

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

El derecho del menor a ser oído en las relaciones de familia y su situación procesal

Alumna: Cintia Paola Oki Bonanno

Legajo: VABG 24347

ABOGACÍA
2018

Resumen

El rol que los menores de edad ocuparon a través del transcurso del tiempo ha ido mutando conforme la evolución de las culturas y necesidades sociales. La facultad de comunicarse siempre ha sido imprescindible e inherente para todos los seres humanos. Con la inclusión de los Derechos del Niño las facultades que los amparan también sufrieron notorios cambios. Este avance ha posibilitado extender la protección y goce de tales garantías.

Surgió como un papel determinante el principio rector del “interés superior del niño” y como corolario de ello la facultad de permitir expresar a los menores de edad sus opiniones en aquéllos asuntos en los que se encuentren vinculados sus intereses. Se hace apremiante en este contexto, evaluar si tal facultad constituye un derecho otorgado por el ordenamiento jurídico e Instrumentos internacionales, o bien, una carga procesal.

Palabras claves

Derecho a ser oído- interés superior del niño - participación procesal de los menores

Abstract

The role that minors have occupied over time has been changing according to the evolution of cultures and social needs. The ability to communicate has always been essential and inherent to all human beings. With the inclusion of the Rights of the Child, the powers that protect them also underwent noticeable changes. This progress has made it possible to extend the protection and enjoyment of such guarantees.

The guiding principle of the "best interests of the child" emerged as a determining factor and, as a corollary of this, the power to allow minors to express their opinions on those matters in which their interests are linked. It is urgent in this context to assess whether such a right constitutes a right granted by the legal system and international instruments, or a procedural burden.

Keywords

Right to be heard- best interest of the child- procedural participation of minors

Dedicatoria- Agradecimientos

ÍNDICE

Introducción.....	5
CAPÍTULO I	
LOS DERECHOS DEL NIÑO: NOCIONES GENERALES	8
Introducción.....	9
1.1. El niño como sujeto de derechos.....	9
1.2 Los derechos del niño	10
1.3 El interés superior del niño	11
1.4 Preservación de la integridad psicofísica del menor	14
Conclusiones parciales	14
CAPÍTULO II	
EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO.....	16
Introducción.....	17
2.1 La facultad del menor a ser oído: nociones	17
2.1.1 La autonomía progresiva del menor	19
2.2 Marco normativo internacional.....	20
2.3 Marco normativo nacional.....	21
2.4 Aspectos jurisprudenciales	22
2.5 El rol del juez	25
Conclusiones parciales	26
CAPÍTULO III	
LA FACULTAD DE SER OÍDO EN LOS DIVERSOS PROCESOS JUDICIALES	29
Introducción.....	30
3.1 La opinión del menor en los procesos civiles	30
3.2 La opinión del menor en el proceso penal	34
3.3 La opinión del menor en los procesos de violencia intrafamiliar	35

Conclusiones parciales	36
CAPÍTULO IV	
ASPECTOS PROCESALES DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO	38
Introducción.....	39
4.1 Procesos en los cuales el menor puede ser oído	39
4.2 Garantías procesales.....	41
4.3 Medidas administrativas de protección a los menores de edad	42
4.4 Implicancias que vislumbran la existencia de un derecho	43
4.5 Implicancias que vislumbran la existencia de una carga procesal.....	44
Conclusiones parciales	45
Conclusiones finales	47
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

Introducción

El escuchar y ser escuchado implica para el ser humano un acto de interacción social, que permite además de conocer a otras personas, encontrarse a sí mismo. El poder ser oído otorga seguridad y autoestima, sentirse valorado, útil, apreciado.

En la actualidad con el creciente avance de las tecnologías de la información y comunicación, y el surgimiento de las redes sociales se visualiza ampliamente la necesidad de comunicación existente en los seres humanos.

Alejándose de la perspectiva meramente psicológica, el Derecho debe tener presente ciertos aspectos y adecuar sus normativas a los cambios sociales. En este sentido, se concibe en la actualidad la existencia de individuos que se encuentran en una situación de cierta vulnerabilidad o desprotección en numerosas circunstancias, por lo que su derecho a expresarse constituye un aspecto fundamental que debe ser contemplado. Cabe aclarar, que esto no debe agotarse allí: el menor puede pronunciarse y esa emisión debe producir un efecto; su opinión debe ser tenida en cuenta al momento de que el magistrado elabore un pronunciamiento.

Entre los fragmentos sociales más desprotegidos se encuentran las mujeres, los homosexuales, personas con capacidades diferentes, sectores de bajos recursos pero principalmente los menores de edad. Por ello es que se convierte en sumamente apremiante contar con un sistema que los ampare, los proteja y les permita expresarse libremente, sin presiones o influencias a pesar de su edad.

En este contexto, se dispone hacer énfasis en la situación particular de los niños, entendiendo a ellos, por aquéllos sujetos que no hubieran cumplido los 18 años cuando su presencia fuera requerida en sede judicial, en cualquier circunstancia que fuere.

Diversos instrumentos internacionales han manifestado la importancia de la opinión de los menores, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité sobre los Derechos del Niño en la Observación General Nro. 12 del año 2009, entre otros. En la República Argentina, la reforma constitucional de 1994 otorga idéntica jerarquía a los Tratados Internacionales, por lo cual se manifiesta la importancia que reviste así como

su protección legal. Posteriormente, en el año 2005 se sancionó la ley 26.061 sobre “Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” donde se hace referencia a la facultad de los menores a ser oídos.

Finalmente con la reforma del Código Civil y Comercial del año 2015, se hace expreso este derecho, manifestándolo en el Libro Primero, Título I, Persona Humana, capítulo 2, Sección 2º- Artículo 26, que enuncia: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales...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...”. En este aspecto y en numerosos artículos¹, el ordenamiento de fondo hace mención de esta facultad, teniendo todas ellas en común, que la opinión del menor será tomada en cuenta principalmente, en aquéllos procesos en los que podría verse involucrado o estar en juego sus intereses.

El presente trabajo planteará como puntual problemática de investigación establecer si el derecho del menor a ser oído contemplado en la actualidad por el ordenamiento nacional e internacional a través de diversos instrumentos, configura un derecho o una carga procesal.

El objetivo principal se centrará en indagar cuáles son las condiciones, caracteres, modalidades y oportunidades del derecho del menor a ser oído en el proceso jurisdiccional familiar, evaluando si esto constituye un derecho o carga procesal. En particular, se evaluarán los diversos procesos judiciales y administrativos en los cuáles se requiere que el menor sea oído, se evaluarán las posiciones doctrinarias al respecto, así como los fallos jurisprudenciales en la materia. Se analizará el principio rector de respeto del interés superior del niño, entre otros aspectos.

En cuanto a la metodología se utilizará el método cualitativo y descriptivo, exponiendo en qué consiste el derecho del menor a ser oído en las relaciones de familia, profundizando sobre los aspectos procesales de evaluación sobre si esto constituye una

¹ Algunos otros ejemplos: artículo 595, 617 y 635 en lo relativo a la adopción; arts. 639, 646 y 653 relativos a la responsabilidad parental; art. 707 normas procesales en los procesos de familia.

facultad o una carga procesal. Se utilizarán al efecto, fuentes de carácter primario y secundario, tales como Códigos de fondo, las estipulaciones en la Carta Magna, Tratados e Instrumentos internacionales, así como opiniones doctrinarias y jurisprudenciales referentes a la temática a analizar.

El trabajo estará estructurado en cuatro capítulos: en el capítulo uno se detallarán los antecedentes existentes sobre los Derechos del Niño, evaluando los aspectos principales, orígenes y disposiciones normativas.

Por su parte, el capítulo dos, hará referencia puntual a la facultad del menor a ser oído, examinando los aspectos doctrinarios al respecto, su previsión en los Instrumentos internacionales, así como su recepción la Carta Magna, así como en el Código Civil y Comercial de la Nación luego de la reforma del año 2015. Se pondrán de manifiesto los fallos alusivos a la temática, así como se tendrá en cuenta el criterio preponderante que deben poseer los magistrados en dichos actos procesales.

En el capítulo tres, se evaluarán aquéllos aspectos legislativos en el orden Civil y Penal en torno a la ponderación del testimonio del menor, su contemplación expresa en el ordenamiento y las facultades que le asisten.

El capítulo cuatro hará estudio de aquéllos aspectos procedimentales de dicha facultad, evaluando si este aspecto constituye un derecho o una carga procesal. Se referenciarán nuevamente en este sentido, los fallos jurisprudenciales existentes, para lograr una solución completa y clara respecto a la hipótesis planteada.

Finalmente, se elaborarán las conclusiones finales respectivas, que indicarán si la facultad que el ordenamiento ha otorgado al menor a ser oído constituye un derecho o una carga procesal.

