

RECOMENDACIÓN Nº8

EL DERECHO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS Y QUE SU OPINION SEA TENIDA EN CUENTA.

Julio de 2022

I.- INTRODUCCIÓN.

La Convención sobre los Derechos del Niño¹ consagra en su artículo 12 el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tomada en cuenta. Este derecho forma parte de los denominados derechos a la participación activa, y como tal constituye uno de los pilares centrales de la CDN. Concretamente el derecho a ser oído es aquel que posee toda niña, niño o adolescente a expresarse de acuerdo con sus posibilidades y capacidades y, por ello, es uno de los reconocimientos más claros que hace el Estado hacia las niñas, niños y adolescentes en su rol de ciudadanos. Este derecho es, además, clave para el ejercicio de muchos otros derechos reconocidos tanto en la CDN como en diversas convenciones de derechos humanos.

La República Argentina ratificó numerosos tratados de derechos humanos internacionales y regionales, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos² y la CDN, que forman parte del llamado bloque constitucional de Derechos Humanos con la más alta jerarquía legal desde la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, y consecuentemente asumió el compromiso de adecuar su legislación y procedimientos a las normas internacionales en materia de infancia.

En lo que respecta al derecho a ser oído, la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes Nº 26.061 establece como un imperativo que la escucha de niñas, niños y adolescentes sea efectuada de manera personal; también el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN)³ ha avanzado de manera más contundente en este reconocimiento explícito del derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes, y en varios artículos da cuenta en forma clara de este derecho así como el derechos a participar de manera más eficiente y efectiva e incluso a prestar su consentimiento en forma autónoma, en su interrelación con el concepto de autonomía progresiva.

¹En adelante "la CDN" o "la Convención".

² En adelante la CADH.

³ Ley 26.994 del año 2014.

No obstante, la claridad de las normas, en numerosos y diferentes pedidos de intervención cursados a esta Defensora, se observan situaciones donde el derecho a ser oído y la participación activa de niñas, niños y adolescentes se ve vulnerada o limitada, ya sea porque se desvirtúa el espíritu de la CDN en todo el proceso de escucha, o porque no se implementan los mecanismos necesarios para su efectivización. Frente a tales evidencias, del distanciamiento entre las prácticas y las normas nacionales e internacionales, es que esta Defensoría elabora la presente Recomendación.

II.- EL DERECHO A SER OÍDO

Marco normativo internacional

La Convención sobre los Derechos del Niño trae consigo cuatro ejes fundamentales que deben implementarse en cada acción y decisión que involucre a niñas, niños y adolescentes: el **principio de no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida digna y desarrollo, y el derecho a ser oído**. Estos principios rectores deben implementarse en forma transversal e interdependiente para dotar de efectividad el conjunto de derechos de las niñas, niños y adolescentes⁴.

El artículo 12 de la CDN 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 procedimientos de la ley nacional"*.

Los Estados deben garantizar este derecho de participación de niñas, niños y adolescentes, y para ello deben generar los mecanismos efectivos y adecuados para que sean oídos, para tomar en cuenta dicha opinión. Estos mecanismos deben aplicarse en todos los ámbitos de sus vidas, tanto a nivel familiar, escolar, procesos judiciales y administrativos, y deben comprender la posibilidad de expresión tanto individual como colectiva de niñas, niños y adolescentes.

⁴ONU, Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación General N° 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos de Niños*, noviembre 2003, CRC/GC/2003/5.

En la Observación General N° 12⁵, sobre *“El derecho del Niño a ser escuchado”*, el Comité analiza profundamente los alcances de este derecho y, consecuentemente, puntualiza y describe las obligaciones que le caben al Estado para cumplir con él, así expresa *“El Comité (...) ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”*⁶; y consecuentemente establece que *“(L)as condiciones de edad y madurez pueden evaluarse cuando se escuche a un niño individualmente y también cuando un grupo de niños decida expresar sus opiniones...”*⁷.

El Comité recalca que el derecho a ser oído consiste en *“una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio”*⁸; y que el deber de *“ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”* es aplicable a todos los procesos que lo afecten, sin limitaciones⁹.

También define cuáles son las condiciones básicas para el cumplimiento efectivo de este derecho, e indica y describe los procesos en que niñas, niños y adolescentes participen y sean escuchados, los que deben ser: a) transparentes e informativos; b) voluntarios; c) respetuosos; d) pertinentes, e) adaptados a los niños; f) incluyentes; g) apoyados en la formación; h) seguros y atentos al riesgo; e i) responsables¹⁰.

A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹ ha referido que *“el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino”*¹²; y que *“el Estado debe garantizar efectivamente el derecho de la niña a ser escuchada en el procedimiento correspondiente, debiendo determinar previamente la metodología y el medio más adecuado para que pueda expresar su opinión conforme a su edad y madurez”*¹³.

⁵ONU, Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N° 12, El derecho del Niño a ser escuchado*, julio 2009, CRC/C/GC/12.

⁶Observación general N° 12, ob. cit., párrafo 2.

⁷Observación general N° 12, ob. cit., párr. 10.

⁸Observación general N° 12, ob. cit., párr. 45.

⁹Observación general N° 12, ob. cit., párr. 32.

¹⁰Observación general N° 12, ob. cit., párr. 134.

¹¹En adelante la Corte IDH.

¹²Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 196 y Caso Furlan Vs. Argentina. Sentencia 31 de agosto de 2012, párr. 228.

¹³Corte IDH, Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 151.

A su vez, establece como pauta que: *“No basta con escuchar al niño. Las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión”*¹⁴. Es obligación de quienes deciden sobre cuestiones que afectan la vida de niñas, niños y adolescentes, asegurar que aquellos tengan conocimiento de sus derechos, como así también garantizar que su voluntad y opinión sean tenidas en cuenta *“en consideración de su grado de desarrollo y del nivel de autonomía personal en cada momento, al margen de los intereses o interferencias de terceros”*¹⁵. En virtud de ello también *“la autoridad judicial respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o la niña”*¹⁶, estableciendo así además la exigencia de *“motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso (...), más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño”*¹⁷.

En línea con ello, las *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*¹⁸ del Consejo Económico y Social, refieren que *“niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar libremente y en sus propias palabras sus creencias, opiniones y pareceres sobre cualquier asunto, y a aportar su contribución, especialmente a las decisiones que le afecten, incluidas las adoptadas en el marco de cualquier proceso judicial, y a que esos puntos de vista sean tomados en consideración, según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad”*¹⁹.

Por otro lado, cabe destacar que el **interés superior del niño** -principio rector en toda intervención relativa a niñas, niños y adolescentes- guarda íntima relación con el derecho a ser oído, pues *“no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [interés superior] si no se respetan los componentes del artículo 12 [derecho a participar y que su opinión sea tenida en cuenta]”*. Del mismo modo, *“el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”*²⁰.

¹⁴Caso Atala Riffo, ob. cit., párr. 200 y caso Furlán, ob. cit., párr. 230 (el resaltado es propio).

¹⁵Caso Forneron, ob. cit., párr. 165.

