesidad “ineludible” al momento de oír al niño. De esta manera hace efectivo el deber de garantía que le impone el derecho internacional de los derechos humanos, “a la vez que cumple su función con habilidad, conocimiento y sensibilidad; como un acto de servicio público”. (González de Vicel, 2016, Apartado d)

Este derecho, por lo tanto, debe ser pensado desde lo más profundo del cambio de paradigma del niño objeto de protección al niño sujeto de derecho, armonizando lo establecido por la

²⁷ Art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁸ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General 12, Año 2009.

CDN²⁹ y por la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061³⁰, con una escucha sólida, “que no sea sostenida en el poder de quien escucha, sino en el derecho de quien habla”. (Granica, et. al., 2012, Apartado 2) Sólo así el rol del juez transformará en realidad los postulados legales, creando un lugar para albergar la situación del niño a través de las palabras.

En efecto, escuchar implica la creación de ese espacio de compromiso y comprensión del otro y con el otro (niño/juez) en donde este adulto en persona del magistrado, con la posibilidad de juzgar, no se encuentra -o no debería- en una situación de poder o privilegio, sino más bien de servicio.

La actividad jurisdiccional requiere de jueces y juezas con un rol que se encamine en estos sentidos. La ciudadanía, los niños y niñas nos exhortan a ello; a “un protagonismo con aquella amable firmeza que nos confiere la verdadera autoridad, la ganada con el respeto al prójimo.” (González de Vicel, 2015, Apartado 6)

En tal sentido, armonizando el derecho a ser oído con todo el plexo legal de la CDN y de la Ley N° 26.061, y con ese respeto al NNA como prójimo, se impone como una exigencia el derecho de cualquier sujeto a su abogado, a su asistencia letrada como refiere la norma.

De esta manera no sólo estaremos garantizando los derechos fundamentales de los niños, sino también superaremos situaciones poco felices para los mismos, producto de las relaciones de asimetría profundamente instaladas entre niños y adultos, que progresivamente deben ser superadas por todos y principalmente por los encargados y encargadas de “decir el derecho”.

2.2. Asistencia o Patrocinio Letrado: la figura del Abogado del niño. El caso de la Provincia de Tucumán

Si bien la CDN y la Ley N° 26.061 instalaron el paradigma de la protección integral de la infancia, podríamos sostener que en ciertas cuestiones y en ciertos casos aún se dejan ver algunos resabios del sistema tutelar, ya sea al hablar de cómo se ejercita dicha protección integral o, en su caso, la ausencia de tal paradigma. Ejemplo claro de ello, y en relación al

²⁹ Artículo 12 CDN

³⁰ Artículos 24 y 27 Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

derecho del niño a ser oído, es la figura del abogado del niño, la cual trajo numerosas discusiones y diferencias de criterios e interpretación.

Como dijimos la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescente N° 26.061 debe sostenerse como base en cuanto a la temática³¹, en total armonía con la CDN, que a través de sus artículos 3 y 12 deja asentado que “la garantía del debido proceso legal del menor constituye el medio para resguardar su interés”. (Rey Galindo, 2015, p. 2109)

Claro está que para lograr acceder a la justicia y a una tutela legal efectiva, la figura del abogado del niño ocupa un papel fundamental. Cabe destacar que su intervención representa al niño, representa un interés autónomo; y quitarle o negarle ese derecho al niño es quitarle un derecho que le corresponde a cualquier sujeto. El NNA debe sentir, a través de dicha figura, “que alguien está presente para habilitar su palabra”. (Granica, et. al., 2012, Apartado II)

Así se consolida como piso mínimo este artículo 27 de la Ley N° 26.061, a partir del cual las legislaciones locales deben acogerse a dicha garantía. Aún antes de la sanción de la Ley de protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la doctrina sostuvo que “el aspecto técnico de la defensa debe extenderse a todo niño, niña o adolescente que se vea afectado por cualquier tipo de procedimiento administrativo o judicial”. (Minist. de Desarrollo Social de la Nación. Secret. Nac. de Niñez, Adolescencia y Flia. (2015). El derecho del niño a ser oído y la implementación del abogado del niño en la justicia de familia.)

Pese a ello, la figura del abogado del niño plantea ciertas dudas e interrogantes al momento de su práctica en ciertas provincias, como por ejemplo en la provincia de Tucumán, donde tal garantía se manifiesta como un proceso lento de transición del viejo sistema al nuevo paradigma a pesar de estar prevista tal figura en la legislación provincial de protección integral de la niñez.³²

La doctrina y la jurisprudencia dan cuenta de algunas de las discusiones que se han generado en torno a la figura del abogado del niño, y sus argumentaciones y debates

³¹ Artículo 27 Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

³² Art. 25 Ley de la provincia de Tucumán N° 8293 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Honorable Legislatura de Tucumán.

se han desplegado sobre todo en torno a dos cuestiones: por un lado, la edad a partir de la cual un niño puede tener su propio abogado patrocinante, y por el otro, las diferencias existentes entre el rol de los representantes promiscuos del Ministerio Público y el papel del abogado del niño en un proceso. (Minist. de Desarrollo Social de la Nación. Secret. Nac. de Niñez, Adolescencia y Flia. (2015). El derecho del niño a ser oído y la implementación del abogado del niño en la justicia de familia.)

En este sentido veremos que en nuestro país la legislación –como se expuso anteriormente– ha establecido criterios más amplios, superando a la CDN en este punto, la cual sólo fija un piso y no impide, de manera alguna, que los países legislen los derechos con un alcance mayor. Tal es el caso, con respecto a la edad de los niños para ser oído, que surge de nuestra Ley N° 26.061 y, dicho sea de paso, con nuestro CCyC.

La “madurez y desarrollo del niño” no importará la exclusión de esta figura, sino que, una vez oído, se definirá todo lo demás en torno al niño; sus opiniones, deseos y pensamientos.

De acuerdo con (Beloff, 2006, p. 33) “históricamente el derecho de menores no se ocupó de regular el rol del abogado defensor patrocinante, dado que no se advertía la necesidad de que el menor tuviera asistencia técnica para defenderse de quienes actuaban para protegerlo y en su beneficio”.

Si continuamos transitando de proyecto en proyecto con respecto a esta figura sin lograr por fin una efectiva regulación de la misma (caso de la Provincia de Tucumán) estaríamos, de cierta forma, estancados en el antiguo régimen tutelar, y por lo tanto, retrocediendo en materia de protección de derechos fundamentales de la infancia.

Además, regular e implementar dicha figura hace al interés superior del niño, que como bien dijimos, también se concreta en la escucha; a la vez que el Estado cumple con su obligación de asegurar el acceso a la justicia de los NNA brindándoles, de esta manera, la protección diferenciada y preferente que merecen. De lo contrario, la inacción en la aplicación de esta figura, abarca al mismo tiempo, la inacción en la protección del derecho a ser oído y constituye una barrera a todo el sistema de protección intergral.

Pese a ello podemos sostener que el derecho de defensa del niño no culmina en la escucha, este ejercicio constitucional de la defensa material es igual a la que pudiera ocurrir con cualquier adulto, por lo cual, tal como acertadamente sostiene (Rey Galindo, 2015, p. 2113) “podemos decir que el NNA es una persona con derechos a peticionar, reclamar u opinar de acuerdo con su desarrollo, lo que incluye el patrocinio letrado para tales actos”. Es decir que, independientemente de las diversas opiniones al respecto, el derecho del niño a contar con asistencia letrada ya se encuentra –como bien sostiene toda la doctrina- clara y explícitamente introducido en el sistema de protección de derechos.

Otra cuestión que trajo aparejado el debate es la “supuesta” superposición de funciones entre el abogado del niño y el defensor de menores. En tal sentido, la opinión mayoritaria sostiene que la actuación de estas figuras no debe ni tiene porque confundirse, dada la naturaleza propia de cada una de ellas. Por lo tanto, sus intervenciones no resultarían incompatibles; constituyéndose más bien en un trabajo complementario a favor del niño.

La sociedad entera está inmersa en una cultura con una impresión fuerte y arraigada de la asimetría niño-adulto; esto hoy es digno de ser revisado y correctamente aplicado cuando el justiciable es un NNA, que cuando logra su acceso a la justicia, el hecho de contar con un abogado transforma en realidad toda la normativa y refuerza todo el proceso constitucional.