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS DEL NIÑO: NOCIONES GENERALES

Introducción

En el presente capítulo se abordarán de modo introductorio las facultades que les asisten a los menores a nivel general. Se observará que dichas garantías son postuladas por organismos de carácter internacional de los cuales se ha hecho la República Argentina.

Seguidamente se tratará lo atinente al principio rector en materia de menores: el “interés superior del niño”, regla que debe tenerse presente en todo acto o proceso que los involucre, todo ello en lugar de preservar su bienestar e integridad psicofísica.

Si bien el presente no constituye un capítulo donde se plante la temática puntual de la presente investigación, se debe tener en cuenta como punto de partida para poder comprender la facultad que les asiste a los menores de ser oídos y escuchados ante cualquier circunstancia en las que se encuentren en discusión repercusiones que pudieren alcanzarles.

1.1. El niño como sujeto de derechos

Desde hace varias décadas la concepción que se tiene sobre los menores de edad ha mutado de forma considerable. En un inicio y en general fomentado por las necesidades sociales y culturales de la época los niños eran explotados desde temprana edad. A las niñas se las ocupaba en la asistencia de las tareas hogareñas y cuidado de los hermanos menores, y a los infantes en trabajos de mano de obra y quehaceres del campo. Además de la gravedad que este hecho ya representaba, se adicionaba la falta de retribución justa por estas labores.

En consecuencia de estas situaciones, los infantes no vivían sus etapas como niños, llevando una vida con responsabilidades de adultos, en donde la mortalidad infantil y la falta de asistencia sanitaria eran moneda corriente. Evaluando estos parámetros, se reflexiona que en dichos tiempos, ser un niño consistía en convertirse en blanco de intercambios, compra y venta, trabajo forzoso y torturas.

Con el paso de los años, comenzó a hacerse evidente la necesidad de que las naciones se hicieran eco de esta grave problemática y adecuaran sus respectivos ordenamientos al efecto. Así entonces, fueron surgiendo diversas organizaciones y organismos que marcaban cambios de paradigma: contemplar a los menores como sujetos de derechos, fomentando su inclusión en la sociedad como parte de ésta, reivindicando su escolarización y por consiguiente retrasando su ingreso al mundo laboral.

Se puede decir que el significado de manifestar que los niños son sujetos de derechos alude a que:

Tienen igualdad de condiciones que los adultos ante la ley y algunas consideraciones especiales por su condición de niño o niña. Ser sujeto de Derecho significa, por tanto, el reconocimiento de su participación como actor activo dentro del cambio de los espacios sociales donde se desarrolla: la familia, la escuela, la comunidad, entre otros (Federación Nicaragüense de ONG que Trabajan con la Niñez y Adolescencia, 2002; p.37)

En el ámbito sistemático, la Asamblea General de la Sociedad de Naciones en el año 1924 adopta por unanimidad la denominada “Declaración de los Derechos del Niño”. Más tarde, el 20 de Noviembre de 1959, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba una declaración de idéntico nombre que la anterior -“Declaración de los Derechos del Niño”-. Treinta años más tarde el mismo organismo sanciona la “Convención de los Derechos del Niño” el 20 de Noviembre de 1989, en donde 192 países se comprometen a respetar y dar a conocer los postulados en ella enunciados².

1.2 Los derechos del niño

En consecuencia de la celebración de la Convención de los Derechos del Niño del año 1989, los menores de edad comenzaron a equiparar sus facultades a las pertenecientes hasta aquél momento sólo a los adultos. Se abandona así la errónea concepción paternalista que ordenaba a los padres decidir por cada uno y todos los actos vinculantes

² Obsérvese que esta Convención Internacional sobre los Derechos del Niño posee un carácter vinculante para las naciones suscribientes, a diferencia de las anteriores Declaraciones, en las cuales si bien los países firmantes se comprometen a hacer cumplir los postulados, los mismos carecen de rigor de aplicación.

a los menores, situación que les provocaba además de una seria anulación de sus facultades, el truncamiento a la libertad y autonomía personal propia de cada individuo.

Se reconoce al niño como portador de dignidad propia, facultad perteneciente a todos los seres humanos en respeto de la igualdad, libertad y su naturaleza misma. En este orden de ideas, puede entenderse entonces, que esta dignidad podrá ser exteriorizada por el menor en todos aquéllos actos en los cuales sus decisiones y opiniones puedan repercutir en su existencia.

El reconocimiento de los derechos del niño debe posibilitarse de forma progresiva, evaluando siempre, aquéllas características particulares del sujeto. Así será de importancia la madurez psicofísica que revista para el otorgamiento y gestión de determinados actos a la vez del análisis de aquéllos actos que requieran el acompañamiento de otras personas que velen por sus derechos.

1.3 El interés superior del niño

El artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño establece la necesidad de ponderación del interés superior del niño en todas las cuestiones que alcancen a los menores de edad. En esta perspectiva, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Atala Ruffo e hijas vs. Chile” del año 2011 señala que todos los niños y niñas serán titulares de los derechos prestablecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, además de las medidas de contención que se proclaman en el artículo 19 de dicho instrumento³. Al igual que respecto a la misma sentencia se establece que “el interés superior del niño debe ser entendido como la necesidad de satisfacción de todos los derechos. Así, pensar en derecho y en jerarquías de derechos implica una limitación de cualquier valoración personal” (Hernández, 2014; p.358).

En el año 2013, el Comité de Derechos del Niño a través de la Observación General número 14 establece que el interés superior de los menores deberá ser tratado

³ Convención Americana de los Derechos Humanos- Artículo 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

como una cuestión primordial. Así también en el párrafo sexto vincula al interés superior del niño desde una triple perspectiva:

- Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
- Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
- Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otra (Comité de los Derechos del Niño, 2013, Cons. N°6).

Al respecto cabe tener presente lo manifestado por Luft (2015) quien sostiene:

El Comité de Derecho Humanos del Niño, al interpretar el art. 3° —párr. 1°— de la Convención, entendió que dicho principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. “Todos los órganos o

instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente” (Luft, 2015; pp. 3-4).

En el año 2005 se sancionó la ley 26.061 sobre “Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”⁴. Dicho texto tiene como objetivo principal:

La protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte... (Ley 26.061, Artículo 1).

Respecto al interés superior del niño brinda en el artículo 3 una definición conceptual estableciendo: “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”. Acto seguido enuncia las principales condiciones que, entre otras, deberán salvaguardarse: sus derechos, opiniones, núcleo familiar y social.

Finalmente, al respecto resta reflexionar, que el principio del interés superior del niño se instaura como una garantía integral que velará por el resguardo del menor, considerado como un ser con amplias capacidades y facultades que deberán ser respetadas.

⁴ Congreso de la Nación Argentina. (28 de Septiembre de 2005). *Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes* [Ley 26.061]. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

1.4 Preservación de la integridad psicofísica del menor

La Convención Americana de Derechos Humanos establece en el artículo 5 el Derecho a la Integridad Personal, manifestando principalmente que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” (Párrafo 1°).

En el plano nacional, la citada ley 26.061 sobre “Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, establece en el artículo 9 el resguardo por la dignidad e integridad personal de los niños, niñas y adolescentes; obligando a que éstos no sean sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; así como no ser explotados económicamente; sufrir torturas, abusos o negligencias, aprovechamiento sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Seguidamente, menciona la obligatoriedad para quien tome conocimiento de cualquier tipo de actos vejatorios contra menores, de dar aviso a las autoridades a los fines de la aplicación del texto normativo; y la constricción a que el Estado brinde programas de asistencia gratuita para quienes hayan sido víctimas que abusos o explotación.

Conclusiones parciales

Como conclusión y analizando críticamente lo hasta aquí tratado, puede señalarse el cambio social sufrido por los menores de edad desde tiempos históricos en donde sus facultades personales se encontraban completamente disminuidas. La niñez no era considerada un proceso de paso a la adultez, sino más bien, parte de ella. Numerosas eran las obligaciones que los alcanzaban en su corta existencia: sustento familiar, trabajo esclavizante hasta el hecho de ser separados de su núcleo familiar en torno a la compra y venta.

Los Estados evolucionaron de forma considerable, suscribiendo y comprometiéndose a través de numerosos instrumentos a resguardar esta etapa tan preciada de la vida. Así se reconoce en prácticamente la totalidad de ellos, la dignidad del niño como ser humano, el derecho a la salud, la educación y la preservación de su entorno.

No debe dejarse sin atención la inserción del principio general del interés superior del niño”, regla que servirá de parámetro en lo sucesivo del desarrollo del trabajo, donde se debe tener presente esta garantía fundamental en todo proceso o acto que involucre a los menores de edad.

Por último y a modo de reflexión, cabe a lugar destacar que resta mucho por hacer en materia de minoridad y respeto por las facultades establecidas, pero ello no puede transformarse en una excusa para evitar hacerse eco de las necesidades que los niños manifiestan en los tiempos actuales en materia de reconocimiento de sus derechos.

