

NOTA DE JURISPRUDENCIA

(Con hipervínculos a la base online)

DERECHO A SER OÍDO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*

I. La opinión de niño: Alcance y valoración

Nuestro Máximo Tribunal en [C; H.D., sentencia del 2 de septiembre de 2014](#) expresó que conforme la interpretación del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño, **el derecho de los niños a ser oídos forma parte de uno de los cuatro principios generales del Convenio**, junto al derecho a la no discriminación, a la vida y al desarrollo y a la consideración primordial del interés superior del niño. **Su observancia no es discrecional, sino que constituye una obligación jurídica de los Estados, que deben garantizar su observancia sistemática en los procesos judiciales.** Recalcó que no es posible asegurar **el principio protectorio del interés superior si no se respeta el derecho a ser escuchado**, el que viene a facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida.

Ha sostenido que **el derecho de todos los niños a ser escuchados constituye uno de los valores fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño**, a punto tal que no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del art. 12 (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, puntos 2 y 74) ([Fallos: 344:2669](#)).

En esa línea en el citado precedente remarcó que tanto la ley 26.061 como el art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación expresamente receptan lo dispuesto por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto dispone que 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 lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez.

En cuanto a exigencia legal que impone a los jueces escuchar la opinión de los niños expresó que la misma **no implica el cumplimiento de una mera formalidad ni impide que aquellos puedan desatender sus preferencias si de los elementos obrantes en la causa surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés**, pero cuando las circunstancias del caso advierten sobre la necesidad de atender sus expresiones, **es responsabilidad de los magistrados adoptar una decisión que**, al contemplarlas, conjugue de la mejor forma posible todos los intereses en juego sobre la base de parámetros sustentados en una razonable prudencia judicial y teniendo en miras que **es la conveniencia de la persona en formación lo que debe guiar la labor decisoria**; máxime cuando dichas expresiones se han mantenido inalteradas en el tiempo pese a los intentos orientados

*La Secretaría de Jurisprudencia agradece la colaboración y sugerencias del Dr. Tomás Dillon.

a lograr una morigeración de su contenido y no se avizora la posibilidad cierta de modificación en las condiciones actuales ([Fallos: 344:2669](#)). Sumado a ello mencionó que en la apreciación de las diferentes variables que contribuyen a conformar el concepto de interés superior del niño, **la opinión del niño, niña y adolescente constituye un parámetro que** en determinados asuntos **adquiere y exige una imperiosa ponderación** atendiendo a la edad y madurez de quien la emite, desde que no cabe partir de la premisa de que aquellos son incapaces de formarse un juicio propio ni de expresar sus propias opiniones.

II. Participación en el proceso

La Corte expresó que **el niño tiene derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de sus representantes** (art. 12.2 de la Convención del Niño), y a solicitar protección judicial para que no se ventilen aspectos que hacen a su filiación ([Fallos:324:975](#) votos de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Guillermo A. F. López y de los Dres. Antonio Boggiano y Adolfo Roberto Vázquez).

Ha establecido que con el objeto de **atender primordialmente al interés del niño y con el propósito de que este último sea escuchado con todas las garantías a fin de que pueda hacer efectivos sus derechos**, se debe solicitar al juez de la causa que **designa un letrado especializado** en la materia para que lo patrocine ("[B., C. I.](#)" [sentencia del 09/09/2021](#); "[J., C. A.](#)", [sentencia del 29/05/2018](#); "[G. de O. M.V.](#)", [sentencia del 27/11/2014](#); "[S., F. M.](#)" [sentencia del 11/12/2014](#); [335:2307](#); [333:2017](#)).

Asimismo sostuvo que **la intervención del asesor de menores en ambas instancias, satisface la obligación que impone el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño** (ley 23.849) a los Estados de garantizarle al niño el derecho a ser oído ([Fallos: 318:1269](#)).

Sin embargo en [Fallos: 335:1136](#) **rechazó el pedido formulado por una menor de once años a fin de ser tenida por parte -por derecho propio y con el patrocinio de un letrado de su confianza-** en el juicio de tenencia entablado entre los progenitores. Sostuvo allí que el caso se diferenciaba del precedente "[G., M. S. c/ J.,V. L. s/ divorcio vincular](#)" ([Fallos: 333:2017](#)), en el que - atento las particulares circunstancias presentadas- se resolvió designar a los menores involucrados un letrado especialista en la materia para su patrocinio, a fin de que fueran escuchados con todas las garantías y pudieran hacer efectivos sus derechos, de forma tal que no fueron los menores sino el magistrado interviniente quien procedió a nombrar el patrocinio letrado requerido por el Ministerio Público de la Defensa.