Por tal razón, como bien sostienen (Burgués, Lerner, 2006, Apartado III) “el abogado del niño defiende el interés personal y particular del niño que patrocina, representa sus puntos de vista (...), en cambio, la actuación del asesor o defensor de menores (...) es promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, pronunciándose conforme a derecho, no debiendo necesariamente plegarse a la posición más favorable a los intereses del niño.”

Ahora bien, no hay duda que la incorporación de esta figura suscita diversos interrogantes: ¿quién elige el abogado?, ¿quién abona sus honorarios?, ¿quién decide si el niño necesita un abogado o no?, ¿desde qué edad?, etcétera.

Estas preguntas, junto a otras fueron las que dieron lugar en nuestra Provincia de Tucumán a una serie de proyectos sobre la figura y diversos debates, charlas y cursos sin llegar aún a una

reglamentación de la misma. En este sentido, -y a los fines de no analizar cada proyecto presentado debido a la extensión del presente- la Secretaría de Estado de Gobierno y Justicia organizó y tiene a su cargo lo que llamó “Encuentro Ciudadano para el fortalecimiento de la Justicia”.

Se trata de una actividad que surgió con el objeto de debatir y anuar criterios y opiniones en torno a las transformaciones de forma y de fondo que se generaron dentro del sistema legal, que consiste en reuniones de trabajo a los fines de generar consensos en cuanto a las normas, que las mismas se materialicen mejorando el acceso a la justicia y la futura formulación de políticas públicas.

Formaron parte de tales encuentros diversas instituciones: Colegio de Abogados de Tucumán, Colegio de Abogados del Sur, Asociación Gremial de Empleados Judiciales, Asociación Andhes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNT, Universidad Privada de San Pablo T, Colegio de Psicólogos, Fundaciones, ONG, Escuela Judicial del Consejo Asesor de la Magistratura, etcétera.

De este modo, en el marco de esta actividad, se trató el tema del abogado del niño en la provincia y se discutió a cerca de los proyectos que hoy se encuentran en estado parlamentario en nuestra Legislatura.

Las discusiones en torno al tema se llevaron a cabo a lo largo de tres reuniones y en la primera de ellas (1/12/2016) se presentaron las Dras. Valeria Judith Brand, Jueza de Familia del Centro Judicial Capital y Mariana Rey Galindo, en ese entonces, Secretaria de la Oficina de Violencia Doméstica del Centro Judicial Concepción y hoy Jueza de Familia del Centro Judicial Monteros, quienes realizaron una pormenorizada exposición sobre la figura.

Las letradas recalcaron la necesidad legal de adecuación de la normativa, en base al principio de Convencionalidad, y teniendo en cuenta el cambio de paradigma que se viene gestando de un tiempo a esta parte en el Derecho de Familia.

Luego de todas las reuniones y de una encuesta final, la Secretaría de Estado de Gobierno y Justicia, expuso que del análisis de los antecedentes y del estudio de la legislación y la

experiencia compartida, se concluyen ciertas propuestas a tener en cuenta al momento de legislar la materia:

- Garantizar la gratuidad con excepciones de pago claras y expresas de los gastos de justicia.
- Crear un registro de abogados del niño, cuya condición de acceso al mismo sea la acreditación de idoneidad técnica en la materia. De este registro deberán seleccionarse los abogados que intervengan en representación de los niños.
- El registro debe contemplar puntajes en cuanto a la idoneidad técnica acreditada, el cual debe reflejarse en algún tipo de incentivo hacia los abogados más capacitados y actualizados en la materia.
- Para formar parte del registro no sólo se debe acreditar tal idoneidad sino también buena conducta y solvencia moral.
- Debe permitirse al niño seleccionar el abogado por fuera del registro, aún cuando no se cuente con una capacitación especial en aquellos casos donde se requiera un conocimiento técnico específico de otras materias jurídicas y para el niño fuese provechosa esta intervención, o cuando el niño exprese una confianza o vínculo especial con el abogado elegido.
- Es necesario establecer pautas y lugares de reuniones del niño/cliente con su abogado de manera de preservar la seguridad y la intimidad del menor.
- Se estima correcto que las pautas de regulación de honorarios sean las establecidas en la ley de honorarios profesionales y en la ley de beneficio para litigar sin gastos.

En conclusión, el derecho del niño a ser oído y su asistencia letrada van de la mano para llegar a su interés superior y para ello se hace necesaria la urgente reglamentación en las provincias que aún carece de ella, tomando este accionar como una obligación de parte del Estado.

Así, los debates y dudas en torno a la figura, no deben significar ausencia de regulación e implementación para llevar a la práctica la protección de los derechos de los niños con participación personal, concreta y autónoma.

Por lo tanto, en este orden de ideas, es esencial y primordial hacer lugar a la palabra del niño, la cual se encuentra materializada en el derecho a ser oído, que a su vez, se materializa en la

asistencia técnica especializada concretándose de esta manera el sistema de protección integral.

No caben dudas de la necesidad de actuación de dicha figura a los fines de que la infancia reciba la atención jurídica que se merece, porque seguramente estaremos brindando mucho más que eso; “el valor concedido a la palabra del niño es revelador de la condición de sujeto que se le otorga” (Abad, 2016, Apartado II) y, como atinadamente expresa la autora,

“cuando el escuchar al niño se cumple además con su defensa técnica a través del abogado que lo representa, todo el sistema jurídico aloja la palabra de ese niño, que en definitiva no es otra cosa que otorgarle un lugar como sujeto de derecho.”

Conclusiones Parciales

Es innegable que el proceso de construcción del sistema de protección integral de los derechos de NNA ha comenzado dando pasos positivos en varios aspectos a los fines de una tutela judicial efectiva, en donde el derecho del niño a ser oído y su defensa a través de la asistencia letrada constituyen un eje central en el respeto de los derechos humanos de los cuales son titulares.

Vimos que todo el sistema legal se articula, cual piezas que se necesitan unas a otras, por medio de los diferentes artículos en este trabajo referenciados en la Constitución Nacional, la CDN, los tratados internacionales, la Ley N° 26.061, el CCyC y las leyes locales al respecto; lo cual se completa perfectamente a través de la doctrina especializada y que busca hacerse efectivo en la realidad de los casos jurisprudenciales.

Frente al análisis planteado a lo largo del presente trabajo, los debates que aún surgen con respecto al derecho del niño a ser oído y a contar con asistencia letrada, dan cuenta de las interpretaciones, valoraciones y significados disímiles al momento de la concreción de los derechos de los niños, lo cual nos interpela a una urgente implementación y regulación de la figura del abogado del niño, en los lugares donde aún no se ha llevado a cabo, como prueba del cumplimiento de las obligaciones de un Estado en lo referente a la infancia.

Esto significa, indudablemente, una real garantía en la protección del derecho del niño a ser escuchado y que el mismo se cumpla de manera efectiva, concreta y completa.

A pesar de estas faltas advertidas, traducidas en nuestro problema de investigación, tanto la escucha como la posibilidad de contar con asistencia letrada de parte del niño, va modificando las prácticas judiciales, aún cuando las mismas se observan, en muchos casos, en las instancias superiores. Aunque así lo analizamos a través de los fallos presentados, en general, podríamos decir que se divisan luces de esperanza en torno a los derechos reconocidos en un nivel de progreso positivo y acorde a la protección de derechos fundamentales de la persona.

El camino comenzó a transitarse a la par de los postulados instaurados por la CDN y por las leyes; sólo hace falta una sociedad comprometida en las intervenciones con los niños, fortaleciendo el lugar de los adultos como responsables. Para ello -y de acuerdo al análisis realizado-, se señala como conveniente: reafirmar el sentido de quién escucha al niño, cuáles son las formas y los modos implementados, cuáles son los lugares establecidos para ello, procurando establecer así, pautas mínimas que tiendan a otorgarle cierta homogeneidad al tema destacando que la unicidad entre los operadores del derecho en este sentido recobra vital importancia como modo de garantizar los derechos de los niños.