CAPÍTULO II

EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO

Introducción

En el presente capítulo se abordará en específico la facultad que les asiste a los menores de edad de ser oídos en los procesos judiciales. Se tomará como punto de partida un esbozo conceptual de las implicancias del ser oídos y escuchados.

Seguidamente se abordará el tratamiento que los diversos Instrumentos internacionales le han otorgado a la temática para luego adentrarse en la normativa nacional, principalmente en las modificaciones introducidas por la reforma al Código Civil velezano del año 2015. Este punto de inflexión, mostrará cómo la República Argentina, amén de las estipulaciones internacionales, incorpora a su ordenamiento dicha facultad, que marca una importante evolución legislativa adaptada a los tiempos y necesidades de carácter social y cultural actuales.

Se abordarán luego, los criterios sostenidos por la jurisprudencia en diversos fallos tanto de carácter nacional como provincial, que permitirán observar también el respeto por los preceptos constitucionales.

Por último, y a modo de esbozar una conclusión del capítulo, se desarrollará el criterio determinante que tienen los magistrados como oyentes de los menores, determinando las circunstancias a tener en cuenta en el cumplimiento de dicho acto procesal.

2.1 La facultad del menor a ser oído: nociones

El hecho de ser oídos representa para las personas un aspecto que fomenta el fortalecimiento de la seguridad y autoestima personal. Desde una perspectiva psicológica, los especialistas durante décadas han intentado demostrar la validez que tiene el poder de ser escuchados. Así, las expertas en *coaching* y motivación emocional Verónica de Andrés y Florencia de Andrés, explican que:

A diferencia de oír, que es un acto biológico, escuchar es un acto interpretativo...La escucha requiere de una intención auténtica para generar confianza. Escuchar a otros no es simplemente permanecer en silencio, sino

poder volver sobre lo que otra persona dijo, y tomar acciones que reflejen que hemos escuchado de verdad. Esto construye la confianza. Cuando, por el contrario, percibimos que alguien pareciera estar escuchándonos pero no lo está, la confianza cae (Andrés y Andrés, 2012; p. 209 y ss.).

Apartándose de la perspectiva del impacto en la psicología, en el Derecho español se considera que:

Ser “oído”, implica fundamentalmente un trámite del que no se sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída. Sin embargo, el concepto de “escucha” es más exigente. Ya que además de atender a lo oído, ha de razonarse sobre la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño (Zorrilla, 2016; p.p. 132-133).

Ekmekdjian tomándolo desde una perspectiva constitucional lo define como:

La facultad que tiene todo imputado y, dicho más ampliamente, todo justificable a ser escuchado por el órgano competente; que en principio es la autoridad judicial pero que, excepcionalmente, puede serlo la policía durante la faz de prevención. El derecho a ser oído se relaciona íntimamente con el derecho de defensa (Ekmekdjian, 1994; p.134).

Otra enunciación más acorde a la investigación en particular es la brindada por Edwards cuando establece:

El derecho del niño a ser oído contempla la oportunidad de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Este elemento es angular para el debido proceso del niño, a fin de que sea leído como una instancia de diálogo, en la que la voz del niño sea tenida en cuenta, de modo de considerar que lo que él o ella consideren respecto al problema de que está involucrado (Edwards, 1996; p. 162).

Así entonces de lo inferido, es posible evaluar que la facultad de que los menores sean oídos ha posibilitado su acceso a los derechos que los amparan, así como que sus

opiniones tengan valor en las decisiones en las que se encuentren alcanzados o discutidos sus intereses. Esta afirmación se observará además en los puntos siguientes del presente trabajo, donde los instrumentos de carácter internacional como los nacionales han receptado tal posibilidad.

2.1.1 La autonomía progresiva del menor

En razón y concordancia de lo hasta aquí mencionado, se debe evaluar la denominada “autonomía progresiva” del menor entendida conforme Vargas y Correa como:

La capacidad y facultad de niños para ejercer con grados crecientes de independencia sus derechos frente al derecho-deber de los padres o adultos responsables de dirección y orientación para el ejercicio de dichos derechos. Implica reconocer a los niños la facultad de decidir cuándo y cómo quieren ejercer un determinado derecho, como asimismo la posibilidad de que en un momento determinado decidan no ejercerlo (Vargas y Correa, 2011; p.6).

En esta perspectiva, se vislumbra y surge como corolario un deber del Estado tendiente a procurar y resguardar el ejercicio de tales facultades enunciadas –como se examinará oportunamente- en diversos Instrumentos internacionales tales como la Convención de los Derechos del Niño.

Con la autonomía progresiva se otorga la correspondencia acerca de la titularidad de la facultad conferida al menor sobre sus derechos sin que ello implique que terceros no puedan intervenir con el objetivo de promover el respeto de su integridad y salvaguarda, ordenando a su vez el ejercicio autónomo de tales facultades.

En otros términos, y analizando lo expuesto, se dota al menor de la capacidad de tomar participación en aquellas instancias judiciales o administrativas que pudieran alcanzar sus intereses siempre y cuando se evalúe que el mismo se encuentra capacitado

para enfrentar tal situación.

Si bien se pueden imponer ciertas restricciones en efecto de salvaguardar la integridad de la menor perseguida éstas pueden convertirse en limitaciones que en definitiva terminen vedando su derecho a ser oído. Se hace pertinente entonces, indagar y explorar sobre otras posibilidades comunicativas que permitan conocer su expresión. Esto se logra, adaptando los métodos comunicativos a su edad y madurez. Se trata entonces, de darle prioridad al acto comunicacional en orden a la autonomía que el menor posee ante cualquier acto restrictivo de su expresión.

2.2 Marco normativo internacional

La facultad de los menores a ser oídos fue contemplada inicialmente en el año 1989 en la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se establecieron principalmente cuatro aspectos fundamentales entre ellos la participación: “los menores de edad tienen derecho a ser consultados sobre las situaciones que les afecten y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta”.

En este sentido, la Convención se manifestó al respecto de forma expresa:

1. Los Estados partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional (Convención de los Derechos del Niño, 1989).

Así entonces, se observa un cambio de paradigma respecto a la visión que se tenía de los menores: si bien se reconoce que no ha alcanzado la madurez suficiente como un

adulto, se reconoce que sus expresiones deben ser tenidas en cuenta en los asuntos en los que pueda verse afectado.

Así, Zorrilla (2016) sostiene que la edad cronológica no implica que exista un grado de madurez en el niño, por lo que se debe estar ante sus circunstancias psicofísicas al momento de ser oído. El ordenamiento argentino, sólo hace la referencia a la “edad y madurez suficientes” sin brindar algún tipo de especificaciones al respecto, por lo que se entiende que se seguirá el criterio de evaluación del menor antes mencionado.

En igual sentido, en el año 2009 el Comité sobre los Derechos del Niño reafirma lo estipulado en la Convención y establece mediante la Observación General Nro. 12 diversos ítems alusivos al derecho del niño a ser escuchado.

2.3 Marco normativo nacional

En concordancia a lo establecido *supra*, la Constitución Nacional de 1994, reafirma lo establecido con la incorporación de los Tratados Internacionales con idéntica jerarquía.

Seguidamente, en el año 2005, se sancionó la ley 26.061 sobre “Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, donde particularmente los artículos 2, 3 y 24 hacen especial referencia a la facultad de los menores a ser oídos, a la vez de reforzar lo establecido por la Carta Magna y Tratados Internacionales al respecto. Establece que el derecho a ser oído tendrá carácter público, irrenunciable, interdependiente, indivisible e intransigible⁵; define el concepto de lo que se entiende por “interés superior del niño”⁶, y finalmente establece una mención puntual a lo que se debe

⁵ Congreso de la Nación Argentina. (28 de Septiembre de 2005). Artículo 2 [Capítulo I]. *Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes* [Ley 26.061]. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

⁶ Congreso de la Nación Argentina. (28 de Septiembre de 2005). Artículo 3 [Capítulo I]. *Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes* [Ley 26.061]. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

entender por el “derecho a opinar y a ser oído”. Finalmente en el artículo 27 la normativa contempla la facultad de participación en el proceso, siempre que exista algún interés o decisión que pueda afectarle, pudiendo éste estar representado y acompañado por un abogado, preferentemente especialista en cuestiones de niñez y adolescencia.

Por otra parte, y en correspondencia con lo hasta aquí mencionado, con la reforma y posterior entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se hace expreso este derecho, manifestándolo en el Libro Primero, Título I, Persona Humana, capítulo 2, Sección 2º- Artículo 26, que enuncia: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales...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...”. En este aspecto y en numerosos artículos^{7 8}, el ordenamiento de fondo hace mención de esta facultad, teniendo todas ellas en común, que la opinión del menor será tomada en cuenta principalmente, en aquéllos procesos en los que podría verse involucrado o estar en juego sus intereses.