¹⁶Caso Atala Riffo, ob. cit., párr. 206.

¹⁷Caso Atala Riffo, ob. cit., párr. 197.

¹⁸ONU, Consejo Económico y Social *“Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”*, 2005/20, 36ª sesión plenaria, 22 de julio de 2005.

¹⁹Directrices, ob. cit., punto III, 8 d), E/2005/INF/2/Add.1.

²⁰Observación General N° 12, ob. cit. párr. 74; Corte IDH caso Atala Riffo, ob. cit., párr. 197 y caso Furlan, ob. cit., párr. 228.

Para la Corte IDH este principio es regulador de la normativa de los derechos de niñas, niños y adolescentes fundada en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de este colectivo, y en la necesidad de propiciar su desarrollo, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades²¹. Concretamente, *“el interés superior del niño es un criterio rector para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”*²²; y en consecuencia *“(E)l aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”*²³.

Además, el artículo 12 está íntimamente relacionado con todos los demás artículos de la Convención, ya que *“no podrían aplicarse íntegramente si no se respeta al niño como sujeto con sus propias opiniones sobre los derechos consagrados en los artículos respectivos y sobre su cumplimiento”*.²⁴ En particular, da comienzo al reconocimiento de otros derechos y libertades en la Convención, como son el artículo 13 de libertad de expresión, el artículo 15 de asociación y reunión, y el artículo 17 sobre su derecho a la información. Su interrelación entonces con estos derechos, indica la importancia que el derecho a ser oído tiene para que niñas, niños y adolescentes ejerzan activa y eficazmente su participación en la vida pública. Así, la interpretación amplia de “todos los asuntos que afectan al niño” del primer párrafo viene siendo utilizada internacionalmente para incluir a niñas, niños y adolescentes en diversos procesos participativos de las comunidades.

En las observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina (CRC/C/ARG/CO/5-6) del año 2018 en el Punto 17 sobre el derecho a ser escuchado, el Comité reitera sus recomendaciones anteriores *“a la luz de su observación general núm. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, alienta al Estado parte a velar por que las opiniones de los niños sean tenidas debidamente en cuenta en la familia, las escuelas, los tribunales y todos los procesos administrativos y de otra índole que les conciernan, entre otras cosas, mediante la adopción de legislación apropiada, la capacitación de los profesionales, incluido el fortalecimiento del papel de los abogados que representan a los niños para garantizar de manera plena su derecho a ser escuchados en los procedimientos judiciales, y la realización de actividades específicas en las escuelas y de sensibilización general.”*

²¹Caso Atala Riffo, ob. cit., párr.108 y caso Furlan, ob. cit., párr. 126.

²²Corte IDH: Opinión Consultiva OC 17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* de 28 de agosto de 2002 y Corte IDH Caso Atala Riffo, ob. cit., párr. 154.

²³Opinión Consultiva OC 17/02, ob. cit, párrafo 102; y Corte IDH, caso Atala Riffo, ob. cit., párr. 199 y caso Furlán, ob. cit., párr. 230.

²⁴Observación general N° 12, ob. cit., párrafo 68.

b) Marco normativo nacional

En consonancia con la normativa internacional, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes contempla el derecho a ser oído en diversos artículos. En su artículo 2 dispone: *“APLICACIÓN OBLIGATORIA. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”*. Asimismo, el artículo 3 deja establecido el interés superior del niño y particularmente en su inciso b) al indicar: *“El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”*. En el artículo 24, por su parte, prescribe el derecho a opinar y ser oído: *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les concierne y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.”*

Y el artículo 27 contiene las garantías mínimas en los procedimientos judiciales o administrativos: *“Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”*. Es decir, establece la imperiosa participación personal de la niña y niño en todos los procesos que lo afecten, fijando así un criterio amplio de participación, que se extiende a todos los casos donde se discuten cuestiones que la o lo atañen de manera directa o indirecta. A su vez, se consagra la consideración primordial de su opinión en la decisión que se adopte, lo cual conlleva la obligación de fundamentar en caso de apartamiento a la misma.

El Código Civil y Comercial de la Nación, como se ha dicho, también da cuenta del ejercicio del derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes en los asuntos que los afecten. Da comienzo en su artículo 26, cuando al momento de regular el ejercicio de los derechos de las personas menores de edad, “deja atrás la regla rígida del viejo Código Civil, e incorpora la noción de edad y grado de madurez suficiente”²⁵ para el ejercicio de aquellos actos permitidos. Específicamente reconoce que: “(L)a 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” y en este sentido, a lo largo de todo el CCyCN varios artículos receptan el concepto de autonomía progresiva²⁶ para que niñas, niños y adolescentes puedan ejercer por sí mismos sus derechos. Si bien en algunos casos el CCyCN establece edades, (por ejemplo, la edad de 13 años que fija el art. 25 para ser considerados adolescentes; en los casos de adopción, el art. 617 d establece que si “el pretense adoptado” es mayor de 10 años debe dar su consentimiento expreso; o bien las edades de 13 y 16 años establecidas en el art. 26 en lo referente a la toma de decisiones sobre cuidado del propio cuerpo), el concepto de autonomía progresiva no debe ser analizado y evaluado de forma rígida ni aislada, sino que debe ser ponderado en cada caso particular a intervenir, debiendo considerar el derecho vulnerado, a proteger y/o restablecer en relación a la situación en particular en que se encuentre cada niña, niño y/o adolescente, observando sus realidades y toda otra circunstancia que defina su contexto único.

Se observa entonces que la normativa interna fue receptando el corpus iuris de los derechos humanos de las infancias y adolescencias, incluso en el Código Civil, que históricamente limitaba los principios de los derechos humanos en el ámbito privado, su reforma permitió avanzar en disposiciones específicas que efectivizan estos derechos.

III.- CONSIDERACIONES

La estructura de esta recomendación se ordena a partir del desarrollo del derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes y a que su opinión debe ser tenida en cuenta en tres aspectos: a) en ejercicio de sus demás derechos ciudadanos; b) el derecho a ser escuchado en todo

²⁵ Graham, Marisa. Perspectiva jurídica de los derechos de niños, niñas y adolescentes, Módulo 2 de la Diplomatura “Fortalecimiento del Sistema de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes desde una Perspectiva Interdisciplinaria” Fundación La Salle - UNISAL. Mimeo.

²⁶Por ejemplo, en el art. 64 para solicitar la agregación de un apellido, el art. 66 para solicitar la inscripción de un apellido, el art. 113 relativa a los presupuestos para discernir sobre la tutela de una persona menor de edad, el art. 595 como uno de los principios de la adopción, el art. 661 b) como posibilidad de demandar a los progenitores por alimentos, y en los arts. 677 y siguientes relativos a la administración de los bienes de los hijos menores de edad, hacen referencia a la *edad y grado de madurez suficiente*, y en su caso también la asistencia letrada de la propia niña, niño y/o adolescente.

procedimiento administrativo o judicial que los afecte; c) y, en particular, el derecho a ser escuchado en situación de encontrarse imputado en un proceso penal.

El derecho a ser oído y su relación con el ejercicio de sus derechos ciudadanos.