Igualmente sucede en el caso particular de la figura del abogado del niño –a la que hicimos anterior referencia-; donde urge, además, la necesidad de información constante sobre tal derecho, la promoción de la capacitación permanente de los profesionales a tales fines, y realizar las reformas que resulten necesarias para que el acceso a la justicia de los más vulnerables no quede volcado sólo en la letra de la ley, con un Estado despreocupado de las normas constitucionales y convencionales. Caso contrario, sólo brindaremos a nuestros NNA una justicia malentendida, incompleta; una justicia, de cierta manera, vulnerada.

En todo esto es importante destacar la obligación que le compete a todos los poderes del Estado, y especialmente al Poder Judicial, como principal garante de los derechos de los NNA, y en el caso particular de la Provincia de Tucumán, al Poder Legislativo al momento de reglamentar la figura analizada. En tal sentido, las acciones del poder judicial (como de los otros poderes) de garantía y protección constituyen una obligación legal y no un opción para el Estado.

Es necesario, por lo tanto, cambiar la óptica de nuestros Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que, a su vez, significa cambiar la visión cultural de la niñez para garantizar los derechos de los niños desde los nuevos paradigmas legales en donde debe ser articulado el trabajo por parte de la familia, la Sociedad y el Estado; articulación a la que refiere – y sin la cual no hay garantía alguna- la doctrina de la protección integral.

Es decir que la base para alcanzar una real garantía de derechos consiste en intervenciones que signifiquen un trabajo interdisciplinario entre todos los operadores y las instituciones que trabajan en la conflictiva del niño; y donde el Poder Judicial deberá ejercer el debido contralor, deberá ser quién vele porque las respuestas a los niños sean las que protejan sus derechos y, a la vez, hacer que esos derechos sean reconocidos también por medio de las sentencias.

Sólo así las piezas del rompecabezas se habrán completado y el Sistema de Protección Integral se habrá reflejado en la decisión judicial y, por lo tanto, en la vida de cada NNA.

Capítulo Tercero

Actuación concreta del Estado

Introducción

Como consecuencia directa del cambio de paradigma con el sistema de protección integral, los poderes del Estado y todos los funcionarios y operadores que forman parte del sistema, (...) *“tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal(...)”*³³

Por su parte, en el mismo sentido se orienta la manda constitucional en su artículo 75 inc. 23 cuando le impone al Congreso la obligación de legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y por los tratados de derechos humanos, haciendo especial referencia como grupo históricamente vulnerado, entre otros, a los niños.

La familia continúa manteniendo su rol principal, pero el Estado tiene la obligación de contrarrestar las situaciones de vulnerabilidad y colaborar con dichas medidas de acción positivas para el logro igualitario de cada NNA y sus familias.

El principio de efectividad compromete al Estado en este sentido para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos de los NNA expresamente reconocidos.

Esta actuación concreta del Estado, que además debe traducirse en efectiva, es digna de ser analizada también desde el punto de vista del derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta en las prácticas cotidianas de la justicia de familia, acorde a un enfoque de derechos humanos y su garantía por parte del Estado.

En este sentido, la nueva legislación también ha venido a transformar el funcionamiento estatal; el mismo debe responder a un enfoque de derechos humanos en torno a la niñez, totalmente armonizado desde las normas internacionales a las locales, pasando por la propia Constitución Nacional.

Es decir que en materia de derechos humanos -también de los NNA- el Estado debe cumplir tres clases de obligaciones: respetar (no obstaculizar ni perturbar en el ejercicio de los derechos); garantizar (obligación de adoptar las medidas de todo tipo para el efectivo ejercicio

³³ Art. 5 Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

de los derechos, lo que implica acciones que proporcionen, promuevan y faciliten) y proteger (para prevenir que otros intervengan en el ejercicio de los derechos).

Además del carácter obligatorio del cumplimiento, deberá existir un cambio mental (en coincidencia con los nuevos paradigmas) entre todos los que conforman cada uno de los poderes del Estado; será la única manera en que los derechos reconocidos serán garantizados “en su totalidad” y no con ciertas falencias (como se vio jurisprudencialmente) que nos alejan de las obligaciones adquiridas por el Estado.

Cuando ese cambio de paradigma establecido en todo el plexo legal se traslada a la mentalidad de cada operador se produce el verdadero trato de la niñez como sujetos de derecho; de esta manera la letra de la ley se vuelve realidad y opera el goce del derecho en cada NNA, ya que, claramente, enfatiza el Comité de los Derechos del Niño:

Los Estados han de considerar que su función consiste en cumplir unas claras obligaciones jurídicas para con todos y cada uno de los niños. La puesta en práctica de los derechos humanos de los niños no ha de considerarse como un proceso caritativo que consista en hacer favores a los niños.³⁴

Al hablar del rol del Estado desde un enfoque de derechos humanos asumimos la afirmación de que se trata de un Estado garante de derechos, y no de un Estado con la mera satisfacción de necesidades. Ahora bien, esta garantía debe llevarse a cabo de manera completa, efectiva y eficaz; lo contrario (como ya lo dijimos) nos hace responsables de no cumplir las obligaciones adquiridas.

1- El Estado como principal garante de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes

Cuando hablamos del Estado como principal garante de los derechos de la infancia, nos referimos a su poder administrador, y por lo tanto, a la obligación de éste de legislar y promover las medidas de acción positiva para garantizar los derechos, en este caso, de los NNA. El Estado aparece en las nuevas normativas y con estos nuevos principios con un papel protagónico otorgándole a los niños las herramientas a los fines de la protección (legislación),

³⁴ NNUU, Observación General nº 5 del 2003, CRC/GC/2003/5, párrafo 11.

crea el modo en que sus derechos serán protegidos (políticas públicas) y revisa que en la praxis la protección de los derechos de los niños resulte plena, efectiva y eficaz. (contralor)

Esto implica que los derechos fundamentales y humanos de los niños son pasibles de ser promovidos mediante estas acciones positivas que el Congreso legisle y, a su vez, como promotor de las mismas, debe controlar que se consigan los resultados concretos cuando se trata de la protección de estos sectores desde hace tiempo vulnerados.

En este marco de ideas, dicha obligación del Estado y su intervención se materializan a través de la elaboración de políticas públicas como garante de los derechos para todo el universo de la infancia. La Ley N° 26.061 se concentra y otorga un lugar primordial a las políticas públicas.

Es que como bien sostiene (Grossman, 2007, Apartado VII) no es suficiente la creación normativa si no se concreta en políticas públicas y prácticas institucionales, pues de nada sirve recitar los derechos de los niños o adolescentes y los discursos encendidos en su defensa si a la hora de la acción no sólo se los olvida, sino que incluso se los priva desde el Estado de sus derechos fundamentales.

En este rol protagónico y garante que le corresponde al Estado dentro del sistema de protección integral, es que se tratará de analizar por medio del presente trabajo, si frente a los nuevos paradigmas, el derecho de referencia (derecho a ser oído) y su consecuente derecho a contar con asistencia letrada se garantiza de manera efectiva y real, y, por lo mismo, contamos –o no- con un Estado garante y cumplidor de su rol dentro de este sistema.

1.1- Prioridad de las políticas públicas en torno a la infancia

La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 delinea un sistema de protección que involucra a múltiples actores, a la vez que enuncia que las políticas de la niñez y adolescencia se elaborarán de acuerdo a ciertas pautas: fortalecimiento del rol de la familia, descentralización de los organismos, promoción de redes,

constitución de organizaciones y organismos para la defensa y protección de los derechos de los niños, etcétera.³⁵

Estas denominadas políticas públicas son las acciones de gobierno, acciones positivas a las que refiere el artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional y que en este caso se focalizan en los NNA. En este contexto, el Poder Judicial se presenta como subsidiario, siendo el Poder Ejecutivo el órgano encargado de diseñar e implementar dichas políticas, correspondiendo a la justicia exigir que las mismas sean las adecuadas para afrontar las diversas situaciones por las que atraviesa el niño y también su familia.

Desde el rol del Estado (Poder Judicial) también enfocaremos nuestra mirada en el derecho del niño a ser oído a los fines de analizar o acercarnos un poco a la realidad operante en este sentido para comprender (o al menos tratar de hacerlo) cómo siente ese NNA frente al órgano judicial, que se presenta junto a él en vista a garantizarle un derecho que la ley ya le ha reconocido.