Así, se vislumbra entonces, tal y como menciona De la Iglesia Monje (2014), que:

Consecuencia de las nuevas necesidades y demandas sociales nacen nuevos derechos entorno a los menores, ante el reto planteado por las nuevas amenazas a su dignidad y libertad. Las nuevas realidades familiares originan nuevos problemas jurídicos que afectan a los menores, y así surgen derechos renovados en este ámbito, fruto de la nueva dinámica familiar (De la Iglesia Monje, 2014. p. 1-2).

2.4 Aspectos jurisprudenciales

En cuanto a la jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en el año 2012 en el fallo “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, estableciendo

⁷ No es la intención del presente trabajo realizar una extensa transcripción del articulado del cuerpo normativo.

⁸ Algunos otros ejemplos: artículo 595, 617 y 635 en lo relativo a la adopción; arts. 639, 646 y 653 relativos a la responsabilidad parental; art. 707 normas procesales en los procesos de familia.

que se debe respetar lo pronunciado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Observación General Nro. 12 expedida por el Comité sobre los Derechos del Niño respecto al derecho de los niños a ser escuchados y que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que “el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño”⁹.

En el análisis esta consideración se observa a lo largo del desarrollo jurisprudencial. Este hecho muestra la apertura prevista para hacer lugar a las circunstancias que alcanzan los intereses y facultades de los menores.

Siguiendo estos parámetros, numerosos fallos hacen referencia a la importancia de la temática en análisis. A modo ejemplificativo se citan los autos “S G M c/ B T G M s/ Medidas precautorias”¹⁰ donde inicialmente se había planteado una medida de restricción que impedía el régimen de comunicación parental y contacto de los menores con su progenitora. En el proceso, los menores ponen de manifiesto la voluntad de mantener el vínculo con su progenitora, por lo que el tribunal manifiesta que “...en atención a la edad de los menores, adquiere significativa relevancia su opinión cuando se encuentran en condiciones de expresarlo libremente, así en el caso concreto han expresado el deseo de ver y tener contacto con la madre”. Así entonces, se les permite el restablecimiento de la comunicación con su progenitora no conviviente, aclarando que es el deber de los progenitores “respetar el derecho de ser oídos y participar en las decisiones sobre sus derechos personalísimos, y facilitar el derecho de los hijos a mantener relaciones personales con su familia y personas con las cuales tengan vínculo afectivo de sus hijos (arts. 646, 653 y 656 del CCyC).”

Si se examina lo dictaminado, del fallo emerge el criterio tenido en cuenta por el justiciable que si bien no cuenta con un procedimiento o mecanismo establecido acerca

⁹ Fallos 328:2870; 331:2047

¹⁰ Cám. Civ. Bs. As- Sala M- “S G M c/ B T G M s/ Medidas precautorias”- 14/07/2016

de cómo llevar a cabo el acto de oír al menor, instrumenta en razón de la intermediación el mecanismo oportuno que acerca a los mismos a exponer su testimonio y voluntad para luego tomar una decisión al respecto.

En otro fallo dictaminado por el Superior Tribunal de Corrientes¹¹, se interpuso un Recurso de Casación contra una sentencia que había impedido al menor “H.H” a designar un letrado denominado en este caso “abogado del niño” particular, privado y propio en la causa donde el menor expresaba su rechazo a realizarse una muestra de ADN frente a una acción de impugnación de la paternidad. En sentido de la temática en análisis, el tribunal manifiesta que “La ley nacional de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (N° 26.061) consagra en el artículo 27 inciso “c” el derecho del niño a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya”. Así también la Constitución provincial establecía concordancia con lo preceptuado por la Carta Magna e instrumentos internacionales, por lo que textualmente sostienen “En el orden provincial el abogado del niño siguiendo la línea de la Convención de los Derechos del Niño en su art. 41 la Constitución provincial, consigna que “el Estado asegura a los niños, niñas y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, los siguientes derechos y garantías: a ser oídos por la autoridad competente, a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte y a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya.”

Así entonces, no puede atentarse por una decisión netamente del magistrado, vedar la facultad del menor de expresarse y clamar para que sea oída su voluntad, más teniendo presente un acto tan personalísimo como es decidir acerca de su identidad.

En contraposición a lo anterior, recientemente, en Abril de 2018, se dio lugar a la primera querrela constituida por un menor de edad -17 años- en la provincia de Córdoba

¹¹ STJ de Corrientes- “Recurso de casación contra Resolución n° 492 de fecha 12/05/2015 interpuesto por la Dra. Marta Susana Marcore” 26/09/2016

bajo la representación del “abogado del niño”. Se destaca tal y como expone la abogada de la actora Vanina Lamberti que: “Lo importante aquí es el precedente que se fija para que se pueda tomar dimensión de lo que implica para una joven poder ser parte de un proceso”¹². No es el objeto del presente trabajo hacer hincapié en tal figura en particular, pero se hace menester exponer en el análisis la “apertura judicial” imperante frente a la situación del menor, que ya no sólo es tenido en cuenta al momento de ser oído sino que además se le permite el acceso judicial como particular interesado en hacer respetar sus facultades.

2.5 El rol del juez

Como punto culminante del capítulo, se debe evaluar si se quiere a modo de conclusión parcial, el cambio de paradigma que ha experimentado la opinión del menor y la incidencia que ésta tiene en diversos aspectos de la vida jurídica. En este contexto el criterio sobre el “interés superior del niño”, así como sus necesidades han evolucionado, variando su forma de interpretación y aplicación para adaptarse a las nuevas realidades y cambios sociales.

Así, los magistrados no se encuentran ajenos ya que revestirán un carácter trascendental que impactará de forma directa en lo que sea la vida a futuro del menor. Al efecto, el juez debe escucharlo de forma personal o bien a través de un profesional o equipo interdisciplinario que se encuentre capacitado para tales fines. En este sentido, la Corte de la Provincia de Buenos Aires ha manifestado en el fallo “S. de R., S. R. c/ R., J. A.”¹³:

Atento la trascendencia que a la decisión sobre el destino del menor se otorga, se exige que quien vaya a resolver sobre él lo conozca; no importa cuáles fueran las circunstancias que demandaran la intervención judicial, ni importa tampoco la

¹² Comercio y Justicia. (2018). Comienza el primer juicio con la figura del abogado del niño. [online] Disponible en: http://comercioyjusticia.info/blog/justicia/comienza-el-primer-juicio-con-la-figura-del-abogado-del-nino/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=comienza-el-primer-juicio-con-la-figura-del-abogado-del-nino [Acceso 11 Abr. 2018].

¹³ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (02/05/2002). “S. de R., S. R. c/ R., J. A.”. Disponible en: <http://www.villaverde.com.ar/es/investigacion/materiales-sobre-el-denominado-r-gimen-de-visitas/>

edad: la ley no distingue. Sea cual fuere su edad, será indispensable verlo porque ese constituye el verdadero y único modo de saber de él, más allá de certificados, informes y constancias foliadas: para ser protegido el niño necesita la mirada de su juez...La representación que el Asesor de Incapaces ejerce, como parte esencial en este procedimiento..., no supe ni, por ende, subsana la omisión del contacto personal.

Si se analiza críticamente lo sentado en el fallo citado se infiere de que para que pueda alcanzarse una real y efectiva salvaguarda de las facultades del menor es de vital trascendencia que el juez tome en cuenta su opinión.

Asimismo, el acto de que los magistrados oigan al menor no finalizará allí, sino que además de comunicarle y mantenerlo al tanto sobre los sucesos, tomándolo así como una parte interviniente en el proceso, donde su declaración deberá ser tomada en cuenta, a la vez de permitirle manifestar su disconformidad en torno a las decisiones que eventualmente se establezcan.

Finalmente, debe reafirmarse la posición establecida por Couso (2006) quien expresa:

El derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea debidamente considerada en el proceso de familia constituye un mandato normativo de la más alta jerarquía, que obliga a los jueces de familia a recoger sus deseos y sentimientos en una amplia gama de materias (Couso, 2006; p. p.4-5)

Así entonces, los magistrados y órganos del Estado se verán en el deber de implementar los organismos pertinentes para dar cumplimiento a tal compromiso asumido a través de la ratificación de los instrumentos detallados *supra*.

Conclusiones parciales

La evolución normativa se ha dispuesto en base al cambio de paradigma socio cultural existente. Los niños, niñas y adolescentes dejaron de ser sujetos carentes de derechos para tomar protagonismo y formar parte de las agendas de los Estados que, preocupados por velar por sus intereses sancionaron, declararon y ratificaron numerosos

textos que invitan a ponderar, valorar y velar por las facultades de quienes son más indefensos.