Como se indicó anteriormente, existe una estrecha relación entre el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y el ejercicio de otros derechos que implican su participación activa en ámbitos de su propia comunidad en particular, y de la sociedad en general.

El Comité, en su Observación General N° 12, describe diferentes instancias en donde debe desarrollarse este derecho y la responsabilidad de adultas y adultos en propiciar su ejercicio. Por un lado, refiere al derecho de niñas y niños a ser oídos en su **familia** *“y ser tomados en serio desde las edades más tempranas, supone un importante modelo y una preparación para que el niño ejerza el derecho a ser escuchado en el conjunto de la sociedad”* (párrafo 90). También indica la obligación del Estado en alentar a madres, padres o adultos responsables, a través de información y programas, para que éstos *“presten apoyo a los niños para que hagan efectivo su derecho a expresar su opinión libremente”*.

De igual forma, aquellas niñas, niños y adolescentes que se encuentren **en instituciones de cuidado o acogimiento** también tienen el derecho a *“expresar sus opiniones y que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta en los asuntos relativos a su situación”* (párrafo 97). En estos casos, además, y considerando la situación especial en que se encuentran, el Comité profundiza en la necesidad de garantías específicas para que ello pueda ser llevado a cabo, como ser disposiciones normativas o mecanismos que indiquen la obligación de información al niño y de ser escuchado, de representación y formulación de propuestas para la institución, y la necesidad de un mecanismo que ejerza el monitoreo de la efectivización de este derecho.

También le otorga especial atención al ejercicio del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos en los **ámbitos educativos**, ya que *“es fundamental para la realización del derecho a la educación”* (párrafo 105), y por considerar que tener en cuenta su opinión *“es especialmente importante en la eliminación de la discriminación, la prevención del acoso escolar y las medidas disciplinarias”* (párrafo 109). Por ello fomenta la formación de consejos de aulas y de alumnos, en donde puedan participar en procesos de toma de decisiones sobre la formulación de políticas y códigos de conducta de su comunidad educativa (párrafo 110).

En este punto, podemos resaltar normativa interna que coadyuva a que se desarrollen mecanismos acordes a estos postulados internacionales. La ley 26.892 *para la promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad social en las instituciones educativas*²⁷, tiene entre sus

²⁷ Ley para la promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad social en las instituciones educativas, Ley 26.892, promulgada en 01.10.2013.

principios el derecho a participar de diferentes ámbitos y asuntos de la vida de las instituciones educativas y el derecho del estudiante a ser escuchado y a formular su descargo ante situaciones de transgresión a las normas establecidas (art. 2 incisos d y h). Para el objetivo de la promoción de la convivencia pacífica escolar no sólo insta a *“Que se prevea y regule la conformación y funcionamiento de órganos e instancias de participación, diálogo y consulta en relación con la convivencia en las instituciones educativas, que resulten adecuados a la edad y madurez de los estudiantes (y que) Los mismos deben ser de funcionamiento permanente y deben estar representados todos los sectores de la comunidad educativa”* (art. 4 inciso e); sino que además prohíbe *“cualquier norma o medida que atente contra el derecho a la participación de los docentes, estudiantes o sus familias en la vida educativa institucional”* (art. 5). Consecuentemente, el Consejo Federal de Educación aprobó²⁸ la *“Guía Federal de Orientaciones para la intervención educativa en situaciones complejas relacionadas con la vida escolar”*, la cual brinda orientación para el diseño de estrategias para una convivencia democrática en las escuelas acorde a los postulados de derechos humanos, y en donde se respeta el derecho participativo de las alumnas y los alumnos.

La Observación General N° 12 del Comité también desarrolla el derecho del niño a ser oído en lo relativo al **ámbito de la salud**, y específicamente *“exige el respeto del derecho del niño a expresar su opinión y a participar en la promoción del desarrollo saludable y el bienestar de los niños”* (párrafo 98). También indica que *“Se debe incluir a los niños, incluidos los niños pequeños, en los procesos de adopción de decisiones de modo conforme a la evolución de sus facultades. Se les debe suministrar información sobre los tratamientos que se propongan y sus efectos y resultados, en particular de manera apropiada y accesible para los niños con discapacidades”* (párrafo 100). Se remarca esta Observación del Comité, en donde la discapacidad de un niño le exige al mundo adulto que adecue la manera apropiada de brindar la información para participar en los procesos de adopción de decisiones, esto es, una mayor exigencia para adultas y adultos y no una merma en los derechos de las personas menores de edad.

También refiere a la conveniencia a que *“se introduzcan leyes o reglamentos para garantizar el acceso de los niños al asesoramiento y consejo médico confidencial sin el consentimiento de los padres”* (párrafo 101), al establecimiento de *“una edad fija en que el derecho al consentimiento pasa al niño”* (párrafo 102), al deber de *“suministrar información clara y accesible a los niños sobre sus derechos con respecto a su participación en la investigación pediátrica y los ensayos clínicos,”* (párrafo 103) y *“la introducción de medidas para permitir que los niños aporten sus opiniones y experiencia a la planificación y programación de servicios destinados a su salud y desarrollo”,* recabando sus opiniones *“respecto de todos los aspectos de la prestación de servicios de salud,*

²⁸Por Resolución N° 217 del Consejo Federal de Educación el 15 de abril de 2014.

incluidos los servicios que se necesitan, la forma y el lugar en que se prestan mejor, los obstáculos discriminatorios al acceso a los servicios, la calidad y las actitudes de los profesionales de la salud y la forma de promover la capacidad de estos niños para asumir niveles mayores de responsabilidad por su propia salud y desarrollo” (párrafo 104).

A nivel nacional, también encontramos normativa donde se contempla el derecho del niño a ser oído, su derecho a la participación en la toma de decisiones de procedimientos médicos y su derecho a la información. Por ejemplo, la ley 26.529²⁹ sobre “*Derechos del paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado*”, recepta en su art. 2 inciso e, sobre la autonomía de la voluntad, el derecho de niños, niñas y adolescentes “*a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud*”. La “*Guía de Recomendaciones para la atención integral de adolescentes en espacios de salud amigables y de calidad*”³⁰ del Ministerio de Salud, Sociedad Argentina de Pediatría y Unicef también acoge el principio de participación social (jóvenes, familias e instituciones) en la identificación de problemas, diseño y puesta en práctica de propuestas de solución en todo el proceso de gestión. Y en forma particular indica, además del derecho a la salud de Niños y Adolescentes, su derecho a la autonomía personal³¹, tomando sus “*propias decisiones sin injerencia de los demás*”, su relación con la ley 26.529 sobre Derechos del Paciente, y con la ley 26.061 en especial al derecho a recibir información y decidir.³² También la ley 27.610³³ de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, en su art 8° que desarrolla el presupuesto del consentimiento informado en menores de edad prevé la articulación con el concepto de autonomía progresiva desarrollado en el art. 26 del CCyCN.