Cobran tanta importancia las políticas públicas en torno a la infancia, como sector vulnerable y personas en desarrollo, que “el Estado debe cumplir un rol activo desde la garantía misma de los derechos sociales básicos con políticas universales y exigibles para que la ley tenga posibilidades efectivas de ser implementada”. (Fernández et.al., 2012, p.1-10)

Pensar políticas públicas para la niñez a la luz de la nueva Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y de la CDN es ubicar al niño al que van dirigidas dichas políticas en cuanto sujeto de derecho (Autés, 2004) centrándonos en la protección y prevención, y ordenando las intervenciones dentro del sistema de protección integral. En dicha integralidad, al decir de (Ripoll, 2012) el desafío está más que nunca puesto en las políticas públicas (...) para otorgar garantía real de los derechos de cada NNA.

En este sentido, dichas políticas constituyen el medio, el canal a través del cual los niños pueden ejercer sus derechos; con las mismas termina de concretarse la integralidad que caracteriza al sistema de protección de los derechos de los niños.

³⁵ Artículo 4. Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

2- Actuación de los Poderes del Estado

La Ley N° 26.061 consolida la idea de un cambio: de un Estado intervencionista a un Estado garante, donde se revaloriza el rol de uno de los poderes del mismo, el Poder Ejecutivo, con una intervención judicial subsidiaria. Por supuesto que dicha actuación revalorizada se ve truncada, claro está, si tal poder, asignado como principal garante incumple los deberes a su cargo.

Independientemente de esta revalorización dada al Ejecutivo es importante señalar que los tres poderes del Estado están obligados a lograr el cumplimiento de los derechos reconocidos a los niños implementando las medidas necesarias, de acuerdo a su específica actuación, a los fines de la protección y efectivización de los derechos.

Este nuevo enfoque de responsabilidades y trabajo en cada órgano también requiere de un cambio de enfoque en lo mental que nos acerque a los nuevos paradigmas. Muchas veces se perciben dificultades al momento de tomar nuevas responsabilidades, observándose hasta recelo entre los diferentes poderes del Estado.

En ocasiones, -parecería- que los jueces siguen pendientes de luchas sin sentido con el órgano administrativo, sin acuerdos entre ellos y persiguiendo ver quién está mejor capacitado para cuidar a los niños o a quién debería corresponderle una tarea u otra, cuando el sistema de protección integral nos interpela a un trabajo conjunto y armónico: legislar al respecto, medidas acordes de la autoridad administrativa y efectivo control de legalidad de parte del órgano judicial.

Lejos de tal disputa, en lo que hace al derecho del niño a ser oído y todos los demás derechos, el Poder Judicial, a través de los juzgados de familia, por ejemplo, cobra un rol fundamental; a la vez que recae sobre el mismo la garantía que lleva consigo el ejercicio de tal derecho, reflejado en el acceso a la justicia de cada NNA, de vital e innegable importancia a la hora de que los niños alcancen igualdad de condiciones en el goce de éste y de cualquier otro derecho.

A través de la actuación concreta del Estado en la garantía de los derechos es donde cobra especial relevancia todo el sistema de protección integral para no persistir en tratos de niños

como objetos de protección, sino como sujetos de derecho; siendo este punto un reto permanente para el adulto (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) a través de sus operadores.

Tal es así que, por ejemplo la Argentina ha tardado quince años en adecuarse - normativamente- al nuevo paradigma de la CDN. Esta realidad -junto a tantas otras- de algún modo reflejan las palabras de (Doltó, 2010, p. 13) cuando cruda pero, acertadamente, expone que "Para el adulto es un escándalo que el ser humano en estado de infancia sea su igual".

2.1. Poder Legislativo

Es clara la CDN cuando establece que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, *legislativas* y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la misma”³⁶. Pero adecuar cada legislación interna implicó e implica una importante toma de conciencia de la trascendencia de la ratificación de la CDN en la Argentina. Así, como mencionábamos precedentemente, la Argentina tardó quince años en adecuarse a la CDN con la sanción en 2015 de la Ley N° 26.061 que puso fin a la ley del Patronato.

Pero la simple ratificación, sabemos, no fue suficiente; tanto que la nueva mirada del legislador se hace presente con la reforma constitucional del año 1994. Sin embargo, debieron pasar más de diez años para adecuar acabadamente nuestra legislación con la sanción de la Ley N° 26.061, que importó, sin lugar a dudas, el compromiso legislativo que ya fuera asumido por la Argentina.

En el mismo sentido se introduce la modificación del CCyC que reformula todas las cuestiones relacionadas a los NNA en consonancia con la CDN, y la consecuente incorporación de principios de derechos humanos al tratar ciertas instituciones: responsabilidad parental, interés superior del niño, capacidad progresiva, derecho a ser oído, entre otros.

Legislar adecuando la normativa interna a las obligaciones contraídas por el Estado es prueba de un compromiso reforzado en el respeto por los derechos humanos de todos los NNA de nuestro país; por ello, y en relación al derecho del niño a ser oído y a su derecho a contar con

³⁶ Artículo 4 CDN

un abogado, la falta de reglamentación de la figura del abogado del niño en algunas provincias, constituye de cierta manera, una falta de cumplimiento de las normas internacionales y nacionales existentes.

No hay duda que estamos en épocas de progresos en este sentido, pero habrá que aceptar que situaciones como la anteriormente descrita constituyen deudas pendientes de parte del Estado.

Si esta plenitud no se da, entonces quiere decir que el derecho no se encuentra garantizado totalmente, y la actuación llevada a cabo de este modo se vuelve a todas luces insuficiente.

2.2. Poder Ejecutivo

La Ley N° 26.061 impacta directamente sobre este poder del Estado con un nuevo diseño en donde puede decirse, constituye el eje central como administrador y ejecutor de las políticas públicas. Es decir, que dentro de las políticas de gobierno; los recursos y las acciones en materia de niñez no pueden estar ausentes.

Así pues, se requiere de la creación de diferentes organismos con profesionales y operadores formados para responder a la doctrina de la protección integral y para lograrlo se necesitan políticas más profundas y soluciones claras a las problemáticas de la niñez vulnerada.

Urge “un verdadero compromiso del Estado administrador, quien debe asumir políticas públicas concretas en este sentido, con continuidad en el tiempo, más allá de los cambios propios de cada gobierno de turno, y con asignación permanente de partidas presupuestarias que no hagan ilusorio el compromiso asumido”. (Tavip, 2015, p. 1253)

Igualmente de ilusorio se hace el compromiso cuando no existen o escasean las políticas preventivas además de las continuas y permanentes. Suele ser moneda corriente en nuestro Estado el accionar posterior a un hecho lamentable o acciones que no se mantienen en el tiempo sino que perduran mientras el caso, la causa o el hecho permanecen latentes, generalmente en boca de la sociedad. Estos aspectos nos marcan también una ilusión en

cuanto a la real garantía de los derechos de los niños, y por lo tanto un incumplimiento a nivel estatal.

Así, las acciones positivas que tratamos deben comprometer, a los fines de la efectivización de los derechos, a todas las áreas involucradas y responsables de la implementación de tales medidas (salud, educación, vivienda, justicia, etcétera)

En razón de este trabajo integral (que la propia Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes describe) es que se necesitan: 1) Políticas Públicas (universales e integrales) con el compromiso asumido por la administración nacional, provincial y municipal a través de sus ministerios y secretarías; 2) Medidas de Protección Integral: que comprenden trabajos y competencias específicas con el compromiso de los mismos actores involucrados y antes nombrados en acciones articuladas de coordinación y articulación intersectorial e interjurisdiccional y 3) Medidas Excepcionales: que involucran al organismo competente en cuestión, el que corresponda de acuerdo a la estructura y funciones y según lo que las normas legales establezcan. Ej: el Poder Judicial a través de un Juzgado de Familia.

Pero al hablar de actores es necesario destacar que hablamos de personas, grupos, organizaciones, identificados de manera objetiva o subjetiva; actores no sólo del lado de lo institucional sino en cualquier otro sentido (Asociaciones Civiles, escuelas, parroquia, facultades, etcétera), quienes crean lazos, de manera inmediata, al escuchar, al conocer, al contener.

Es decir que con este cambio de paradigma el rol del Estado en la protección de los derechos de la infancia importa un cambio radical donde se aleja de lo burocrático, lo centralizado, el asistencialismo y la fragmentación de la niñez para dar lugar a un Estado garante de la protección de derechos, generador de acuerdos interinstitucionales, con respuestas rápidas y eficaces, descentralizado, y generador de un trabajo articulado y respetuoso de la corresponsabilidad de los sectores involucrados.