Este avance manifiesta la existencia de la inclusión de nuevos parámetros de garantía como es el interés superior del niño, que se constituye como el principio rector y norte en todos aquéllos hechos o procesos en los que los menores se vean involucrados o alcanzados.

Igualmente, y en respeto a la autonomía, se observa la existencia de ciertas limitaciones impuestas –de forma tácita- respecto al ejercicio mismo de la expresión del menor en el ámbito judicial. En esta perspectiva se hace menester trabajar a los fines de que se tenga en ponderación lo que el menor tiene para expresar.

En este contexto, el valor de la opinión de los niños toma otro sentido. La jurisprudencia así lo demuestra: numerosos fallos nacionales e internacionales observan que el testimonio del menor en el proceso conecta a las partes con la realidad misma de los hechos. El juez –con un rol fundamental de oyente-, puede a través de la intermediación conocer de primera fuente los hechos, y en base a ello salvaguardar la integridad y dignidad que pueden haberse visto vulneradas.

Si se analiza las estipulaciones de los Instrumentos internacionales, es dable verificar que el derecho del menor a ser oído significa que los Estados tienen el deber de garantizar que estos sean preservados, a la vez de implementar todos los mecanismos posibles para que tales facultades puedan ser ejercidas de forma efectiva. Es aquí donde la práctica demuestra ciertas deficiencias al imponer ciertas limitaciones en razón de edad o grado de madurez del menor.

La reforma del Código Civil –actual Código Civil y Comercial- muestra el compromiso de la Nación Argentina al incluir la facultad del menor de dar su testimonio en el proceso y ser oído por ello, en respeto además a la adhesión realizada a Convenios e Instrumentos. Es el deber entonces de esta República respetar y hacer respetar los preceptos ratificados.

El desafío está planteado: respetar los preceptos contenidos en los Instrumentos y ordenamiento legal, permitiendo un real y efectivo ejercicio del menor a ser oído a través de organismos del Estado –en este caso representados en el Poder Judicial. En definitiva, “completar” el mandato que indica “qué” es lo que se debe salvaguardar pero no “cómo” llevarlo a cabo en la práctica.

CAPÍTULO III

LA FACULTAD DE SER OÍDO EN LOS DIVERSOS PROCESOS JUDICIALES

Introducción

En el presente capítulo se abordarán aspectos referentes al papel que toma el menor al ser oído en los diversos procesos judiciales.

Se expondrán las previsiones contenidas en el Código Civil y Comercial vigente en la actualidad que contiene la previsión manifiesta acerca de esta facultad. En este ámbito será prudente examinar los sucesos que se derivan de los procesos de familia y adopción en los cuales el niño puede hacer expresa su voluntad.

Asimismo, se tratará brevemente lo atiente al proceso penal que será elaborado nuevamente en el próximo capítulo.

3.1 La opinión del menor en los procesos civiles

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial a través de la ley 26.994, efectivo desde el 1° de agosto del 2015, el derecho del menor a ser oído en los procesos judiciales se consagra a lo largo de numerosos artículos. Así el artículo 26 que trata de la “persona humana” enuncia que 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”. Esto demuestra un reconocimiento expreso que inclusive va más allá de las previsiones establecidas en el artículo 12 de la CDN ya que el ordenamiento civil de fondo, contempla numerosos aspectos no enumerados de forma expresa en ella.

Otras disposiciones que pueden hallarse son:

- Apellido: en las disposiciones relativas al nombre el artículo 66 expresa: para casos especiales de que una persona carezca de apellido inscripto, si cuenta con edad y grado de madurez puede solicitar la inscripción del apellido que está usando;
- Tutela: el artículo 113 expresa “para el discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe oír previamente al niño, niña o adolescente, tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez y decidir atendiendo primordialmente a su interés superior”.

- Matrimonio: en caso de que el matrimonio fuera celebrado mediando el impedimento de falta de edad legal para contraerlo de alguno o ambos cónyuges (que consiste en tener menos de dieciocho años conforme el art. 403, inc. f), la nulidad relativa del acto matrimonial puede ser demandada por el cónyuge que padece el impedimento (persona menor de dieciocho años) y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio, debiendo en este último caso el juez oír al adolescente y, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, hacer lugar o no al pedido de nulidad (art. 425, inc. a).
- Técnicas de reproducción humana asistida: en el artículo 564 inciso “a” se establece la facultad para todas las personas con edad y madurez suficiente y que nacieron con material genético de un tercero a acceder a información no identificatoria sobre el donante.
- Adopción: se mencionó en el abordaje previo que existen numerosas disposiciones en este aspecto. Así el artículo 595 que enuncia las condiciones generales sobre el instituto de la adopción expresa “el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años”.

Luego, en el artículo 598 se contempla la situación en la cual si el adoptante posee descendientes, éstos deben ser oídos por el juez y su opinión debe ser valorada de conformidad con su edad y grado de madurez.

En tercer orden, el artículo 617 delimita las pautas mínimas que se deben aplicar a todo procedimiento de adopción, para lo cual se asientan tres preceptos relacionados al menor y su rol activo en el proceso:

- a) que el pretense adoptado es parte del proceso y, si tiene edad y grado

- de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada (inc. a);
- b) el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez (inc. b);
- c) que el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso (inc. d).

En último lugar, se establece que adolece de nulidad relativa la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas al derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, cuya legitimación activa se halla en cabeza exclusiva del adoptado (artículo 635, inc. c).

- Responsabilidad parental: entre los principios generales por los que se rige la responsabilidad parental contenidos en el artículo 639 se encuentra el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (inc. c).

Al regularse sobre la figura de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, se estipula en el artículo 643 que “el acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo”.

El artículo 646 inc.c, consagra como obligación de los progenitores, respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos

El artículo 653, inc. c) incluye como una de las ponderaciones que tiene que realizar el juez para la asignación a un progenitor del cuidado personal del hijo, la necesidad de tener en cuenta “la opinión del hijo”; y el artículo 655, último párrafo, referido al plan de parentalidad, estatuye que “los progenitores deben procurar la participación del hijo”.

- Procesos de familia: en este ámbito el ordenamiento establece parámetros sustanciales de alcance general referidos al rol activo del menor y el resguardo de la facultad de ser oído en cualquier tipo de proceso en el cual se viere involucrado su interés particular. Así el artículo 707 expone: los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso” (art. 707).

De la lectura precedente el ordenamiento civil es el cual posee disposiciones más amplias y expresas en otras materias, ello dada la modernidad de su vigencia adaptada a pautas socioculturales actuales. Se observa en el análisis que los magistrados revestirán un papel fundamental que requerirá de particular atención y observación de los planteos y condiciones del menor.

En los procesos de familia se destacan aspectos dirimientes derivados de los testimonios de los niños respecto a sus progenitores y entorno en general. El proceso, será el canal y vía de comunicación de la cual dispondrá el menor para encaminar su futuro hasta el alcance de su mayoría de edad.

También el justiciante deberá apreciar aquéllas circunstancias en las que no exista un entorno propicio para el menor en lo que a su núcleo familiar e íntimo respecta, decidiendo siempre en preservación de su interés superior, acerca de la pertinencia para su apartamiento o continuación en tal entorno. Es prudente en este aspecto recordar lo resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través del Informe sobre el Derecho del Niño y la Niña a la Familia del año 2013, donde se expresa que en las medidas que implican la separación de la familia, se aplican los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad en relación a la eventual separación de un niño de su familia por motivos de protección, establecidos en particular por la Convención sobre los Derechos del Niño. Así siempre ante la duda se prefiere la continuidad con su entorno familiar.

Por otra parte, se debe tener presente lo respectivo a la figura de impedimento de contacto –sancionado por la ley penal argentina 24.270- en lo respectivo a la influencia

que uno de los progenitores puede ejercer sobre el menor, en perjuicio del otro. Esta conducta conocida como Síndrome de Alienación Parental¹⁴, debe ser percibida e impedida por el magistrado. Oyendo en detalle al menor, podrá dilucidar la existencia de dominio de un progenitor en contra del otro progenitor no conviviente.

3.2 La opinión del menor en el proceso penal

Existen alrededor del testimonio de los menores ciertos prejuicios determinados por parámetros socioculturales preexistentes. El Dr. Vitales los resume en seis categorías:

- “La memoria de los niños y niñas no es fiable.
- Los niños y niñas son egocéntricos;
- Los niños y niñas son altamente sugestionables;
- Los niños y niñas tienen dificultad para distinguir entre realidad y fantasía;
- Los niños y niñas hacen alegaciones falsas, particularmente acerca de agresiones sexuales;
- Los niños y niñas no comprenden el deber de decir la verdad ante los funcionarios y magistrados.” (Vitales, 2010).