Otras herramientas del derecho internacional de los derechos humanos también recogen los derechos a la participación de niñas, niños y adolescentes. La Convención sobre los Derechos de las Personas con **Discapacidad**³⁴ hace referencia a este derecho en su art. 3 al indicar, en lo relativo a la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva esta Convención, “*los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que*

²⁹Ley 26.529, *Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud*, 21 de octubre de 2009.

³⁰Ministerio de Salud de la Nación, Sociedad Argentina de Pediatría y Unicef Argentina, “*Guía de Recomendaciones para la Atención Integral de adolescentes en espacios de salud amigables y de calidad*” (2010), disponible en: <https://bancos.salud.gob.ar/recurso/guia-de-recomendaciones-para-la-atencion-integral-de-adolescentes-en-espacios-de-salud>

³¹“Guía...” ob cit. págs. 23 a 29.

³²La Guía citada es anterior a la modificación al Código Civil y Comercial, por lo que las referencias al Código Civil anterior deben ser revisadas.

³³Ley 27610, Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, 30 De diciembre De 2020.

³⁴ONU, A/RES/61/106, Asamblea General, 24 de enero de 2007, Sexagésimo primer período de sesiones. Aprobada por la Ley 26.378 de 2008.

las representan.” Pero en forma particular, en su art. 7 inciso 3, remarca la obligación de los Estados en garantizar *“que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”.* En lo relativo al derecho a vivir en un **ambiente sano**, la Corte IDH, en su Opinión Consultiva N° 23³⁵, recoge la obligación de los Estados *“de garantizar el derecho al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente; el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, así como el derecho de acceso a la justicia en relación con las obligaciones ambientales”*³⁶. Las niñas, niños y adolescentes deben ser comprendidas dentro de este grupo de personas con derecho a la participación pública, y en concordancia con esta mirada, la preparación del Comité de la próxima Observación General N° 26 sobre normas universales para que los gobiernos defiendan los derechos de la niñez afectados por la crisis medioambiental y climática, invita a niñas, niños y jóvenes a participar en las consultas previas.

El Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones³⁷, es también de vital importancia porque habilita al Comité a recibir denuncias internacionales que directamente presenten niñas, niños y adolescentes, por violación a sus derechos.

La Observación General N° 12, en sus párrafos 127 y 128, hace hincapié en la necesidad de la participación de los niños en el plano de la **comunidad**: *“El Comité celebra que sea cada vez mayor el número de parlamentos locales de jóvenes, consejos municipales de niños y consultas especiales en que los niños pueden expresar su opinión en los procesos de adopción de decisiones”,* y la necesidad de *“ apoyar y estimular a los niños para que formen sus propias organizaciones e iniciativas dirigidas por ellos mismos, que crearán espacio para la participación y representación auténticas. Además, los niños pueden contribuir con su punto de vista, por ejemplo, respecto del diseño de escuelas, parques, campos de juego, instalaciones de recreo y culturales, bibliotecas públicas, instalaciones de salud y sistemas locales de transporte a fin de lograr unos servicios más apropiados. Se deben incluir explícitamente las opiniones de los niños en los planes de desarrollo de la comunidad que requieran consulta pública.”*

³⁵Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. *“Medio Ambiente y Derechos Humanos”*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

³⁶ Opinión Consultiva OC-23/17, ob. cit, párr. 244 punto 8.

³⁷ONU, Tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, Adoptado por la Asamblea General en la 89ª sesión plenaria, 19 de diciembre de 2011.

En forma concordante, la ley 26.774³⁸ reconoce el **derecho al voto** a todas y todos los que hayan cumplido 16 años de edad, lo que acredita esta consideración de las y los adolescentes como sujetos activos de la sociedad. Es claro que el ejercicio de este derecho político debe ser entendido, en el juego democrático de nuestra sociedad, no como un acto único de sufragio, sino como una acción más de las personas más jóvenes en la expresión de sus ideas y defensa de sus intereses. En efecto, son cada vez más las experiencias en nuestro país donde niñas, niños y adolescentes reclaman por sus derechos y solicitan ser escuchados en nuestra sociedad. Prueba de ello fueron las presentaciones de Centros de Estudiantes ante el Fuero Contencioso Administrativo y Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, las expresiones de adolescentes en el marco de la sanción de la ley 27.610 de IVE, y marchas y presentaciones judiciales en defensa de un ambiente sano. Dentro del espacio de nuestra Defensoría se creó la red de promotores de derechos donde niñas, niños y adolescentes participan directa y activamente. A nivel internacional, en el año 2019 16 niños procedentes de 12 países (incluida la Argentina) han presentado una queja al Comité de los Derechos del Niño para protestar por la falta de acción de los gobiernos frente a la crisis climática.

Para la efectivización del derecho a ser oído es indispensable el cumplimiento también del derecho de niñas, niños y adolescentes a obtener **información**³⁹ para que su opinión sea libre; información que debe ser adaptada a su edad y capacidad y en donde los medios de comunicación cumplen un rol muy importante no sólo para brindar información sino también para que niñas, niños y adolescentes puedan expresar sus opiniones.

Estas consideraciones son necesarias para lograr que el derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes de lugar a una participación efectiva, que haga posible que sus opiniones y perspectivas sean efectivamente tenidas en cuenta. Y que, a la vez, aporten a legitimar culturalmente la competencia y capacidades sociales de las niñas, niños y adolescentes para intervenir en los asuntos que les competen, y así contribuir a construir un compromiso social que las y los respete en su condición de ciudadanos actuales (y no futuros) de sus comunidades.

Como se puede observar, el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y a que su opinión sea tenida en cuenta en procesos comunitarios y sociales es un ejercicio cada vez más desarrollado, amparado por la normativa internacional, siendo nuestra obligación replicarla en todos los niveles e instancias de nuestras comunidades.

³⁸Ley 26.774, del 31 de octubre de 2012.

³⁹Observación General N° 12, ob. cit. párrafos 22 a 24, 48, 80 a 83.

El derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en todo procedimiento administrativo o judicial que los afecte.

Como se ha señalado, la Observación General N°12 del Comité desarrolla en forma minuciosa la interpretación amplia que se le debe hacer al segundo apartado del artículo 12 de la Convención, y refiere que los procedimientos judiciales que afecten al niño son *“sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño”* (párrafo 32).

El nuevo CCyCN contempla la efectivización del derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes en casos particulares. En referencia a las situaciones de **adopción**, el art. 595 tiene como principio rector *“el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez”*, y obliga a *“requerir su consentimiento a partir de los diez años”*. Esta incorporación específica es complementada por los artículos subsiguientes en donde refiere la necesidad de intervención *“con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada”* para la declaración judicial del estado de adoptabilidad (art. 608), y la entrevista obligatoria del juez con la niña, niño o adolescente en ese proceso (art. 609).

En lo relativo a la **responsabilidad parental**, el Código también incluye como principio *“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. 639), la necesidad de ser oído en caso de delegación de esa responsabilidad (art. 643), el consentimiento expreso de los adolescentes para ciertos actos (art. 645), o la opinión de la niña, niño o adolescente en lo relativo al cuidado personal (art. 653 inc. c).

El Código ahonda en lo relativo a los **procesos de familia** teniendo como principio, en su art. 707, que *“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”*.

