

El Derecho a ser oído y su implicancia en el Derecho de defensa.* Andrea Fasoli

Resumen: el derecho a ser oído de los niños y adolescentes constituye uno de los pilares del paradigma vigente que considera a los mismos como sujetos de derechos. Sin embargo, es uno de los derechos más difíciles de implementar y llevar a la práctica en el ámbito de la justicia penal juvenil. Por ello, con la premisa de dilucidar esta cuestión, se realizará desde un enfoque teórico y académico, un análisis de su contenido, de las dificultades que han acarreado su interpretación, y de la relación que tiene con el derecho a la información y el derecho a la defensa.

Introducción

La expresión “Derechos Humanos” resulta sumamente difícil de conceptualizar por lo que constituye un asunto complejo poder aportar una definición de la misma. Existen distintas posturas que han buscado dar respuesta a la pregunta de qué hablamos cuando nos referimos a Derechos Humanos. Así, encontramos tesis como la de Santiago Nino, quien a decir de Genaro Carrió, parte de tres puntos centrales, a saber: a) los titulares de los Derechos Humanos son todos los hombres por el solo hecho de serlo, con independencia de las circunstancias de sexo, raza, religión, edad, status social, económico, etc. b) tienen una naturaleza moral, no encontrando su razón de ser en las normas del derecho positivo. c) derivan de los principios de inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona humana.¹ Pueden completarse estas nociones con el siguiente aporte:

*“Los Derechos Humanos son la proyección normativa, en términos del deber ser, de aquellas necesidades que son potencialidades de desarrollo de los individuos, de los grupos, de los pueblos. El contenido normativo de los Derechos Humanos en esta concepción histórico social, por tanto excede cada vez a sus transcripciones en los términos de derecho nacional y de las convenciones internacionales, así como la idea de justicia sobrepasa siempre sus realizaciones en el derecho e indica el camino hacia la realización de la idea del hombre, o sea el principio de la dignidad humana”.*²

¹ La inviolabilidad implica que no pueden imponerse sacrificios a un individuo, aún cuando sea en beneficio de otro u otros. La autonomía se refiere a que cada persona puede perseguir sus planes de vida razonables. Finalmente, la dignidad está vinculada a la idea de que debe tratarse y juzgarse a los hombres por sus elecciones voluntarias y no por sus propiedades no controlables. Véase: Genaro Carrió, Abeledo Perrot, *Los Derechos Humanos y su protección*, Buenos Aires, 1989, pp. 12/22.

² “Democracia y Derechos del Niño”, *Justicia y Derechos del Niño N° 9*, Unicef, Chile, 2007, pp. 17

En un sentido contrario, encontramos posiciones como las de Eduardo Rabossi, cuya tesis sostiene que son Derechos Humanos los definidos por textos de Derecho Internacional Convencional que los consagran y tutelan. Así, puede decirse que los Derechos Humanos son derechos que los seres humanos por razones políticas y morales determinan como tales, siendo dentro del contexto internacional un cúmulo de declaraciones y tratados adoptados por los organismos internacionales.³

Esta es la concepción de Derechos Humanos con la que se va a trabajar en este artículo, no por no acordar con una posición iusnaturalista, sino porque resulta más útil atento a que estará centrado en el análisis de la normativa internacional y nacional, desde una perspectiva jurídica y no moral.

Resulta necesario, hacer referencia al origen histórico del nuevo orden internacional. “Los horrores de de la Segunda Guerra Mundial, únicos por su calidad, inspiraron a los Estados para construir un nuevo orden internacional, en el que el respecto por los Derechos de los seres humanos tuvieran un lugar, constituyendo una cuestión de interés común entre los mismos y uno de los objetivos de la comunidad internacional”. A estas normas a las que se llamó Derechos Humanos, vinculan a los Estados y permiten que se realicen reproches por violaciones no reparadas. En otras palabras, el Estado debe respetar y garantizar estas normativas, a fin de no ser pasible de responsabilidad internacional.⁴

En este marco histórico social, en el cual, como consecuencia del progresivo reconocimiento cultural de la niñez y a la adolescencia como fases de la vida humana merecedoras, por sus características de vulnerabilidad, de una protección especial⁵, en noviembre de 1989 la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó la Convención de los Derechos del Niño (en lo adelante C.D.N), considerada un hito fundamental en la positivización de los derechos del niño, que entre otros aspectos relevantes cambió el paradigma para considerar a las niñas, niños y adolescentes como sujetos titulares de derechos autónomos y de obligaciones y no intereses que los terceros estaban llamados a

³Rossetti, Andrés, “La Universalidad de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional”, en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas N° 13*, Año 2004, pp. 69/70.