Si se realiza un análisis crítico de las afirmaciones expuestas, en primer orden es dable manifestar que la memoria emocional del menor dependerá del grado de madurez que presente así como de la intensidad de las vivencias que detalla. Es anticipado juzgar sin ponderar cada caso en particular. Lo mismo sucede con la segunda y tercera expresión, donde se puede establecer que tanto el carácter egocéntrico como la capacidad de sugestionarse de un individuo es ajeno a su edad, sino más bien asimilable a su condición.

En cuanto a la aseveración de que los menores tienden a confundir la realidad con la ficción debe hacerse un punto especial en que “confundir” no es lo mismo que “inventar”. El niño sólo relatará los hechos percibidos y será el esfuerzo del magistrado oyente el que deberá ponderar los hechos junto a los facultativos intervinientes para lograr

¹⁴ “Síndrome de Alienación Parental” –S.A.P.-, que fue conceptualizado por Gardner en el año 1992, definiéndolo como: “El proceso que consiste en programar a un hijo para que rechace u odie a uno de los padres luego de una separación de pareja o matrimonial sin un fundamento real diagnóstico compatible con el síndrome de Estocolmo y con los rehenes o los sistemas de sectas” (Von Boch-Galhau, 2002).

la verdad real. Idéntica situación sucede con los relatos falsos.

En el caso del testimonio de los adolescentes en el proceso penal, deberá ser oído por el magistrado con particular atención, evitando hacer juicios de valor, procurando salvaguardar y restablecer su reinserción social a la vez de que comprenda la criminalidad de su actuar.

El Comité de los Derechos del Niño, a través de la Observación General 12, señala que el artículo 12 de la Convención implica que todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes tiene el derecho de ser escuchado. Ese derecho debe respetarse plenamente en todas las etapas del proceso judicial, desde que el niño tiene derecho a guardar silencio, hasta el derecho a ser escuchado por la policía, el fiscal y el juez instructor. También es aplicable en las etapas de sentencia y resolución, así como en la aplicación de las medidas impuestas.

Asimismo y como se examinará luego, el Código Procesal Penal argentino impone la obligación de que el menor sospechado de la comisión de un ilícito preste declaración, lo que lo aleja de ser un derecho imponiéndolo como una carga procesal.

3.3 La opinión del menor en los procesos de violencia intrafamiliar

La Observación General 8 del año 2006 y la Observación General 127, expresan que el menor de edad que haya sido víctima o testigo de debe tener la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a expresar libremente sus opiniones de conformidad con la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (Observación General 12, párr. 62). Además deberán instrumentarse los mecanismos pertinentes para que se consulte a los niños víctimas y/o testigos de delitos sobre los asuntos pertinentes respecto de su participación en el caso que se examine y para que puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso judicial (Observación General 12, párr. 63)

Conclusiones parciales

El Derecho argentino muestra en materia Civil gran evolución respecto a la inclusión de forma expresa de la facultad de oír a los menores de edad cuando éstos así lo consideren oportuno.

Los menores de edad, por el mismo hecho de ser sujetos de derecho poseen facultades plenas inherentes a todos los individuos. El particular factor de la edad hace al ejercicio de dichas prerrogativas y el grado de madurez alcanzado.

El derecho a ser oído en el proceso emerge como una garantía procesal que la niña, niño y adolescente poseen en todo mecanismo donde se procure la justicia ya sea que formen parte de él –por criterio del magistrado- o bien, se encuentren alcanzados. En esta esfera, el justiciante tiene un rol fundamental al deber garantizar las providencias necesarias para que su testimonio no se encuentre viciado de factores externos o inducidos.

Ahora bien, si se analiza las diversas instancias o materias sobre las cuales el menor debe tener acceso a expresar su opinión y voluntad, se observa que aún existen ciertas restricciones a otorgarle este acceso. Esta veda, genera que se limiten sus derechos y consecuentemente su derecho de defensa.

En los procesos penales, y con el reciente dictamen de Abril de 2018 mencionado en el capítulo precedente, se observa la gran importancia que radica en el hecho de permitir que el menor pueda no sólo ser oído, sino además constituirse como principal querellante. Nadie mejor que él, en primera persona puede detallar lo vivido, expresar sus emociones más íntimas a la vez de clamar por sus derechos.

Cabe a lugar reflexionar sobre lo manifestado por Kemelmajer de Carlucci al sostener, en otras palabras, que si el menor se constituye como sujeto de derecho y no como objeto del mismo deberá ser la justicia misma la encargada de acercar a través de sus organismos, lo que prometen y estipulan las normas constitucionales, ya que las decisiones judiciales cumplen una función “docente” el emitir y transmitir un mensaje a la sociedad.

En similar sentido, en los casos de violencia intrafamiliar se hace menester la implementación de medidas atinentes a dar cumplimiento a lo estipulado en los

Instrumentos mencionados, otorgándole la posibilidad al menor de denunciar y exponer acerca de los hechos que hayan significado un detrimento de sus facultades. Así también se debe colaborar a procurar generaciones futuras que logren la autonomía personal y grado de madurez suficientes. Otorgarle el acceso a la justicia al menor, implica ya mucho más que un acto procesal: se traduce en denotar que su opinión es importante, que se quiere saber lo que tiene para decir, que el Estado velará y pondrá en ejercicio aquellos mecanismos oportunos para dar respeto a sus derechos.

Asimismo el rol en la información disponible es esencial, ya que establecer un ámbito de contención donde el menor se sienta acompañado y al corriente del procedimiento ayuda además de velar por sus derechos, a comprender el poder y su rol determinante en el proceso.

CAPÍTULO IV

ASPECTOS PROCESALES DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO

Introducción

En el presente capítulo se tratarán aquéllos procesos en los cuales es pertinente que el menor sea oído, ello asimismo en concordancia con lo establecido en el capítulo anterior.

Se evaluarán en igual sentido, las garantías procesales que les asisten así como aquellas medidas administrativas que los organismos del Estado deben ofrecer en vista a la salvaguarda y respeto del interés superior del menor.

Finalmente se tratará el tema planteado como pregunta y problemática de investigación: determinar si el hecho de que el menor pueda ser oído en un proceso judicial constituye un derecho o bien una carga/ obligación que debe cumplir.

4.1 Procesos en los cuales el menor puede ser oído

En este punto se debe hacer particular énfasis en lo tratado hasta el momento respecto al interés superior del niño y el respeto por su integridad psicofísica en cualquier tipo de situación, en este caso jurídica, en la cual se vea implicado. Es de relevancia evaluar el ámbito jurídico y la implicancia por la cual se ve alcanzado el menor en el proceso. Así, será pertinente su actuación en aquéllos en los cuales sus intereses estén en juego y el decisorio pueda afectarlo en forma directa, por ejemplo, aquéllos vinculados a cuestiones de familia: régimen de comunicación parental; los que puedan tener alcance en el bienestar de su salud e integridad psicofísica, entre otros.

En cambio, debe considerarse que permitir su intervención en procesos en los cuáles se encuentren involucrados de forma directa sus familiares o afectos como ser por ejemplo un desalojo, procesos dirigidos contra sus progenitores; pueden repercutir directamente en la psiquis del menor, generando daños mayores a los que se pretende evitar a la vez de vulnerar sus facultades preestablecidas por el ordenamiento.

Será un papel determinante el de los organismos del Estado que tienen a su cargo el resguardo del menor, para evitar su inclusión en procesos que puedan ocasionar cualquier tipo de daño a su bienestar.

Otro aspecto a considerar es lo estipulado en la ley 26.061 que establece enfáticamente en el artículo 2, *in fine*, que los derechos y garantías de los niños consagrados en esa normativa son de “orden público”, “irrenunciables” e “intransigibles”. Por lo que cabe preguntarse: ¿Qué sucede cuando el menor tiene la voluntad y capacidad como para querer participar del proceso? ¿Es lo mismo que sea parte a que sea oído en él? Frente a estos interrogantes la práctica manifiesta que los magistrados son propensos a realizar la audición del menor pero no a permitir su participación, lo cual en el análisis es acertado ya que involucrarlo en la contienda puede vulnerar en forma directa su integridad. Sabido es, que un proceso judicial posee aspectos desgastantes, poco propicios y adecuados para contener al menor en el desarrollo del mismo.

En este contexto es dable tener presente la opinión de Mizhari que expresa:

La ley ritual debería fulminar con la nulidad toda actuación judicial que afecte a un niño y en la cual éste no haya tenido la debida participación. La preservación del interés del niño reclama que los asuntos que le conciernen no se ventilen a sus espaldas, y su condición de sujeto de derechos obsta a que pueda ser objeto de marginación (Mizhari, 2004; p.113).

También se hace menester indagar acerca de la cantidad de veces en las cuales el menor debe ser oído. Al respecto es prudente mencionar que a requerimiento del juez con una sola oportunidad debería ser suficiente a los fines de no crear una exposición traumática y constante del menor a situaciones desfavorables. Ahora bien, el artículo 27 inc. “a” de la ley 26.061 enuncia que el niño conserva la facultad a ser oído en cada momento en que lo solicite.