La Corte ha resuelto en relación a la **falta de intervención del Ministerio pupilar que son descalificables las sentencias que omiten dar intervención** a éste para ejercer la representación promiscua cuando la resolución compromete en forma directa los intereses del menor de edad, por cuanto ello importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no solo menoscaba su función institucional sino que **acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones** ([Fallos: 341:424](#)).

Así en "Carballo de Pochat" (Fallos: 332:1115) **resolvió declarar la nulidad de lo actuado** desde el dictado del fallo de primera instancia y disponer que el Ministerio Pupilar tome intervención en el juicio. Para decir en tal sentido consideró que **si bien el Defensor Oficial había asumido la representación promiscua de los menores y adherido a la demanda** interpuesta por la madre de aquéllos a fin de que se condene al Estado al pago de una indemnización por la muerte del progenitor -reclamo admitido en lo sustancial pero no en la totalidad del monto reclamado-, **luego de ello no había tenido intervención alguna en dicha causa a partir del dictado de la sentencia de grado**, por lo cual debía invalidarse la decisión de la cámara que -pese a esa omisión- había revocado in totum el fallo de la instancia anterior.

En "Rivera" (Fallos: 333:1152) expresó que teniendo en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 59, 493 y 494 y art. 54 de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946 **el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad**, e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio y **al advertirse que no se dispuso la participación del Ministerio de Menores** pese a que obraba un pedido expreso en tal sentido de la actora al entablar la demanda, como que tampoco se le confirió intervención alguna previo a la adopción de decisiones posibles de causar a dicha representación promiscua un gravamen de insusceptible reparación ulterior, **correspondía declarar la nulidad de las resoluciones dictadas sin esa participación previa**.

En la misma línea **determinó que debía decretarse la nulidad de la sentencia dictada en primera instancia** –denegatoria del beneficio de litigar sin gastos deducido con el objeto de reclamar al Estado Nacional la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la muerte en el atentado a la AMIA- y de los actos procesales culpables con posterioridad, **toda vez que el Defensor Oficial no había tenido intervención alguna en la causa y ante la existencia de menores involucrados en la contienda**, debía resguardarse el derecho de defensa de éstos y garantizarse la doble representación que legalmente les correspondía (Fallos: 334:419).

En el marco de **un juicio de alimentos, también declaró la nulidad de la decisión** de cámara que dispuso la designación como Oficial de Justicia ad hoc de una psicóloga para que entrevistara a un menor en el ámbito escolar en tanto **se había omitido expresamente la notificación de la medida al Ministerio Público de la Defensa** (Fallos: 340:29).

Asimismo en Fallos: 341:424 expresó **si el a quo desconoció el carácter de representante a la Defensora de Menores de Cámara frente a la omisión de la madre de la niña de fundar el recurso de apelación** respecto de la sentencia que había fijado la cuota alimentaria, **la posterior declaración de inapelabilidad de la cuestión desconociendo la entidad de la representación que por las circunstancias del caso correspondía, vulnera lo dispuesto por el art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación** y lesiona el derecho de defensa en juicio de la menor de edad (art. 18 de la Constitución Nacional).

En la causa "R.D. c/ N.S., A.M. s/ régimen de comunicación", sentencia del 6 de mayo de 2021, luego de desestimar el recurso de queja interpuesto, la Corte hace saber a la jueza de primera instancia lo manifestado por el señor Defensor General Adjunto ante la Corte Suprema en su dictamen a los fines que estime corresponder, en relación a la designación de un tutor especial para la niña (art. 109 CCCN)

Por último recientemente en una contienda donde se discutía la procedencia de la **indemnización por fallecimiento de un trabajador** reclamada por una mujer y sus dos hijos menores consideró **arbitraria la sentencia que confirmó la declaración de la caducidad de la instancia del proceso**. Sostuvo que el a quo al resolver de esa forma había pasado por alto la **participación necesaria que correspondía conferir al Ministerio Público** competente a nivel local para garantizar el impulso del trámite del expediente en caso de inacción de la progenitora, y **a los efectos de defender los intereses del niño, en particular, su derecho a ser oído** (Fallos: 345:251).

III. Restitución Internacional

En lo que respecta a la **restitución internacional de menores** la Corte ha expresado que en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, **la apreciación de la opinión del menor -con edad y grado de madurez suficiente- no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores; el Convenio, por su singular finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de sus dichos** de modo que la posibilidad de negar el retorno solo se abre frente a una voluntad cualificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como **repudio irreductible a regresar** (Fallos: 339: 1763; 336:97; 344:3078).