⁴ Picco, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Ediciones del Puerto, Argentina, 1998, capítulo 1.

⁵ El preámbulo de la C.D.N. hace referencia a la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en estatutos e instrumentos de los organismos especializados que se interesan en el bienestar del niño.

tutelar, y constituyó un instrumento jurídicamente vinculante para los Estados que la ratificaron, no teniendo un carácter meramente declarativo.⁶

Así, la C.D.N, reconoce formalmente a los niños como actores sociales, proporciona normas mínimas de cuidado, protección y tutela de los mismos para garantizar su desarrollo e incluye un catálogo de derechos. Entre estos, encontramos a los llamados derechos civiles y políticos, a los derechos económicos, sociales y culturales (denominados comúnmente derechos de primera y segunda generación), derechos específicos por tratarse de niños como el derecho a no ser separados de los padres, el derecho a jugar, etc. y otros derechos para categorías específicas, como es el caso de los niños refugiados (art. 22), con discapacidades (art. 23), niños que pertenecen a minorías (art. 30) y niños involucrados en conflictos armados (art. 38).

Por su parte, encuentran su consagración varios principios fundamentales que deben servir para interpretar al resto de los derechos especificados, siendo estos: a) el principio del interés superior del niño⁷ b) el principio de no discriminación⁸ c) derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo⁹ d) respeto por la opinión del niño.¹⁰ Así mismo, no puede soslayarse que el art. 37 CDN se refiere a las garantías respecto a la penas y a la privación de la libertad, mientras que el art. 40 del mismo ordenamiento hace referencia a garantías procesales como el principio de inocencia, el derecho a la información y asistencia jurídica, juez imparcial, no declarar contra sí mismo, etc.

A esto debemos agregar, de acuerdo a las Directrices para la aplicación de la Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa, que se establece un paquete de derechos que poseen las niñas, niños y adolescentes en cada etapa del sistema de justicia penal, entre los que se destacan: el derecho obligatorio a ser asistido por un abogado, las

⁶ Fanlo Cortez Isabel, "Los derechos del niño y las teorías de los derechos: introducción a un debate"; en *Justicia y Derechos del Niño N° 9, Unicef, Chile, 2007*, pp. 17

⁷ El art. 3 CDN, en su primer párrafo establece: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial será el interés superior del niño"

⁸ Art. 2.1 CDN "Los Estados partes representarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

⁹ Art. 6.1CDN: los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 6.2 Los Estados partes garantizarán en la máxima medida de lo posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

¹⁰ Regulado por el art. 12 de la CDN.

normas en los interrogatorios, su participación en los procesos, la formación especializada obligatoria de jueces, autoridades policiales y personal de los centros de ejecución de medidas y disposiciones sobre la detención y la internación, en virtud de las cuales los menores deben permanecer con internaciones cautelares solo cuando no haya otra alternativa.

Ahora bien, en consonancia con lo dicho por Mary Beloff¹¹, el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, resulta esencial para estructurar la protección integral de los jóvenes. Es por esto que el objetivo de este trabajo consiste en examinar detenidamente el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos, para lo cual, en primer lugar, se revisará la normativa a nivel internacional y regional y los requisitos que presupone. En segundo lugar, se propone analizar cuál es la relación entre el derecho a ser escuchado y el derecho de defensa, centrándose en cual la manera correcta de interpretarla a los fines de que se tengan en cuenta los intereses de los jóvenes. Sobre este particular, se indagará sobre si es adecuado que los jóvenes sean considerados parte en un proceso penal seguido en su contra, las posibilidades de ofrecer prueba, y de recurrir las decisiones jurisdiccionales que los afecten.

No puede soslayarse, que la Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa, sostiene que la participación del adolescente en conflicto con la ley penal, de las víctimas y de la comunidad entera, permite visualizar a la justicia restaurativa como una forma de recomposición de la armonía social vulnerada por un hecho ilícito, y considera necesario que se aborde a la justicia juvenil desde un enfoque restaurativo que tenga en cuenta las particularidades sociales, culturales e históricas de nuestros pueblos.

La relevancia de tratar estos temas se vincula con la importancia de contribuir al análisis de uno de los derechos centrales de las niñas, niños y adolescentes, imprescindible si se busca sinceramente considerarlos como un sujeto, como es el derecho a ser oído, que si bien tiene una vasta consagración normativa, en muchas ocasiones no se efectiviza, lo que se imposibilita que se cumpla con otros derechos fundamentales de la Convención de los Derechos del Niño, incluso con el principio rector, esto es, “el interés superior del niño”.

¹¹ Beloff, Mary, “Un modelo para armar y otro para desarmar: la protección integral de derechos vs. Derechos en situación irregular”, publicado en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004.