En los casos en los que el menor no posea capacidad procesal, tal y como se ha mencionado supra, deberá encontrarse representado. En los casos en los que sí ostente capacidad procesal y el juez lo estime pertinente será considerado parte en el proceso. Se evidencia entonces el rol del juez quien deberá ponderar las circunstancias puntuales

del caso a efectos de otorgar o denegar la participación del menor conforme al respeto y salvaguarda de sus intereses.

4.2 Garantías procesales

En este punto cabe resaltar que el acceso al proceso judicial así como las garantías procesales que facultan a los individuos mientras dure el mismo son idénticas independientemente de las características particulares de cada sujeto. Como respaldo de ello y punto de partida, el artículo 16 de la Constitución Nacional¹⁵ alude a la igualdad: “igualdad entre iguales en idénticas condiciones”, por lo que en principio no deben hacerse diferenciaciones específicas, salvo en aquéllos casos en los que seguir un principio específico pudiera afectar al menor.

El artículo 8 de la Convención Americana¹⁶ enuncia diversas postulaciones que hacen referencia a las facultades inherentes a las personas, entre ellas las más trascendentes: el acceso a la jurisdicción, intervención de juez natural, independiente e imparcial, presunción de inocencia, igualdad de las partes y equidad de los procedimientos, inviolabilidad de la defensa en juicio y decisión justa, conforme a derecho, dictada dentro de un plazo razonable. En este sentido, se reitera que el menor revestirá y dispondrá de todas estas facultades.

¹⁵ Constitución de la Nación Argentina- Artículo 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”

¹⁶ Convención Americana de Derechos Humanos- Artículo 8. Garantías judiciales 1. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Se debe tener presente además el derecho de defensa previsto en el artículo 18 de la Carta Magna¹⁷, precepto que debe ser salvaguardado en atención a atender al menor de edad frente a la imputación de un hecho.

Analizando lo antes mencionado entonces, y de forma anticipada los niños poseen diversas facultades y garantías conferidas por el ordenamiento –nacional e internacional- por el sólo hecho de ser personas. Se deberá determinar en específico si la concesión de la plenitud de estos derechos representa beneficios frente a una situación procesal particular.

4.3 Medidas administrativas de protección a los menores de edad

El Estado debe procurar a través de sus organismos salvaguardar lo estipulado y ratificado por el ordenamiento vigente en torno a la preservación de la integridad psicofísica del menor. En relación a ello las dependencias afines se encargarán ante el conocimiento de una situación riesgosa de instrumentar los mecanismos a disposición para restituir –en la medida pertinente- la entereza del niño.

Esta facultad es dispuesta por el artículo 29 de la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que reza: Principio de efectividad: “Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas,

¹⁷ Constitución de la Nación Argentina- Artículo 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

En análisis de lo anterior es menester verificar entonces que será urgente y necesario que el Estado ponga a disposición todos aquéllos instrumentos y organismos que tutelen los derechos de los menores. Omitir la acción implicaría una situación de desamparo estatal de la que pueden resultar daños irreversibles. En este sentido los factores principales a considerar deberían ser los de asegurar las facultades de los menores, creando una reducción de potenciales riesgos y obstáculos sociales tanto para él como para su grupo familiar.

De no procurarse la solución a inconvenientes de la índole manifestada en la vía administrativa, serán los organismos judiciales a través de su imperio, los encargados de instar a que se restituyan las condiciones de integridad del menor.

4.4 Implicancias que vislumbran la existencia de un derecho

Tal y como se ha desarrollado en el abordaje de lo hasta aquí tratado, numerosos instrumentos de carácter nacional e internacional manifiestan que el derecho del menor a ser oído constituye un derecho.

Pueden citarse como ejemplos lo manifestado por la CDN que utiliza el término “expresión” de opinión sin hacer referencia a la misma como una obligación o carga.

En primer orden, y como se ha mencionado supra, el niño posee facultades atribuidas y reconocidas por el Derecho, dada su simple condición de individuo y ser humano. En estas capacidades existen numerosas herramientas para disponer de estas garantías, entre ellas el derecho del menor a ser oído. Así pone en ejercicio además el proceso de intermediación, permitiéndole al magistrado recibir testimonio a través de sus expresiones, lo que genera que al momento de tomar una decisión se hayan considerado

aquéllas características particulares del menor con el fin de perseguir una decisión que esté a su favor y no afecte sus intereses.

Se entiende por derecho o facultad atribuida a:

Las facultades o prerrogativas que la Constitución reconoce a sus titulares, ya sean estos individuos o grupos sociales. El hecho de que tales facultades reciban un reconocimiento constitucional implica otorgar al sujeto activo la posibilidad de exigir coactivamente su cumplimiento (en este aspecto hay que distinguir los derechos operativos de los programáticos), ya sea frente a las demás personas, grupos o el estado mismo (Montbrun, Valenzuela, y Porras, 2015; p. 5).

Se evidencia de lo dispuesto, que no existe obligación en el hecho de ver expresada la opinión del menor en el proceso, sino más bien, la posibilidad de elección que el ordenamiento le otorga reconociéndolo como un ser pensante, digno de reflexionar acerca de sus actos y manifestar en forma libre su voluntad. En este aspecto, reina el respeto de lo preceptuado por la normativa que reconoce al hecho de oír al menor en un proceso judicial como una expresión libre y capaz de su opinión respecto a aquéllos aspectos que le atañen al igual de la posibilidad de participar en los procesos que impliquen la toma de decisiones que repercutirán en forma directa sobre su vida.

Asimismo el artículo 13 de la CDN formula de su lectura que este derecho es una muestra de la libertad de expresión traducida en la exteriorización que realiza el niño al momento de ser oído en el proceso judicial.

4.5 Implicancias que vislumbran la existencia de una carga procesal

Existen numerosos casos que llegan a hacer observar que la situación de que el menor de edad pueda expresar su opinión en un proceso judicial constituye una carga o obligación. Esto surge de la imposibilidad de que los encargados de aplicar justicia cuenten con herramientas menos nocivas o de elección que propendan a la conservación de la integridad psicofísica del niño.

Si bien como se ha establecido en el abordaje del trabajo, el juez debe tener presente y como premisa que marque un norte el interés superior del menor, surgen situaciones controvertidas en la normativa vigente. Así el Código Procesal Penal de la Nación en el artículo 294¹⁸ que estrictamente cita al menor al proceso de indagatoria ya que omite reflejar cualquier tipo de omisión a este acto procesal en los casos de minoridad. Esto se traduce en una clara obligación de prestar testimonio. En cumplimiento de lo que la ley manda, se deberá atender en todas las posibilidades, de la preservación de la integridad del menor así como del respeto del interés superior.

Realizando un análisis crítico de lo expresado se observa que existe en el ordenamiento procesal penal de forma una seria contradicción a lo expresado en el artículo 12 de la CDN que se expresa en favor de la no obligatoriedad de la declaración del menor.

Si bien en materia penal y por cuestiones de interés público se hace prudente obtener una versión certera de los implicados en un proceso penal, no puede el ordenamiento nacional atentar contra lo convenido por Instrumentos Internacionales de jerarquía superior.

Conclusiones parciales

La evolución de la práctica judicial y la normativa vigente llevan a verificar que el acceso por parte de los menores a los procesos judiciales y con ello la facultad a ser oídos por los magistrados es un hecho.

¹⁸ Código Procesal Penal de la Nación- Indagatoria- Procedencia y término-Artículo 294: “Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla; si estuviere detenida, inmediatamente, o a más tardar en el término de veinticuatro (24) horas desde su detención. Este término podrá prorrogarse por otro tanto cuando el magistrado no hubiere podido recibir la declaración, o cuando lo pidiere el imputado para designar defensor”.

El respeto por las garantías procesales se hace evidente toda vez que el menor por su propia cualidad de persona toma participación ya sea como parte o involucrado a una contienda. Lógico es que los organismos estatales deben velar por el seguimiento y respeto de tales garantías, evitando su transgresión y procurando soluciones justas que no dañen o afecten los intereses del menor.

A pesar de la imposición que exterioriza el Código Procesal Penal respecto a la indagatoria del sujeto, no es dable aludir a que la facultad del menor de ser oído en todo proceso configura una carga procesal. Los hechos y la normativa imperante lo consideran un derecho de carácter opcional en donde el niño a su pedido puede solicitar ser escuchado para coadyuvar en el seguimiento del proceso.

Así, permitiendo el acceso de los menores a ser oídos genera fallos más “humanizados”, dotados de certezas y verdades reales conforme a lo percibido por el magistrado que toma un papel más cercano al menor.

Conclusiones finales

El cambio normativo operado en la República Argentina en torno al ordenamiento Civil de fondo introdujo y colaboró a la armonía legislativa con los principios convencionales y constitucionales preexistentes.