Para todo ello también se requiere dar cumplimiento al derecho del niño a ser oído, partiendo de las vulneraciones que sufren, y desde su trato como sujetos de derecho que implica esta

escucha activa en donde ellos son protagonistas de su propia vida; son ellos mismos los que definen las políticas que se necesitan; que ellos necesitan de parte de un Estado garante.

2.3. Poder Judicial: gran referente en la protección de derechos

La actuación del Poder Judicial cobra una importante relevancia en la garantía de los derechos de los niños con la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y sobre todo dentro del derecho que analizamos y su correlativa figura del abogado del niño; a pesar que –como ya lo dijimos- y como sostiene (Ripoll, 2012, Apartado D (...)) con el nuevo sistema todos los efectores del Estado (...) son responsables de proteger los derechos de los niños”.

En esta responsabilidad que asume el Poder Judicial en el sistema de protección integral, adquiere un fuerte impacto el rol de los jueces al momento de su actuación y resolución en cuestiones donde los niños sean parte, y acompañando a estos jueces y juezas todos los operadores que están involucrados dentro del sistema judicial: empleados, funcionarios, abogados, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales.

En este punto es donde se pretende hacer énfasis a través de este trabajo, particularmente en relación a la actividad judicial y el derecho del niño a ser oído.

Para entender y cumplir adecuadamente los derechos de los niños es necesario cambiar la visión de los operadores; ello se traslada, indefectiblemente, a audiencias y a sentencias.

En este cambio cobra relevancia el principio de autonomía progresiva de los NNA, el mismo (que los niños sean escuchados y que su opinión sea tenida en cuenta, de acuerdo con su edad y grado de madurez) resulta una exigencia en la adopción de cualquier medida que se tome.

Este principio, como tantos otros, y la correlación entre “interés superior del niño” y “derecho a ser oído”, se condice con todo el plexo normativo existente: CDN, Ley N° 26.061, Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC)³⁷

³⁷ Código Civil y Comercial de la Nación. Aprobado por Ley N° 26.994, Promulgado según Decreto 1795/2014

¿Cómo escuchamos a los niños y garantizamos su derecho a ser oídos si no tenemos en cuenta su superior interés y viceversa? Antes que nada cabe aclarar que escuchar al NNA por el sólo hecho de cumplir con lo establecido en la normativa legal y “cubrirse” como operadores del derecho, no configura un accionar que participe de los principios mencionados, del paradigma imperante y de un real compromiso. Tal accionar en algún momento del proceso salta a la luz y el niño continúa igual o más vulnerado.

Si acompañamos lo establecido en las leyes con este cambio de paradigma también en nuestras mentes, seremos un Estado que cumple, que protege y, por lo tanto, responsable frente a los NNA.

Porque es importante destacar que a partir de este cambio en la concepción de la niñez, se deja de ver al niño como un ser humano futuro, como “el hombre del mañana”; se lo reconoce en su plenitud como una persona en desarrollo y evolución progresiva de su autonomía personal, social y jurídica.

En la actuación concreta del Poder Judicial, especialmente a través de los jueces, el derecho del niño a ser oído implica un vínculo de comunicación y reciprocidad entre el adulto (juez) y el niño, porque, si como parte de este poder del Estado, no recibimos a los niños, no los conocemos, si no los conocemos, no los escuchamos, y si no los escuchamos no podemos crear jamás un mecanismo donde ellos puedan exigir y ejercer todos los derechos que le son propios. No crear estos mecanismos implica no cumplir con las obligaciones adquiridas.

Así, la intervención en la escucha de la palabra del niño y del adolescente de parte del propio juez se torna irremplazable. Sin escuchar al otro no hay lazo posible que se cree y por lo tanto no estaremos reconociendo al niño como persona y mucho menos como sujeto de derecho.

En definitiva, este reconocimiento, este paso del niño-objeto al niño-sujeto conlleva necesariamente posicionarse al lado de los niños para su plena participación en todos los ámbitos: familiar, social, jurídico.

De este modo, la responsabilidad en la protección de los derechos de los niños se distribuye en los diferentes estamentos del Estado, entre los cuales el Poder Judicial necesita de jueces, secretarios, empleados, equipos técnicos, abogados; comprometidos y formados para una

concreción plena y total de los derechos de los NNA. De este modo, “la transformación de las prácticas tiene su correlato en condiciones de posibilidad. El desafío, entonces, es generar estas condiciones” (Fernández et al, 2010, p. 66)

El rol del Poder Judicial también se valora desde este derecho y puntualmente a la hora de la falta de consensos observadas a través de los fallos en cuanto a determinadas situaciones como, por ejemplo, desde qué edad escuchar al niño en el proceso judicial. En este sentido, acertadamente se dijo a través de la jurisprudencia aquí citada y analizada que ello

“no puede verse como una limitación, sino como una obligación de los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible (...) No pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus opiniones (...)”³⁸

A su vez, dentro del accionar del Poder Judicial entra otra cuestión expuesta en el presente trabajo y que abarca nuestro problema de investigación de cierto modo. Se trata de la figura del abogado del niño.

En tal sentido, y teniendo en cuenta la provincia de Tucumán (en donde se carece aún de reglamentación), la figura del abogado del niño se encuentra explícitamente reglamentada en la Ley N° 26.061³⁹ y en la propia Ley Provincial N° 8293⁴⁰ cuando habla sobre las garantías procesales que se les reconoce a los NNA. Si a esto le sumamos la capacidad progresiva de un niño en un litigio judicial que lo afecta, según criterios de madurez y desarrollo evolutivo; no designarle un abogado especialista (más aún cuando el niño lo solicita), constituye un incumplimiento de la norma legal y un modo de retorno al viejo sistema tutelar.

Para todo esto –cabe agregar– se presenta como una necesidad imperiosa, la capacitación constante de los distintos operadores en materia de infancia, a la luz de los nuevos paradigmas establecidos en las normas que protegen a los NNA e interpelan a los adultos a concretar esos derechos, garantizándolos.

³⁸ CSJT. 25/07/2017, “W.N.A. s/ Especiales (Residual). Incidente”. Sentencia N° 987

³⁹ Art. 27 Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061

⁴⁰ Art. 25 Ley Provincial N° 8293 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

Conclusiones Parciales

Legislar, aplicar y controlar armonizan la tarea de cada uno de los Poderes del Estado en pos del cumplimiento de la doctrina de protección integral, reconocida nacional e internacionalmente.

En este sentido la actuación concreta por parte del Estado nos refleja una justicia (junto a sus integrantes) que debe trabajar en conjunto con otros actores; ya no hablamos de una justicia “dueña” de los niños; ahora habrá que compartir espacios, trabajos y logros con la plena seguridad de ubicarlos en primer lugar.

Sólo de esta manera, las prácticas realizadas desde el antiguo modelo tutelar serán desterradas totalmente; de la intervención que hagamos y con qué compromiso social miremos el derecho dependerá que la norma se concrete en la realidad de cada NNA.

Las modificaciones introducidas en la materia por toda la legislación ya mencionada deben hacerse realidad en la práctica de manera sincera, efectiva y total porque con la ley sola no basta. Hacen falta cambios más profundos, cambios más radicales, estructurales, mentales; éste es el único camino para que el diseño sobre el que se asienta todo el sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes logre su objetivo a través de cada uno de los sectores involucrados.

Para ello, y por lo tanto para dar cumplimiento a la normativa, es necesario el funcionamiento integral y articulado del Estado, obligatoriamente.

Así, La Comisión Interamericana de los Derechos del Niño expresó en la Opinión Consultiva 17/2002, que “Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Interamericana. Dicha obligación impone a los Estados partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares (...)”

En este sentido de actuación concreta del Estado y teniendo en cuenta la forma de Estado Federal de nuestro país, muchas discusiones se suscitaron en torno a las responsabilidades de Estado Nacional y Provincial. Lo cierto es que, como sostiene (Bielsa, R., 1952, p. 363-364) “lo que existe es una gestión concurrente, destinada a la realización de los fines o propósitos de la organización constitucional, y a los fines federales”.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí, y sosteniendo la importancia de los Poderes del Estado en la práctica y más aún la función de garante del Poder Judicial al efectivizar los derechos de los niños, -entre ellos el derecho a ser oído- es posible afirmar que en el interior de dicho poder es donde se hace más palpable tal garantía de derechos. Es allí donde la “voz” del niño dará paso a “lo escrito” por la ley pero en forma de realidad.