Se observa entonces que el CCyCN de fondo específicamente establece el derecho a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta como eje fundamental en los procesos referentes a niñas, niños y adolescentes, obligando a su vez a adecuar las normas procedimentales en cada jurisdicción a estos postulados convencionales.

El derecho a ser oídos guarda relación directa con el acceso a la justicia (Art. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En este sentido, es necesario tener presente las dificultades que vivencian los niños en su calidad de víctimas a la hora de interactuar con el sistema judicial y, por ello, la extrema rigurosidad con la que deben actuar las agencias de justicia para evitar prácticas revictimizantes y garantizar una tutela judicial efectiva.

Ello fue uno de los fundamentos de la aprobación de las Reglas de Brasilia⁴⁰ sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. En la exposición de motivos expresan *“El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”*. Es decir que la vulnerabilidad de este grupo de personas, en tanto víctimas y niña o niño, *“encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”*.

El ejercicio efectivo del derecho a ser oído debe ser entendido como un proceso complejo, singular y continuo. Por ello, es de vital importancia que en la valoración realizada en los procesos judiciales sea tenida en cuenta la totalidad de las expresiones y manifestaciones efectuadas por los niños en sus diversas formas y tiempos. La escucha debe ser entendida como un proceso y no como un hecho que se agota en un solo acto procesal. La misma Observación General ya citada exige que para que la participación de los niños sea efectiva y genuina debe entenderse *“como un proceso, y no como un acontecimiento singular y aislado”*. A su vez, el Comité afirma que *“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”*⁴¹.

Muchas de las consultas y denuncias recibidas por esta Defensoría están ligadas a la situación de niñas, niños y adolescentes en su calidad de **víctimas**, y muchas de ellas por casos de abuso sexual infantil, lo cual que dio origen a nuestra Recomendación N° 2⁴².

Esta Recomendación N° 2 citada recoge este precepto y lo resignifica en la situación de las niñas, niños y adolescentes víctimas dado que el derecho a ser oído adquiere un cariz especial. Así, impulsa la aplicación de la *Guía de Buenas Prácticas para la protección de derechos y el acceso*

⁴⁰ Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las personas en Condiciones de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, marzo de 2008.

⁴¹ Observación general N° 12, ob. cit., párr. 21.

⁴² Defensoría de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Recomendación N° 2 del 15 de julio de 2021.

a la justicia de niños víctimas de abuso sexual⁴³ que señala las particularidades que deben tenerse en cuenta frente a las declaraciones de un niño. Refiere "(...) la precisión de la información que podrá obtenerse del relato de la niña, niño o adolescente será diferente para cada caso particular. Esto dependerá de la edad de los mismos, su desarrollo cognitivo, el contexto familiar y socio-cultural, el nivel de lenguaje alcanzado y su predisposición a hablar, siendo un factor de suma relevancia la habilidad y competencia de la entrevistadora para lograr la comunicación de las/los niños, entre otros factores...".

La Guía de Buenas Prácticas expresa que "el relato de la NNyA no puede ser considerado equivalente a la investigación judicial ni la única prueba posible. Por ello, es fundamental que se aporten otros elementos que puedan resultar relevantes para la causa y puedan servir para corroborar el relato obtenido de la NNyA", y "(e)n los casos en los que el material producido por la NNyA así lo amerite, podrá hacerse referencia a la valoración preliminar de la verosimilitud del relato o si se advirtieran factores que impidieron la obtención de un relato confiable, completo y válido (por ejemplo, NNyA intimidada, negación o evitación al ser interrogada, retractación). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el análisis de la credibilidad integral de los dichos de la NNyA es un paso posterior al que se arriba luego de valorar las producciones de la víctima en las diferentes instancias y a partir de la totalidad de los elementos recabados en el expediente y de manera integrada, incluyendo por ejemplo los resultados de la entrevista de declaración, los exámenes periciales psicológico, psiquiátrico y/o ginecológico, así como los datos brindados por el cuidador no ofensor entre otros."

Es destacable también la Observación General N° 13⁴⁴ del Comité y las Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes los Niños Víctimas y Testigos de Delitos del Consejo Económico y Social, cuando respecto a la intervención judicial señalan que: "Los profesionales deberán hacer todo lo posible para que los niños víctimas y testigos de delitos puedan expresar sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso de justicia...".

Aun cuando los esfuerzos doctrinarios, académicos y profesionales son muchos para la mejor tramitación de estos casos, se repiten situaciones revictimizantes y/o vulneratorias de derechos de niñas, niños y adolescentes víctimas, ya sea por la negación a su derecho a ser oído, o por sobre intervenciones y solapamientos en los ámbitos administrativos y judiciales, o por resistencias de los funcionarios en incorporar principios de derechos humanos en instituciones aún rígidas. La actualización de las prácticas de intervención es necesaria y urgente, en especial en lo

⁴³ UNICEF, JUFEJUS, ADC, "Guía de Buenas Prácticas para la protección de derechos y el acceso a la justicia de niños víctimas de abuso sexual", junio 2015.

⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 13 (2011), *Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, 18 de abril de 2011, CRC/C/GC/13.

referente a la aplicación de estándares de atención, desde el primer contacto de la niña y/o niño en cualquiera de los ámbitos donde circula y su ponderación en los procesos administrativos y/o judiciales.

Otro caso en particular en donde el derecho de niñas, niños y adolescentes juega un rol primordial, es en los casos de **identidad de género** y los procesos de cambio registral de sexo. El art. 5 de la ley 26.743 prevé que personas menores de 18 años efectúen la solicitud, a través de sus representantes legales y con su expresa conformidad, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061. Es indispensable entonces que ese consentimiento previsto en la ley se realice en observancia del derecho a ser oído y con los alcances dispuestos por la doctrina internacional más amplia que se cita.

La necesidad de ajustar normas relativas al ejercicio del derecho del niño a ser oído se observa también en casos de **restitución internacional** de menores de edad, donde la normativa internacional⁴⁵ prioriza la prevención de situaciones más complejas y hasta infractoras de leyes penales. **Sin embargo, la ineludible obligación internacional debe ser complementada por la justicia local con procesos ágiles y expeditos, y también eficaces en la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, en donde la escucha al niño también debe ser prevalente, desde el primer momento, y evitando la dilatación de los tiempos que ubican a la persona menor de edad en una situación más vulnerable.**

También se observa en los **procesos migratorios**, en donde la voz de las niñas, niños y adolescentes no se contempla en pos del cumplimiento de normas internacionales. La Observación General N° 12 expresamente se avoca a la situación en donde una niña, niño o adolescente se encuentra en esta situación vulnerable, y *“(P)or ese motivo es urgente hacer respetar plenamente su derecho de expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de los procedimientos de inmigración y asilo”, operando el derecho a ser oído como garantía para la protección de sus otros derechos al considerar que “hay que escuchar al niño en relación con sus expectativas educativas y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud” (párrafo 123). Complementa el párrafo 124 la necesidad del acceso a la información sobre sus derechos, el proceso migratorio, la posibilidad de asistencia jurídica, entre otros.*

⁴⁵ Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del 1 de diciembre de 1983 y ratificada por la República Argentina el 1 de junio de 1991; y Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Montevideo, 15 de julio de 1989, del 4 de noviembre de 1994, ratificada por nuestro país el 15 de febrero de 2001.