En Fallos 344:3078 resolvió que debía revocarse el **rechazo del pedido de restitución internacional de las niñas**, pues de las constancias de la causa surgía que ellas **habían sido adecuadamente oídas durante el proceso de manera directa por los magistrados** intervinientes en las diferentes instancias judiciales y también por intermedio de profesionales especializados, sin que de una adecuada ponderación, tanto de sus dichos como de las consideraciones efectuadas en las distintas resoluciones e informes emitidos en la causa, pudiera concluirse la existencia de una oposición a retornar con las características exigidas para configurar la excepción del art. 13, penúltimo párrafo del Convención de la Haya de 1980.

IV. Cuidado Personal

En casos donde se han discutido temas vinculados al **cuidado personal** la Corte Suprema expresó en Fallos 344:2669 que cabe revocar la sentencia que confirmó la medida cautelar que ordenaba el reintegro de los niños al cuidado de su madre, pues **la decisión cuestionada** hizo particular mérito de la existencia de un acuerdo de cuidado personal y régimen de comunicación homologado e incumplido por el progenitor, de la falta de acreditación suficiente de los hechos de violencia alegados, así como de la intervención del discurso paterno, pero **no ponderó adecuadamente**, a la luz del desarrollo de los hechos, **la incidencia que en la solución que proponía evidenciaba, la concordante y férrea opinión expresada por los niños que se oponían y se oponen a volver a residir y a estar al cuidado de su progenitora**, así como a vincularse con ella. Agregó luego que la expresión de voluntad de los niños, reiterada en la audiencia celebrada ante la

Corte, en la que ratificaron la postura que vienen manteniendo a lo largo del proceso, **resulta relevante a los efectos de determinar el interés superior del niño al que debe atenderse de manera primordial**, en tanto no pudo pasar desapercibido que tal actitud, mantenida -con algunos vaivenes que fueron perdiendo entidad con el tiempo- al margen de que pudo haberse originado en la alienación con el discurso paterno ayudado por la posición de la madre, no ha podido ser revertida pese a las distintas intervenciones judiciales y tuvo como correlato el constante fracaso de todas las estrategias de revinculación con su progenitora y, en consecuencia, la consiguiente imposibilidad de hacer efectiva la decisión de reintegro confirmada por la corte local.

En la causa "G., P.G." (Fallos: 344:2471) señaló que la sentencia que confirmó la decisión que dispuso que se cumpla -sin la realización de las medidas para mejor proveer ordenadas por el juez de primera instancia- con la resolución que ordenaba **la adopción de un modo convivencial alternativo para el niño debe ser revocada, pues omitió la consideración de la férrea opinión expresada por el niño que se oponía -y se opone- a abandonar el domicilio materno**, según dan cuenta los informes elaborados, en tanto las circunstancias particulares del caso advertían sobre la necesidad **de tener en cuenta la opinión del niño y de valorarla según su grado de madurez y discernimiento a fin de decidir sobre una cuestión con una clara repercusión en su vida** (arts. 9 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3, incs. b y d de la ley 26.061, y 707 del Código Civil y Comercial de la Nación). Concluyó expresando que tanto los arts. 39 y 41 de la ley nacional 26.061 como los arts. 35, ap.1 y 35 bis de la ley 13.298 de la Provincia de Buenos Aires, fijan que la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos constituye una medida excepcional y subsidiaria en resguardo del interés superior del niño, respecto de la que se **debe dar especial consideración a su opinión**.

V. Procesos penales

En la causa "H., A. O" (Fallos: 344:1509) dispuso que **es arbitraria la decisión que llamó a prestar declaración indagatoria a un menor de 15 años de edad con sustento en el derecho a ser oído (art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño)**, pues la propia naturaleza de la medida procesal que los jueces pretendían llevar adelante, choca contra el carácter de prerrogativa de la garantía que expresamente invocaron para justificarla, en tanto la finalidad esencial de la convocatoria judicial a prestar declaración indagatoria no es otra que la de imponer, al acusado de un delito, los hechos y las pruebas que sostienen la imputación que se dirige en su contra, de manera de brindarle, a partir de ese momento, la posibilidad de contrarrestarla y la del impulso del proceso, a los fines de la interrupción de la prescripción de la acción penal. Agregó que tal decisorio no había sopesado con detenimiento si, en el contexto de una medida con las características señaladas, podría resultar preservado eficazmente el entorno necesario para explorar la voluntad del menor convocado en condiciones que aseguren su absoluta autodeterminación, correspondientemente con su edad y madurez. Remarcó por último que frente a un sistema normativo que deja al margen a los niños y a los adolescentes hasta los dieciséis años de la potestad sancionatoria del Estado, **debe ser contrarrestada con énfasis la noción relativa a la posibilidad de canalizar el derecho del menor a expresar su perspectiva acerca del proceso que lo involucra, mediante la utilización**

de un instituto de derecho procesal penal – declaración indagatoria- que no preserva ninguno de los rasgos esenciales de la garantía en cuestión.