En relación a ello, el derecho a ser oído actúa, se ejerce junto a su participación activa dentro del proceso que lo afecte. Es decir, que de acuerdo a la normativa legal, el niño participa cuando se lo escucha, cuando puede peticionar ante las autoridades, cuando expresa libremente sus opiniones; dicho de otro modo, “interviene como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida, con las garantías del debido proceso” (Romano, C., 2016, p. 24)

En la actuación del Poder Judicial entra, del mismo modo, la figura del abogado del niño. Es una necesidad lógica a reglamentar en los lugares donde aún no se encuentra regulada, ya que la misma hace al derecho del niño a ser oído; el niño necesita de ese otro que habilite su palabra y que en definitiva será quien haga valer los derechos del menor, a la vez que evidencia el olvido de una posición de patronato en la que el adulto decide por el niño lo que él cree es lo mejor para ese niño.

Por ello la necesidad de reflexionar sobre el alcance del derecho a ser oído y todo lo que conlleva a los fines de consensuar entre los operadores al sólo efecto de proteger los derechos reconocidos en las leyes existentes.

De nada sirven las mismas si sólo son leídas o nombradas; en la actuación del Estado se concreta, se vuelve real la letra de la ley, ya que al momento de hacerla efectiva no resulta suficiente una garantía parcializada; en este caso la parcialidad es incumplimiento.

Conclusiones Finales

La plena vigencia normativa del paradigma de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes importó un profundo compromiso de cada uno de los poderes del Estado y de sus miembros a los efectos de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados. Dicho compromiso ubica a los adultos en un lugar de acompañamiento, contención, y respeto en relación al niño, aplicando en tales acciones como piso mínimo los principios incorporados por la Constitución Nacional, la CDN, la Ley N° 26.061 y las leyes locales al respecto.

La Ley N° 26.061 configura, sobre todo, un gran adelanto en cuanto a la protección integral de los derechos fundamentales y humanos de los NNA. El referido cambio de lugar y la concepción de la infancia a través de esta normativa inciden en esta manera -que analizamos- de otorgarle protección.

La plataforma desde la cual partir en este sentido, se dispone hacia el mundo adulto para la implementación, evaluación y ejecución de esta protección adaptándose a cada caso particular, en cada una de las circunstancias, cada una de las realidades.

Pese a lo establecido, y constituido esto un paso hacia adelante –más no suficiente- a favor de la niñez, la falta de consenso que analizamos se transforma en una barrera a los fines de la protección cuando pensamos en las situaciones mencionadas a través de los fallos analizados, más aún teniendo en cuenta que el artículo 12 de la CDN, eje central del derecho del niño a ser oído, no sólo refiere con su texto a un derecho en sí mismo, sino más bien que hace a la interpretación y al modo de transformar en acción el derecho y los derechos de los NNA.

En este sentido, una cosa lleva a la otra, el ropecabezas va tomando forma y una pieza encaja perfectamente con la otra; por ello, del derecho del niño a ser oído y su capacidad progresiva (hoy reglamentada por nuestro C.C.yC.)⁴¹ deriva directamente en la posibilidad de que intervengan en los procesos que los afectan, aún con el debido patrocinio letrado.

⁴¹ ART. 26 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Ley N° 26.994

En esta instancia de la investigación nos atrevemos a señalar que el desarrollo de todo proceso en donde se encuentre y afecte a un niño, debe garantizar especialmente el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. No en vano señala acertadamente (Fernández, S., 2015, p. 125), en coincidencia con los diversos instrumentos internacionales y nacionales que “bajo el amparo de la doctrina de los derechos humanos en su aplicación particular a las personas menores de edad (...) éstos no sólo titularizan derechos subjetivos propios sino que cuentan con las herramientas procesales específicas para asegurar su adecuada tutela en los procesos judiciales”

De este modo, superar la problemática en torno a lo negativo de los espacios de los tribunales para la escucha, podría dar lugar a propuestas en las cuales combinar mecanismos a través del Estado y sus políticas públicas para que el Poder Judicial cuente con espacios apropiados, distintos a los palacios de Tribunales, para casos especiales, con la posibilidad -por qué no- de que sea el juez quien se traslade al encuentro del NNA, toda vez que los estrados de un Juzgado no serán jamás los espacios más cálidos y acogedores para dar lugar a la palabra.

No debemos olvidar que en el cumplimiento de este derecho del niño a ser oído, ha de tenerse en cuenta a cada niño y a cada vida en particular, y por lo tanto, cada situación será diferente a la otra.

Por ello, y a los fines de una real garantía, es importante también posibilitar y exigir a los jueces la capacitación permanente en esta materia, y a la vez contar con medidas presupuestarias desde el órgano correspondiente a los fines de disponer de mayor número de profesionales que cubran el excesivo bagaje de procesos en trámite con niños involucrados. En este sentido, destinar las partidas presupuestarias en torno a los niños, constituye un paso hacia adelante al hablar de un Estado garante de los derechos, con prioridad de políticas públicas puestas en la infancia.

Así, las leyes de protección serán materializada hacia el caso concreto, para garantizar los derechos de cada niño en particular de parte de cada uno de los Poderes del Estado.

De este modo, la ley escrita y la actuación concreta del Estado en este sentido, también marca la importancia que reviste la figura del abogado del niño en torno al derecho del niño a ser

oído. Tal situación –observamos- va dando pasos –lentamente- hacia adelante, en las prácticas cotidianas, requiriendo un mayor avance como los ya indicados y propuestos en el presente.

Por tal razón, resulta imperioso entablar estos diálogos, abrir el debate y asumir la importancia transmitida en estas líneas; lo cual, si bien constituye un avance; no hace a la garantía; sólo resta seguir en progreso con acciones más concretas y efectivas en la protección de los derechos de los niños, con adultos (todos) llamados e interpelados a garantizar dichos derechos.

Para ello destacamos como urgente y como ejemplo de un Estado que cumple con las obligaciones asumidas, la reglamentación de la figura del abogado del niño en lugares donde aún (a pesar de los debates sobre el tema) no se cuenta con la misma. Si bien disponemos de una hipernormatividad internacional y nacional al respecto, esta implementación en las provincias, refleja la garantía de los derechos a través de un Poder Legislativo que cumple.

Por ello sostenemos que en este tema en particular las palabras y los debates ya resultaron suficientes; ahora es momento de la práctica y de la reglamentación específica en la materia, toda vez que la satisfacción del derecho que se vulnera ha de ser urgente; el tiempo razonable para la garantía de los derechos de los NNA impone al Estado diligencia y celeridad en los que se encuentra involucrada su especial protección.

Mediante el presente trabajo quisimos dar pasos hacia adelante en esta reflexión y posterior práctica. De esta manera, pudimos desplazarnos desde la norma a la realidad, desde lo escrito al acto.

Somos conscientes que resta mucho por hacer. Sólo hay que seguir avanzando. Que lo logrado no retroceda y lo que falta se logre.

Bibliografía

Doctrina

- Abad, G. A. (2016) La subjetividad de niño en el proceso judicial. *El Sigma.com, sitio psicoanalítico*. Recuperado de <http://www.elsigma.com/psicoanalisis-ley/la-subjetividad-de-nino-en-el-proceso-judicial/13095>
- Acosta, K. A. (2008) Cuando un niño necesita un abogado. SAIJ, Ministerio de Justicia y Desarrollos Humanos, Presidencia de la Nación. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/doctrina/daof080039-elena_acosta-cuando_un_nino_necesita.htm
- Alexy, R., (1993) *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, España.
- Álvarez Rojas, A. M., Quevedo Rojas, M. (1995) El nuevo discurso sobre la infancia. *Revista de trabajo social* (65), 49 – 57.
- Autes, M. (2004) Tres formas de desligaduras, en *La exclusión: bordeando sus fronteras. Definiciones y matices*. Barcelona, Ed. Gedisa.
- Baratta, A. (2007) Democracia y derechos del Niño. [Versión electrónica], *Justicia y derechos del niño, Unicef, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia*, (9), 17 - 27
- Bauer, F. (2015/22/07) Una nueva etapa para la infancia argentina. *La Nación*. Recuperado de: <http://www.lanacion.com.ar/1812425-una-nueva-etapa-para-la-infancia-argentina>
- Beloff, M. (2000) Presentación al libro Derecho, infancia y familia. En M. Beloff (Comp.). *Derecho, Infancia y Familia*. (pp. 9 - 13). Barcelona, Ed. Gedisa.
- Beloff, M. (2004) Los derechos del niño en el sistema interamericano. Cuando un caso no es “el caso” [Versión electrónica], *Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (caso de los “Niños de la calle”)*, 1 - 16.
- Beloff, M. (2009) Fortalezas y debilidades del litigio estratégico para el fortalecimiento de los estándares internacionales y regionales de protección a la niñez en América Latina. [Versión electrónica], *Justicia y derechos del niño, Unicef, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia*, (11), 55 - 80.