En oportunidad que esta Defensora efectuara la Recomendación N° 4⁴⁶, solicitando la derogación del Decreto 70/2017, se indicó la Opinión Consultiva N° 21⁴⁷ de la Corte IDH relativa a la niñez migrante y el derecho a ser oído como garantía a esos procesos. La Corte expresó, en el capítulo relativo a las “Garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños” que *“(R)esulta pertinente primeramente señalar que los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña o niño participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña o niño se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino. La Corte recuerda que las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños (párrafo 122); y “Asimismo, cualquier declaración de una niña o niño debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos, la posibilidad de no declarar, la asistencia del representante legal y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla” (párrafo 123).*

En los fundamentos de la Recomendación N° 4 (ya citada) explicamos cómo el cambio de normativa migratoria puede restringir garantías procesales, entre ellas la del derecho del niño a ser escuchado, y la necesidad de su respeto para la efectiva protección de los derechos humanos de la infancia.

En todos estos procesos, nuevamente el derecho a ser oído se vincula con el derecho a la información y al acceso a la justicia, por lo que resulta indispensable que el lenguaje que se utilice para la comunicación de estas decisiones, resoluciones o sentencias sea claro y sencillo, accesible a niñas, niños y adolescentes. Al respecto, se recomienda la utilización de términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico; y que facilite la comprensión⁴⁸ evitando todos

⁴⁶ Disponible en: <https://defensorderechosnnya.gob.ar/wp-content/uploads/2021/01/Copia-de-RECOMENDACION%CC%81N-N%C2%B04-1.pdf>

⁴⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, *“Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional”*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

⁴⁸ Se han dado a conocer diversos fallos en la justicia de familia o de menores, en donde juezas y jueces redactaron sus sentencias en una forma sencilla, clara y accesible para la niña, niño y/o adolescente sujeto del proceso (por ejemplo: la Jueza Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación de Monteros, Tucumán ha dictado sentencias de esta forma, una de ellas además, por pedido de la niña que pidió conservar su relación tanto con su padre adoptivo como con su padre biológico - “L.F.F. c/ S.C.O. s/ FILIACION. EXPTE N° 659/17-; o el desarrollo del lenguaje claro en la sentencia °02/21 del Juzgado de Menores N°2 de Corriente, Causa N°12633 “HNY y KIM S/ADOPCION”; las sentencias del Juzgado de Familia N° 2 de Orán Salta, como ser el “P. I. C/ D. S. - IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN” Expte. N° 16725/20, y o bien la

los formalismos innecesarios.⁴⁹ Asimismo, se deben garantizar mecanismos efectivos y específicos para los casos en que niñas, niños y adolescentes requieran traducción de idioma o intérprete de lenguaje de señas o de lenguas indígenas.

Tanto la normativa internacional como la local subraya la importancia, y en algunos casos la obligación de la presencia de una figura que defienda los intereses de niñas, niños y adolescentes. La CDN establece, y el Comité recomienda, que la escucha se realice "directamente", pero también se incluye la figura u órgano apropiado, lo cual inexorablemente debe entenderse como garantía de la opinión del niño, y nunca como una posibilidad de que manifieste intereses o deseos que no son los de la persona menor de edad. Por ello, las regulaciones locales, como es en nuestro caso el CCyCN, prevé en varias situaciones estas instancias de asistencia y patrocinio letrado específico, como ser el caso de conflicto de intereses con sus progenitores o representantes legales y en los procesos de adopción. La actuación de la figura del Ministerio Público en su art. 103 también debe ser entendida como una garantía del derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos, y no meramente como una representación general.

El derecho de las y los adolescentes a ser escuchados en los procesos penales.

Toda vez que en estos procesos el Estado despliega su poder punitivo, deben extremarse las garantías de niñas, niños y adolescentes para la protección de sus derechos. A su vez, se debe considerar el principio de especialidad propio de estos procesos, y su conjugación con el derecho a ser oído.

La Observación General N° 12 indica, además: *"Ese derecho debe respetarse plenamente en todas las etapas del proceso judicial, desde la etapa prejudicial, en 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"* (párrafo 58). Esta garantía genérica a todas las etapas del proceso es referida en forma más específica a otras instancias de los procesos penales: *"En caso de remisión a medios extrajudiciales, incluida la mediación, el niño debe tener la oportunidad de dar su consentimiento libre y voluntario y de obtener asesoramiento y asistencia jurídicos y de otro orden acerca de lo apropiado y conveniente de la remisión ofrecida"* (párrafo 59).

El derecho a recibir información clara y adecuada, es indispensable para el ejercicio eficaz del derecho a ser oído, por lo que el Comité indica: *"Para participar efectivamente en el procedimiento,*

sentencia del Juzgado de Control de Garantías de Primera Nominación de San Fernando del Valle de Catamarca al declarar penalmente responsable a un joven de 17 años.

⁴⁹ Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las personas en Condiciones de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, marzo de 2008. "Cap. III. Sección 2ª.- Comprensión de actuaciones judiciales"

el niño debe ser informado de manera oportuna y directa sobre los cargos que se le imputan en un idioma que entienda, así como sobre el proceso de justicia juvenil y las medidas que podría adoptar el tribunal. El procedimiento debe desarrollarse en un ambiente que permita que el niño participe en él y se exprese libremente” (párrafo 60). Esto es, la oportunidad en cada etapa del proceso e información debida para el efectivo ejercicio del derecho, a lo que suma la no publicidad (párrafo 61) de las audiencias.

Se conjuga la Observación General N° 12 con la N° 24⁵⁰ del Comité, relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, que proporciona un examen contemporáneo de los artículos y principios pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño para *“orientar a los Estados para que apliquen los sistemas de justicia juvenil de una manera holística que promueva y proteja los derechos del niño”*.

La Observación General N° 24 reitera los fundamentos de la Observación General N° 12: *“Los niños tienen derecho a ser escuchados directamente, y no solo a través de un representante, en todas las etapas del proceso, desde el momento en que entren en contacto con el sistema. El niño tiene derecho a guardar silencio y no deben inferirse conjeturas negativas cuando los niños eligen no hacer declaraciones”* (párrafo 45). El derecho a ser escuchado en toda etapa del proceso se refuerza con una participación efectiva del mismo, lo cual significa comprender las acusaciones y consecuencias, poder dar instrucciones a su representante legal, recusar a testigos, hacer una exposición de los hechos y adoptar decisiones apropiadas con respecto a las pruebas, los testimonios y las medidas que se impongan. Para ello *“El procedimiento debe llevarse a cabo en un idioma que el niño entienda totalmente o se le debe proporcionar un intérprete sin costo alguno. Asimismo, debe tener lugar en un ambiente de comprensión que permita al niño participar plenamente. Los avances logrados en una justicia que responda a las necesidades del niño impulsan que se adapten a este el lenguaje en todas las etapas y la disposición de los espacios de entrevista y los tribunales, que se cuente con el apoyo de los adultos apropiados, que se eliminen las vestimentas intimidantes del personal judicial y que se adapten los procedimientos, lo que incluye la realización de ajustes para los niños con discapacidad”* (párrafo 46). Se complementa con el derecho a ser informado sin demora de los cargos que se le imputan (párrafo 47), la real comprensión de la niña, niño o adolescente de dichos cargos (párrafo 48), el derecho a no ser obligado a declararse culpable (párrafo 58) entendiendo que *“La coerción que induzca a un niño a una confesión o a un testimonio autoincriminatorio es inadmisibles. El término “obligado” debe interpretarse en sentido amplio y no limitarlo a la fuerza física. El riesgo de una confesión falsa aumenta con la edad y el desarrollo del niño, la falta de comprensión y el temor a consecuencias*