En una causa donde se investigaba el delito de **abuso sexual en perjuicio de una niña** la Corte **consideró arbitraria la sentencia que para absolver al imputado** hizo hincapié en el supuesto desinterés, hipotéticas contradicciones y la omisión de detalles brindados por la víctima menor de edad. Expresó que con ello la sentencia se apartó de los estándares internacionales establecidos para el juzgamiento de esta clase de hechos, **relativizando el relato de la niña** a pesar de que los informes psicológicos descartaron la presencia de elementos fabulosos y de tendencia a la fabulación, sus maestras destacaron su honestidad, y aquélla expuso -en los términos que le permitió su edad y desarrollo- información precisa, relevante y sustancial acerca del lugar en que ocurrieron los abusos denunciados, cómo se desarrollaron, los concretos actos en que consistieron y las palabras que intercambió con el imputado ([Fallos: 343:354](#)).

Allí recordó que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Observación General n° 12 (2009) -"Derecho del niño a ser escuchado"- destacó que **"el niño víctima y el niño testigo de un delito deben 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'" (parágrafo 62), cuyo artículo 8° establece que con sujeción al derecho procesal nacional, **todo niño tiene 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.

VI. Extradición

En materia de extradición y el derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes la Corte expresó recientemente que correspondía confirmar la sentencia que había ordenado la extradición, pues **la crítica efectuada en relación al derecho del niño a ser oído y a participar en el procedimiento no se había hecho cargo de que el a quo** –previo al juicio- **había dado intervención a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces**, habilitándola a intervenir en el debate en representación exclusiva del menor y así lo hizo planteando su posición para que no se hiciera lugar a la extradición, y que, adicionalmente, el propio recurrente había señalado que la forma en que iba a participar el niño quedaba garantizada por la intervención de la defensora ("[Castillo](#)" [Fallos: 345:278](#)).

En [Fallos: 339:906](#) ha mencionado que es **improcedente el planteo de nulidad de la decisión que hace lugar a la extradición por no haber oído a los hijos menores** de edad del requerido en el procedimiento, pues más allá de que el agravio fue introducido tardíamente, no se indicó el motivo por el cual tal medida debió adoptarse durante el trámite si se tiene en cuenta que **no está previsto por el ordenamiento jurídico ni el niño tiene una pretensión autónoma para oponerse** a la declaración de procedencia de la extradición de su/s progenitor/es.

La Corte Suprema ha señalado que a los fines de la extradición, **resulta insuficiente per se la mera invocación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño para fundar un planteo de nulidad del procedimiento** por no haber dado intervención al niño hijo del progenitor sometido al trámite, máxime si la parte no se hace cargo de que el mismo precepto consagra que **el derecho a ser oído del niño debe efectuarse "en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional"** y la ley aplicable al procedimiento de extradición no regula su intervención ni invoca circunstancias de hecho que aconsejen la adopción de alguna medida en salvaguarda del "interés superior del niño" (Fallos: 339:94). Similar criterio ya había sido sustentado en el precedente "Paz", [sentencia del 09/12/2009](#) y [331:1352](#).

En "Lagos Quispe" (Fallos: [331:1352](#)) ha resuelto que corresponde rechazar el planteo de nulidad deducido contra la resolución que hizo lugar a la extradición, sustentado en que no se dio intervención en el trámite al hijo menor del requerido- estimando que era necesario en el marco de lo dispuesto por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás normas concordantes de la ley 26.061-, pues sus reparos **resultan infundados desde que aparecen dirigidos a introducir una causal de improcedencia no contemplada en el tratado aplicable** y no a hacerse cargo de criticar lo actuado por el a quo para salvaguardar el "interés superior" del niño, tanto en lo que respecta a su intervención en el procedimiento como ante una eventual separación entre padre e hijo que pudiera resultar de la procedencia de la extradición.

Buenos Aires, agosto de 2022

jurisprudencia@csjn.gov.ar