- Beloff, M. (2011) La Protección de los Niños y las Políticas de la Diferencia, [*Versión electrónica*], *Lecciones y Ensayos*, (89), 405 - 420.
- Belluscio, A. "Influencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia". L.L. 1995-A-936.
- Bielsa, R. (1952) *Compendio de Derecho Público. Constitucional, Administrativo y Fiscal*. (p. 363-364) Buenos Aires, Ed. Depalma.
- Bidart Campos, G. J. ¿Hay un orden jerárquico en los derechos personales?, E.D. 116 - 800.
- Burt, R. A. (2000) Desarrollo constitucional de derechos de, sobre y para menores. En M. Beloff (Comp.). *Derecho, Infancia y Familia*. (pp. 13 - 37). Barcelona, Ed. Gedisa.
- Carbajal, M. (2013/01/07) El derecho de los niños a ser escuchados. *Página 12*. Recuperado de: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-223427-2013-07-01.html>
- Cavagnaro, M. V. (2011) Un abordaje reflexivo acerca del valor de las palabras: Por qué hablar de derechos de los niños, niñas y adolescentes y abandonar la vieja fórmula de derechos de menores? SAIJ, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf110026-cavagnaro-un_abordaje_reflexivo_acerca.htm
- Colección de Dictámenes sobre derechos humanos (2012-2017) Los derechos de los niños, niñas y adolescentes. [*Versión electrónica*] *Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, (7), 13-15/32-40.
- De la Iglesia, M., Velazquez, M.E., Piekarz, W. (2008) Devenir de un cambio: del Patronato de Menores a la Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. *Anuario de Investigaciones* (15). Recuperado de: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-16862008000100032
- Doltó, F. (1989) *Cuando los padres se separan*. Cap. 8: *El niño a la justicia*. (1º Ed.) Buenos Aires. Paidós.
- Ekmekdjiam, M. A. "Jerarquía constitucional de los derechos civiles". L.L., 1985-A, 847.

- Famá, M. V. “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, L.L.(2015), 197, 1-7.
- Fernández, S. “Medidas de protección de derechos de la infancia y la adopción”. L.L. (2009), A-450.
- Fernández, S., Lagiú, E., Martinet, G., Ripoll, S. (2010) Los derechos de los niños/as y adolescentes y las políticas públicas. [Versión electrónica], *Revista Cátedra Paralela* (7), 65-66.
- Ferraro, M. (2003) “El derecho del menor a ser oído en el proceso judicial”. L.L. 2003-A-423.
- Galletti, G., Mangione Muro, M. (2014) Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes. [Versión electrónica], *Biblioteca de Publicaciones Periódicas, Universidad Nacional del Litoral* (9), 1-18.
- Giberti, E. (2001) Los que abandonan la niñez. [Versión electrónica], *Revista Novedades Educativas*, (280), 1 – 9.
- Gil Dominguez, A., Famá, M.V., Herrera, M. (2007) *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Comentada, Anotada, Concordada. Derecho Constitucional de familia*. (1° Ed.). Buenos Aires. Ed. Ediar.
- Giraldo, J., Giraldo L., M., Giraldo L., A. (2005) *Metodología y Técnica de la Investigación Sociojurídica*. (3° Ed.). Bogotá, D.C., Colombia. Editorial ABC.
- Gomez Da Costa, A. (1992) *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano adolescente*. Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa. Buenos Aires. Ed. Galerna.
- González de Vicel, M. (2016) Escucha del niño en sede judicial. [Versión electrónica], *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, (8), 1-4.
- Granica, A., Sotolano, O. (2012) El rol del Abogado del Niño en la nueva normativa vigente argentina. Una perspectiva jurídica y psicoanalítica acerca del derecho a ser oído. *Revista del Grupo Forum Infancias Trenque Lauquen*. Recuperado de: <http://foroinfanciastrenquelauquen.blogspot.com.ar/2013/05/abogado-del-nino.html>
- Grillo, M. C. (2014) La nueva imagen de niño: la pedagogía de la escucha. *Educación Juntos. Portal de Educación Argentina*. Recuperado de: http://www.educarjuntos.com.ar/wp-content/imagenes/los_100_lenguajes.pdf

- Grossman, C. (2007) La Balanza de la Justicia. *El derecho del niño a ser oído en los procesos de Familia*. Ad Hoc, Fundejus, Buenos Aires, 2007, p. 130 y ss.
- Grossman, C. (2007) La responsabilidad del Estado en la institucionalización de niños y adolescentes. Lexis (0003/013612 o 003/013613). Recuperado de: <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id=458>
- Herrera, M. (2009) Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino. [Versión electrónica], *Justicia y derechos del niño, Unicef, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia*, 11, 107-144.
- Herrera, M. (2011) La democratización de las relaciones de familia. Desafíos de la relación padres e hijos desde el principio de la capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes. [Versión electrónica], *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, (4), 3 - 40.
- Herrera, M. (2015) *Manual de Derecho de las Familias*. (1º Ed., 1º Reimp.) Buenos Aires, Argentina. AbeledoPerrot.
- Herrera, M., Famá, M. V. (2015) Crónica de una ley anunciada y ansiada. *Cultura para la Paz y los DDHH. Adla*, 29, 2.
- Herrera, M., Grossman, C. (2005) ¿El tiempo sentencia? *Revista Jurisprudencia Argentina*, (4), pp. 26 - 38.
- Iglesias, S., Villagra E., Barrios, L. (1992) Un viaje a través de los espejos de los Congresos Panamericanos del Niño. En E. García Méndez y E. Carranza (Eds.) *Del revés al derecho*, (p. 389 y ss.) Buenos Aires, Argentina. Ed. Galerna.
- Janin, B. (2011). *El sufrimiento psíquico en los niños*. (2º Ed.) Buenos Aires, Argentina. Ed. Noveduc.
- Janin, B. (2013/04/07) Contando lo que los adultos callan. *Página 12*. Recuperado de: <https://www.pagina12.com.ar/diario/psicologia/9-223662-2013-07-04.html>
- Janin, B. (2015) Para ser feliz, un niño necesita de adultos que lo escuchen. *Blog Rodari*. Recuperado de: <http://rodariestimuloexpresivo.blogspot.com.ar/2015/06/para-ser-feliz-un-nino-necesita-de.html>

- Kemelmajer de Carlucci, A. (1994) El derecho constitucional del menor a ser oído. [Versión electrónica], *Revista de derecho privado y comunitario* (7), 157 y ss.
- Llambías, J. (1992) *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I (14° Ed.). Buenos Aires. AbeledoPerrot.
- Lloveras, N. (2010) Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En N. Lloveras (Direct.), M. de los A. Bonzano (Coord.) *Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*. Córdoba. Ed. Alveroni.
- Lovera Parmo, D. (2009) Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía. [Versión electrónica], *Justicia y derechos del niño, Unicef, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia*, (11), 11-54.
- Martínez Lanz, P. (2011) *Manual básico de Investigación Científica*. (2° Ed.) México. Ed. El Manual Moderno.
- Minyersky, N. (2014) Derecho a la defensa de niñas, niños y adolescentes víctimas. En M. Graham, M. Herrera (Direcc.), *Derecho de las familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*. (pp. 81 - 117) Buenos Aires, Argentina. Ed. INFOJUS, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación.
- Mizrahi, M. “Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño”, L.L. 2011-E-1194.
- Morello, A. “Del debido proceso y la defensa en juicio al proceso justo constitucional.” L.L. 2003-D-1163
- Obligado, C. A. (2010) La voz y la escucha judicializada del niño/a, adolescente y joven. *Revista Actualidad Jurídica*, (6), 15.
- Palacios, A. (2000) Derecho a la igualdad y medidas de acción positiva. *Revista Quorum, Revista del Colegio de Abogados de Mar del Plata*, 5 – 10. SAIJ, Ministerio de Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/agustina-palacios-derecho-igualdad-medidas-accion-positiva-dacf010005-2000-12/123456789-0abc-defg5000-10fcanirtcod>
- Parellada, C. A. “Daños en las relaciones de familia”, L.L. 2015, 185, 1-6.