La facultad de oír –si bien se utiliza de vocablo común- no es igual que “escuchar”. Al respecto se hace pertinente lo evaluado en el abordaje: escuchar es oír e interpretar lo que el interlocutor manifiesta. Este acto sumamente enriquecedor asegura en el ámbito del proceso judicial fallos más acordes a la verdad de los hechos.

En orden de la legislación vigente, se observa que el ordenamiento nacional ha procurado dar cumplimiento a lo estipulado por los Instrumentos internacionales, principalmente los preceptos de la Convención de Derechos del Niño. Así su contenido se traduce en un mandato legal de las más alta jerarquía, que insta a los operadores judiciales a dar protección a diversas facultades de los menores, como ser, en particular, dar lugar a los niños a ser oídos en procesos judiciales donde se vean o puedan verse afectados sus derechos.

El texto vigente en las disposiciones de fondo, reflejan una apertura legislativa acorde a las necesidades actuales a la vez de presentar una cierta deficiencia: se indica “qué” es lo que se debe respetar pero no “cómo” hacerlo. Así, queda a criterio del justiciante hacer lugar o no a considerar la opinión del menor.

En el contexto señalado, cabe evidenciar que la persona no nace con autonomía propia, sino que hace su incorporación a través del tiempo. Otorgarle importancia a ejercer sus derechos, expresar sus opiniones y ejercitar el pleno ejercicio de facultades, hacen a que se alcance la madurez y seguridad suficientes que acompañarán al sujeto a lo largo de su existencia; por lo que restringir la posibilidad de ser oído coadyuva al detrimento de la seguridad personal derivando en una sociedad llena de miedos y limitaciones.

Tanto el magistrado como el menor que es escuchado toman un rol trascendental: por una parte uno de ellos expresa los sucesos por propia voluntad, y por otra, el juez conforme a su sana crítica racional evalúa y dicta sentencia. Asimismo tendrán los justiciantes la ardua tarea de definir cuándo se hace prudente la escucha si existe con ella el riesgo de la pérdida o vulneración del interés superior del niño.

Se ha dicho que la madurez no es un criterio determinante al igual que la edad, por lo que se deberá evaluar en el caso concreto la oportunidad para permitir la intervención del menor. Para ello es necesario también la existencia de operadores jurídicos capacitados acerca del procedimiento de escucha y mecanismos de contención que puedan llevarse a cabo.

En este orden de ideas, debe tenerse presente el espíritu de los textos vigentes que aluden a “generar un espacio” y “darle una oportunidad” al menor a ser oído. Así, los operadores judiciales deben procurar no vedar o restringir tal posibilidad salvo que exista una justificación oportuna y acorde a salvaguardar los intereses del niño.

Se hace prudente tomar al menor como un sujeto pleno de derecho en procura de cumplimiento de las facultades establecidas a nivel constitucional y ratificado a la vez por los Convenios internacionales. El Estado debe desplegar las medidas legislativas, administrativas y afines con el propósito de hacer efectiva esta tutela.

En la práctica se evidencia que el mecanismo puesto en práctica para hacer lugar a los menores se hace presente otorgando el acceso a ser oídos de forma directa – recomendable- o indirecta a través de representantes legales, peritos o informes.

Los textos expresan que el niño debe ser oído: entre ellos el artículo 12 de la Convención, lo dispuesto por los arts. 26 y 707 y cons. del Código Civil y Comercial vigente a partir de 2015, que establecen la necesaria participación de las niñas, niños y adolescentes en todos los procesos que los afecten directamente, debiéndose tener en cuenta su opinión y valorarla según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en

el proceso, aun de manera oficiosa y respetando siempre la garantías de la tutela judicial, efectiva intermediación, buena fe, lealtad procesal, oralidad, etc.

De esta lectura se observa que pese a que el ordenamiento penal de forma realiza una imposición, que invade la voluntad del menor al requerir el proceso indagatorio en aquéllos casos en los que el mismo sea sospechado de delito, no resulta comparable con lo establecido por el ordenamiento internacional y nacional; lo que lleva a resolver lo hasta aquí investigado: la facultad del menor a ser oído y escuchado es un derecho y una garantía que debe ser resguardada por todos los operadores jurídicos, permitiéndole su intervención y/o participación en el proceso. Asimismo, constituye un mandato jurídico de la más alta jerarquía evidenciado en la contemplación de numerosos textos legislativos mencionados en el transcurso del presente trabajo.

Finalmente y a modo de reflexión, resta expresar que el futuro de quienes hoy son niños depende de quienes en la actualidad son adultos, por lo que las decisiones que son consideradas respecto al lugar y poder de intervención que se les otorga a los menores, determinará la calidad de seguridad e integridad psicofísica de los adultos del mañana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- De Andrés, V. y De Andrés, F. (2014). *Confianza total*. (14° Edición). Buenos Aires.: Planeta
- Belluscio, A. C. (2011). *Manual de Derecho de Familia*. (10° Edición). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Borda, G. A. (1993). *Tratado de Derecho Civil Familia*. Tomo II. Buenos Aires:Abeledo-Perrot.
- Bossert G., Zannoni E. (2004). *Manual de Derecho de Familia Tomo II*. Buenos Aires: Astrea
- Couso, J. (2006). *El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído*. Revista de Derechos del Niño. N° 3 y 4. Santiago- Chile: Universidad Diego Portales y UNICEF.
- De la Iglesia Monje, Ma I. (2014), *Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor. Su evolución en los Tribunales de Justicia*, Diario La Ley, no 8395, Sección Doctrina, Año XXXV
- Ekmekdjian, M. A. (1994) *Manual de la Constitución Argentina*. 4ta ed. Buenos Aires: Depalma.
- Fernández Silvia Eugenia (2015). *Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes* (1^{era} edición). Tomo III. Abeledo Perrot S.A.
- Grosman Cecilia (1993). *Significado de la Convención de los derechos del niño en las relaciones de familia*. Buenos Aires: La Ley
- Hernández, J.F. (2014). *Convención sobre los derechos del niño. Comentada, anotada y concordada*. Revista Derechos Humanos. Año III, N° 5. Ediciones Infojus. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfl40284-herandez-convencion_sobre_derechos_nino.htm

- Kemelmajer de Carlucci A., Herrera M. (2015) *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Suplemento especial de familia*. Buenos Aires: La Ley
- Kemelmajer de Carlucci Aída (1996). *El derecho constitucional del menor a ser oído* (versión electrónica). Revista de derecho privado y comunitario. Buenos Aires.
- Kemelmajer de Carlucci Aída, Herrera Marisa, Lamm Eleonora, Fernández Silvia (2015). *El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial- Algunas reglas para su aplicación*. Buenos Aires.
- Lorenzetti R. L., (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. 10 Tomos. (1° Edición). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Luft, Marcelo Enrique (2015). *El derecho del niño a ser oído en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su inclusión en el Código Civil y Comercial. El menor como parte en el proceso*. La Ley online: AR/DOC/4592/2015
- Mizrahi, M. L. (2004). *El derecho del niño a un desarrollo autónomo y la nueva exégesis del Código Civil*. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. N° 26. Buenos Aires: Lexis Nexis- Depalma.
- Nuñez Zorrilla C. (2016) *El derecho del menor a ser oído y escuchado. El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Vol. 73. 132-140. DOI 10.15581/011.73
- Vitales, G. (2010) *De los testimonios de niños y niñas: análisis y propuestas*. Disponible en:
<http://www.jussanjuan.gov.ar/escuelajudicial/index.php/biblioteca/nuestro-material-de-estudio/163-jornada-de-capacitacion-en-camara-gessel?start=2>

Ponencias

- Federación Nicaragüense de ONG que Trabajan con la Niñez y Adolescencia; Save the Children (Suecia). (2002). *Manual para la prevención y atención a niñas, niños y adolescentes ante desastres*. Managua. Disponible en: <http://www.eird.org/cd/toolkit08/material/otros/manual-prevencion/2seccion3a.pdf>

Legislación

-Nacional

- Constitución Nacional de la República Argentina (1994)
- Código Civil y Comercial de la Nación (2014)
- Ley de “Protección de Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” 26.061

-Internacional

- Convención Americana de los Derechos Humanos (1978)
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989)
- Comité sobre los Derechos del Niño: Observación General Nro. 12

Jurisprudencia

-Nacional

- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (2002). “S. de R., S. R. c/ R., J. A.”.02/05/2002
- Cám. Civ. Bs. As- Sala M- (2016) “S G M c/ B T G M s/ Medidas precautorias”- 14/07/2016
- STJ de Corrientes- (2016) “Recurso de casación contra Resolución n° 492 de fecha 12/05/2015 interpuesto por la Dra. Marta Susana Marcore” 26/09/2016

-Internacional

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”.