⁵⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil*, CRC/C/GC/24, 18 de septiembre de 2019.

desconocidas, incluida la presunta posibilidad de encarcelamiento, así como en función de la duración y las circunstancias del interrogatorio” (párrafo 59).

La participación activa de las y los adolescentes en el proceso implica además el derecho a interrogar a los testigos de cargo y a solicitar testigos de descargo, debiéndose *“favorecer la participación del niño, en condiciones de igualdad, con asistencia letrada” (párrafo 61).* Como contrapartida, prohíbe el régimen de incomunicación de los menores de 18 años (párrafo 95 a) y confirma la posibilidad de que se comunique confidencialmente y en cualquier momento con su abogado o asistencia letrada (párrafo 95 e).

Este derecho debe ser garantizado por la asistencia jurídica *“desde el inicio del procedimiento, en la preparación y presentación de la defensa, y hasta que se agoten todas las apelaciones y/o recursos” (párrafo 49).* La asistencia jurídica o apropiada no se ciñe para los casos en que los niños sean condenados a penas privativas o no privativas de libertad, sino aún en los supuestos en que *“los niños son remitidos a programas o se encuentran en un sistema que no da lugar a condenas, antecedentes penales o privación de libertad” (párrafo 52).*

Nuestra justicia juvenil se ve enmarcada por el Decreto Ley 22.278 anterior a los postulados de la Convención, siendo todavía una obligación estatal adecuar su normativa a las regulaciones internacionales. Sin embargo, las jurisdicciones pueden, y muchas lo han hecho en mayor o menor medida, ajustar localmente sus procesos penales juveniles a estos preceptos. Al respecto la Defensora, junto a las cinco Defensorías provinciales de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, emitió una Recomendación Conjunta, tendiente a sancionar un nuevo régimen de justicia juvenil⁵¹.

IV.- CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A SER OIDO Y PARA UNA PARTICIPACION EFECTIVA Y CIUDADANA

Para que el derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes de lugar a una participación *efectiva*, es decir que además de ser escuchados sean activos en el ejercicio de su ciudadanía, son necesarias ciertas condiciones concretas que garanticen que sus voces no sean tomadas como una mera formalidad, sino que sus opiniones e intereses logren una real influencia en los espacios de decisión y sean partes protagónicas de los procesos sobre los asuntos que los involucran.

Ello es necesario porque, si bien tales ideas de niñas, niños y adolescentes no surgen de manera aislada, sino que son siempre producidas de manera relacional, en diálogo e intercambio

⁵¹ <https://defensoraderechosnnya.gob.ar/wp-content/uploads/2022/05/Recomendacion-Conjunta-MAYO-2022-Ley-de-Responsabilidad-Penal-Juvenil.pdf>

permanente con las y los adultos, este intercambio se produce en condiciones estructurales de desigualdad y profundo desequilibrio de poder, propio de las sociedades adultocéntricas y patriarcales, que producen que sus voces estén discriminadas e invisibilizadas. Por lo tanto, es fundamental que las dinámicas de los espacios de su participación logren generar condiciones y distribuir recursos necesarios para balancear los desequilibrios de poder y que las opiniones y formas de expresión de niñas, niños y adolescentes no sean condicionadas por las categorías o intereses de los adultos/as, ni limitadas o inhibidas.

Tales condiciones deben tener en cuenta:

Convocatoria: La participación de niñas, niños y adolescentes en las instancias debe ser voluntaria, informada y respetuosa, sin coerciones y con la posibilidad de retirarse en el momento que lo deseen. Se debe entregar de manera previa toda la información necesaria y con un lenguaje adecuado a sus capacidades, edad y características socioculturales, para permitir decidir libremente si desean involucrarse o no y se debe garantizar la privacidad y requerir un consentimiento informado para la publicación de las imágenes e identidad de las y los participantes.

Espacios: Los espacios y formas de trabajo deben ser cómodos y amigables, contemplando tiempo suficiente y recursos con soportes adecuados para una participación confortable, valorada y accesible a niñas, niños y adolescentes. Y que el ambiente y la propuesta resulten entretenidos y relevantes, es decir que no se sientan involucrados en procesos que no consideran de importancia para sus vidas. Es importante adecuar cada espacio de escucha en función de la finalidad de la misma.

Metodologías: Las metodologías y dinámicas de participación propuestas deben ser múltiples y flexibles en su formato, para dar lugar a que las propias niñas, niños y adolescentes puedan decidir sobre los modos y temáticas a tratar. Esto permite también adecuarse a las diversidades y particularidades de los distintos grupos etarios, sociales y culturales de niñas, niños y adolescentes del país, y así facilitar las distintas formas de expresión. Siempre que sea posible, debe facilitarse la auto-organización en el proceso participativo.

Voces y expresiones: Para facilitar las distintas formas de expresión de las niñas, niños y adolescentes, resulta fundamental que las adultas y adultos con quienes interactúen en tales espacios estén especialmente capacitados para no condicionar tales manifestaciones con sus propias categorías o intereses, y tengan la habilidad de poner en suspenso las propias creencias y opiniones para no condicionar la libre expresión de niñas, niños y adolescentes. Para propiciar la toma de palabra es conveniente realizar preguntas disparadoras, dar tiempo para elaborar las respuestas, no llenar los silencios de manera inmediata con los propios supuestos y opiniones, retomar las opiniones expresadas e invitar a profundizarlas, animando a disentir, sin premiar ni sancionar tales manifestaciones, de tal manera de no generar inhibiciones a la libre expresión, promoviendo el debate y legitimando los diferentes puntos de vista.

Audiencia: Para que las instancias no sean sólo “decorativas” y que las opiniones de niñas, niños y adolescentes sean efectivamente tomadas en consideración, debe garantizarse que sus expresiones sean escuchadas de manera activa por adultos/as con responsabilidad de registrarlas de la manera más fiel posible. El objetivo es que tales opiniones trasciendan el espacio directo de participación y logren visibilidad ante los responsables de los procesos de tomas de decisión. Para ello es necesario que se designe en cada encuentro una persona dedicada especialmente a tomar notas de las expresiones verbales y no verbales vertidas y garantizar el registro electrónico, con vistas a una posterior sistematización y utilización.