- Perez, A. (2016) Ser niño, niña o adolescente ante la jurisdicción internacional y local ¿Más derechos o más burocracia? *Revista En Letra Derecho Civil y Comercial # 1*, (1). Recuperado de <https://www.enletracivilycomercial.com/blank-tikk4>
- Raffo, P. E. (2014) El rol del juez de familia a la luz de los cambios legislativos. En M. Graham, M. Herrera (Direcc.), *Derecho de las familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*. (pp. 45 - 64). Buenos Aires, Argentina. Ed. INFOJUS, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación.
- Rey Galindo, M. (2015) El marco legal de la Provincia de Tucumán en el contexto de las obligaciones internacionales adquiridas por la firma y ratificación de tratados mundiales relacionadas a los derechos económicos, sociales y culturales de las niñas, niños y adolescentes. En Fernández, S. (Direct.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Tomo II*. (p. 2099 – 2113). Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.
- Ripoll, S. (2012) Cambios en las políticas sobre infancia. *Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de Rosario*. Recuperado de: <http://www.fcpolit.unr.edu.ar/cambios-en-las-politicas-sobre-infancia/>
- Romano, C. (2016) *Abogado del Niño. Cuestiones Prácticas que debe conocer y aplicar*. (p.24) Ed. Lajouane
- Sabsay, D. (2006) La dimensión constitucional de la ley 26.061 y el decreto 1293/2005, en E. García Mendez (comp.), *Protección Integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*. Buenos Aires. Editores del Puerto.
- Santoro, S. (2016/05/06) Niños lejos de sus derechos. *Página 12*. Recuperado de: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-301037-2016-06-05.html>
- Solari, N. “El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el proceso judicial”. L.L 2005-F- 1127.
- Solari, N. “Los niños y los menores de edad después de la reforma constitucional”. L.L. 2006-C- 1179.
- Tavip, G. (2015) La doctrina de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes y la reformulación de actuación de los tres poderes del Estado. En Fernández, S. (Direct.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Tomo II*. (p. 1237 - 1256) Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot.

- Treacy, G. (2011) Categorías sospechosas y control de constitucionalidad. [Versión electrónica], *Lecciones y Ensayos UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas*. (89), 181-216.
- Vigo, F. (2016) El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia. Prácticas, valoraciones y sentidos. *Revista En Letra Derecho Civil y Comercial # 1*, (1). Recuperado de <https://www.enletracivilycomercial.com/blank-tikk4>
- Wierzba, S. (2013) Ver, pensar, sentir... ¿Decir y decidir?". Reflexiones en torno a la participación del niño, niña, adolescente en los efectos del proceso de divorcio de sus padres. *Revista de Derecho de Familia. Doctrina y Jurisprudencia*. (82), 37 y ss.
- Zanino, B. (2016) El Código Civil y Comercial de la Nación y la participación activa de niños, niñas y/o adolescentes en los procesos que los/as involucran. [Versión electrónica], *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, (9), 1-4.

- Informe de Investigación: El derecho del niño a ser oído y la implementación del abogado del niño en la justicia de familia. *Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Buenos Aires*. Octubre 2015.

- Informe de conclusiones del Encuentro ciudadano para el fortalecimiento de la Justicia sobre el Abogado del Niño en la Provincia de Tucumán, elaborado y elevado por la *Secretaría de Estado de Gobierno y Justicia. Gobierno de Tucumán*. Octubre 2017.

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Constitución Nacional Reformada en 1994
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) – CADH- Firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969.

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de ONU, mediante Res. 44/25 del 20-11-1989- entrada en vigor el 02-09-1990.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en la ciudad de Bogotá, Colombia, 1948.
- Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en los estados de emergencia o de conflicto armado. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (D.U.D.H) Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.
- Ley 10.903 de Patronato de Menores, (B.O. 20-10-1919)
- Ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, (B.O. 20.10.05) Dec. Regl. 415/06 (B.O. 18.04.06).
- Ley 8293 de la Provincia de Tucumán. Honorable Legislatura de Tucumán.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (PIDESC) Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), del 19 de diciembre de 1966.
- Protocolo Indicativo para Recibir el Testimonio de un Niño / una Niña abusado/a Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA), Diciembre, 2006.
- Reglas de Beijing, sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Aprobada el 29.11.85 incluyéndolas en su Resolución N° 40/33.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables. Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Marzo de 2008, ciudad de Brasilia -República Federativa de Brasil.

Jurisprudencia

- CSJN. “BS, GE c/ M, HI”. Dictamen PGN. Consulta destacada. Ministerio Público de la Defensa. 4/3/2015.
- CSJN. “M., G. c. P., C. A. s/ recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.” Consulta destacada. Ministerio Público de la Defensa. Expte. M. 394. XLIV. 26/06/2012
- CSJN. “A.G., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular”. Fallo 1134. 26/10/2010.
- CSJN. “P., G. M. y P., C. L. s/ protección de personas”. P.195 XLVII. 27/11/2012.
- Superior Tribunal de Justicia de Residencia, Chaco, Sala Iª, Civil, Comercial y Laboral. “O., M. s/ protección integral”. Consulta destacada. Ministerio Público de la Defensa. 01/09/2014.
- Superior Tribunal N° 2 de San Isidro. “S.R.S c/ J. A. R. s/divorcio contradictorio”. En SAII. 02/05/2002.
- CN Apel.- Civil, Sala J, “S., C. s/ diligencias preparatorias”. Consulta destacada. Ministerio Público de la Defensa. 21/10/2015.
- CN Apel. – Civil, Sala I, “S. S. L. c/ B. S. T. s/ régimen de visitas”. Consulta destacada. Ministerio Público de la Defensa. 10/09/2015.
- Cám. Apel. Civil y Com. De Morón. Sala I, “Ministerio Pupilar c/ S. D. S. s/ privación de la patria potestad”. Causa 56681. R.Sent. 83. 14/05/2009.
- Cám. Apel. Trelew, Chubut. “Asesoría de familia e incapaces s/ medidas de protección”. Consulta destacada. Ministerio Público de la Defensa. 21/08/2015.
- Corte IDH. “Caso Furlan y familiares v. Argentina”. Serie C, N° 246. 31/08/2012.
- TEDH. “Vrtar v. Croacia”. Consulta destacada. Ministerio Público de la Defensa. 01/01/2016.
- ONU, Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12. 20/07/2009.
- CSJN. “R., M., J. s/ insania”. Fallos: 321:211. 19/02/2008
- Corte IDH. “Atala Riffo e hijas vs. Chile”. Serie C, N° 239. 24/02/2012

- Corte IDH. “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” (Caso “Niños de la calle”). Serie C, N° 32. 11/09/1997.
- Corte SJT. Sala Civil y Penal. “W.N.A. s/ Especiales (Residual). Incidente”. Sent. N° 987. 25/07/2017. Recuperado el 30/10/2017 de <https://www.justucuman.gov.ar/documents/jurisprudencia/sentencias/1503913533.pdf>
- Cám. Civil en Familia y Sucesiones de Tucumán. Sala 2. “S.G.F. vs. M.A.F. s/ Régimen de Visita”. Sentencia N° 603. 10/11/2015
- Cám. Civil en Familia y Sucesiones de Tucumán. Sala 1. “Bustamante Héctor Alfredo y otros c/ Sandra Mabel Flamenci s/ Régimen de visita (Juzgado de Flia. y Suc. de la IV° Nom.). Expte. N° 6209/03-12. Apelación. 27/07/2017