Evaluación: Es necesario que las propias niñas, niños y adolescentes puedan realizar evaluaciones de los espacios de participación y modalidades de trabajo, dar cuenta de cómo se sintieron, tanto para mejorar tales procesos como para hacer efectivo el impacto de sus opiniones y sentires. A su vez, deben considerarse formas de devolución de las conclusiones de los procesos de participación y los pasos a seguir, para que las niñas, niños y adolescentes puedan ir conociendo y evaluando la importancia y los efectos concretos de su participación en tales procesos. Tal evaluación debe ser incorporada al momento de realizar la sistematización.

Influencia: La participación de las niñas, niños y adolescentes efectiva requiere que se asegure que sus opiniones y expresiones manifiestas en los espacios de participación, sean tomadas con seriedad, y consideradas con relevancia tal que se

tomen acciones respecto de ellas cuando corresponda. Ello requiere una adecuada sistematización del proceso de participación, mediante la elaboración de informes, reportes, difusión en redes y publicaciones de producciones de distintos tipos que expresen sus perspectivas, elaboradas por, para y/o con las niñas, niños y adolescentes. Cuando se trate de procesos de participación ciudadana, es importante siempre que sea posible que se produzca y visibilice su participación directa en los espacios considerados, tanto como hacer conocer y difundir públicamente sus opiniones y perspectivas.

Todas estas condiciones son necesarias para lograr que el derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes de lugar a una participación *efectiva*, que haga posible que sus opiniones y perspectivas sean efectivamente tenidas en cuenta. Y que, a la vez, aporten a legitimar culturalmente la competencia y capacidades sociales de las niñas, niños y adolescentes para intervenir en los asuntos que les competen, y así contribuir a construir un compromiso social que las y los respete en su condición de ciudadanas y ciudadanos, miembros activos de sus comunidades.

V.- RECOMENDACIÓN

Por ello la Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes recomienda e insta a que:

- 1.- el Estado nacional, los estados provinciales y locales prioricen en todas sus políticas la participación de niñas, niños y adolescentes, a través de mecanismos eficaces que permitan que se expresen y que su opinión sea tenida en cuenta;
- 2.- en el ámbito familiar, nuclear y extenso se fomente el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos.
- 3.- en caso de que las niñas, niños y adolescentes se encuentren fuera del ámbito familiar, se garantice su derecho a ser oído, siendo además informados de su situación personal, vincular, jurídica, etc. y que cuenten con los canales adecuados para expresar su opinión y decidir sobre su vida cotidiana; y que para ello se establezcan mecanismos que garanticen estos derechos;

- 4.- al Estado Nacional y los Estados Provinciales, la elaboración de estándares de calidad de los dispositivos de cuidado, sean públicos o privados, de modalidad residencial o familiar, que incluyan las mejores prácticas del derecho a ser oído y el desarrollo de la autonomía progresiva.
- 5.- los ámbitos educativos fomenten este derecho, tanto en forma individual como colectiva, y que su opinión sea tenida en cuenta en el proceso de toma de decisiones en la vida estudiantil; y que esta participación sea constante y progresiva;
- 6.- las y los efectores de salud informen a niñas, niños y adolescentes de manera clara, sencilla y adaptada a sus capacidades/necesidades los asuntos inherentes a su estado de salud y a ser partícipes en el proceso de toma de decisiones; a su vez, se recomienda que los centros de salud sean abiertos y amigables para el ejercicio de sus derechos;
- 7.- se garantice el derecho de niñas, niños y adolescentes migrantes, de comunidades indígenas y a ejercer su derecho a ser oído mediante sistema de apoyo, traductores o intérpretes en caso de requerirlo, según protocolos específicos;
- 8.- se facilite la participación de niñas, niños y en especial de adolescentes en los procesos electivos, acercando las propuestas de las y los candidatos en las elecciones en forma clara y sencilla, y fomentando su participación en los debates;
- 9.- se garantice que los medios de comunicación brinden información clara y adaptada a niñas, niños y adolescentes sobre todos los asuntos que las y los afecten, respetuosa de sus derechos y evitando cualquier situación discriminatoria o de revictimización, y a su vez brinden el espacio para que expresen sus opiniones;
- 10.- en los procesos judiciales y administrativos en que se diriman asuntos que los afecten, se adopten las medidas apropiadas para:
 - a) velar por el ejercicio adecuado, eficaz y efectivo de su derecho a ser oído, como un proceso y no como un acto único
 - b) garantizar su participación activa en las decisiones.
 - c) establecer un mecanismo de denuncia, queja o revisión, en caso de considerar que su opinión no fue tenida en cuenta;
 - d) contemplar la totalidad de las expresiones y manifestaciones efectuadas por niñas, niños y adolescentes en sus diversas formas, respetando sus tiempos
- 11.- al momento de la citación de una niña, niño o adolescentes a ejercer su derecho a ser escuchado se brinde información completa respecto a los motivos de la convocatoria y del proceso administrativo o judicial del cual es parte, dejando expresa mención que se trata de un derecho y no una obligación, pudiendo la niña, niño o adolescente saber que puede no ejercerlos.
- 12.- se garantice la escucha por parte de juezas y jueces, autoridades administrativas y equipos técnicos, tomándose en cuenta, además, los testimonios que brinden otros referentes del niño,

docentes, profesionales que estén en contacto habitual y donde estos puedan haber hecho un relato espontaneo que no se debe subestimar.

13.- en aquellas sentencias que colisionan con lo deseos y voluntades manifestados por niñas, niños y adolescentes, la resolución debe dar cuenta de manera fundada de la forma en que se valoraron y analizaron sus opiniones y como han sido evaluadas a la luz de su interés superior; además, verbalizar una devolución a la niña, niño o adolescentes por parte del decisor del temperamento adoptado, utilizando lenguaje claro, sencillo y comprensible y con una argumentación clara.

14.- se garantice el derecho a una asistencia letrada y patrocinio letrado para la defensa de las opiniones e intereses de las niñas, niños y adolescentes;

15.- en los procesos en que niñas, niños y adolescentes sean sospechados o imputados de delitos, se extremen las garantías para que ejerzan su derecho a ser oídos en cada etapa del procedimiento, con la asistencia letrada especializada y oportuna;

16.- se dote de recursos y capacitación a todos aquellos operadores administrativos y judiciales, potenciando la perspectiva interdisciplinaria y la normativa integral de derechos de infancias y adolescencias con el objeto de elevar sus estándares de intervención.

17.- cuando una niña, niño y adolescente, o un grupo de ellas o ellos, manifieste interés en asuntos de su barrio, club, comunidad, municipio o sociedad, se fomente su participación, garantizando sus derechos, entre ellos el de ser escuchados y que su opinión sea tenida en cuenta;

18.- se garanticen las condiciones para el ejercicio del derecho a ser oído y para una participación efectiva y ciudadana, expuestos en el punto IV de esta recomendación.



Juan Facundo Hernández
Defensor Adjunto de los Derechos
de las Niñas, Niños y Adolescentes



Marisa Graham
Defensora de los Derechos
de las Niñas, Niños y Adolescentes