Es necesario aclarar, que no se harán referencias al derecho a ser oídos de los niños/adolescentes víctimas ni testigos de delitos, ni a los que se vinculen a cuestiones de familia o de índole administrativa, sino que se limitará el análisis, a los jóvenes que se encuentran imputados por la supuesta comisión de un delito, es decir, de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible. En otras palabras, se hará un análisis del derecho de las niñas, los niños y adolescentes a ser oídos dentro del marco de la justicia penal juvenil con un enfoque restaurativo.

El Derecho de Niños y Adolescentes a ser oídos.

La C.D.N., implicó un cambio de paradigma desde el punto de vista jurídico, filosófico y cultural, al considerarlos como titulares de derechos y de obligaciones, y no como objetos de protección. Dicho de otra manera, se dejó de lado el llamado “modelo tutelar” o “de situación irregular”, para dar paso a la consagración del modelo de “protección integral”.

Este reconocimiento como titular de derechos autónomos, se consagra a partir del principio de capacidad progresiva¹², que trae aparejado que las niñas, los niños y adolescentes sean efectivos sujetos de derechos privados y públicos, que antes eran considerados exclusivos de los adultos, para incorporarlos como ciudadanos.¹³

Ahora bien, ¿cuál es la importancia de que se considere a los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos? La respuesta en a este interrogante, se encuentra en que constituye un punto de partida que les permite exigir y demandar obligaciones de origen jurídico de partes de otros, habiendo asignado la Convención de los Derechos del Niño responsabilidades a la familia, la sociedad civil, la cooperación internacional y especialmente el Estado.¹⁴

Este punto, encuentra una estrecha relación con el principio de efectividad, que es el compromiso asumido por los Estados miembros de dar cumplimientos a los derechos reconocidos en la Convención que ratificaron. La efectividad es un proceso que implica dos elementos: a) un reconocimiento normativo en la legislación interna, buscando que las leyes, los decretos, las resoluciones, etc., sean coherentes con los derechos enunciados en la C.D.N. b) la implementación de políticas públicas y prácticas institucionales y de las asociaciones intermedias que favorezcan los medios que posibiliten el ejercicio de los

¹² El art. 5 de la C.D.N. proclama: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación para que el niño ejerza los derechos que le son reconocidos en esta Convención.” No corresponde que se utilice este argumento para limitar los derechos a los niños y adolescentes por su edad, o sustituyendo la información o participación que debe darse en un proceso, por entender que se cumple con este requisito cuando se les da intervención a los padres o representantes.

¹³ Bonzano, María de los Ángeles, “Los Derechos Humanos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010, pp. 42/66

¹⁴ Pérez Scalzi, Alejandra, “De pequeñ@s y grandes ciudadan@s, un enfoque desde los derechos económicos, sociales y culturales”; en *Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010, pp. 68/87.

derechos, siendo indispensable que tengan en cuenta los condicionamientos socioeconómicos.¹⁵

Con el propósito de clarificar las diferencias entre los dos modelos, se agrega a continuación un cuadro comparativo, realizado de acuerdo a las diferencias planteadas por Mary Beloff¹⁶:

	CONCEPCIÓN DE LA SITUACIÓN IRREGULAR O MODELO TUTELAR	CONCEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
Principales características	<p>Aplica un derecho penal de autor, donde lo relevante no es el comportamiento típico, jurídico y culpable, sino las condiciones personales del autor.</p> <p>Se recurre a la protección de la "infancia desvalida", lo que implica que no se le reconozcan los derechos de los adultos y no se tenga en cuenta los efectos de la marginalidad y violencia que se genera con la intervención "protectora" del Estado.</p>	<p>Se aplica el Derecho Penal de acto, no son las condiciones personales del sujeto las que habilitan al Estado a intervenir sino su participación en un delito.</p> <p>Se separa la justicia penal juvenil de la idea de promoción de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.</p>
Intervención estatal	<p>Se considera que hay una situación irregular, de "peligro moral o material" o de "situación de riesgo", que habilitan la intervención coactiva del Estado.</p> <p>No se respeta el principio de legalidad, lo que habilita tanto un tratamiento para niños que cometieron un delito como para los que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de Derechos fundamentales.</p>	<p>Desaparecen categorías vagas y antijurídicas de "riesgo o peligro moral o situación irregular".</p> <p>Se establecen derechos de niñas, niños y adolescentes, y si alguno de éstos se encuentra violado o amenazado es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado, previéndose el ejercicio concreto a través de mecanismos de protección eficientes y efectivos.</p>

¹⁵ Rey Caro, Ernesto y Nora Lloveras, "Efectividad de los Derechos del Niño en la Provincia de Córdoba. Desempeño de los Operadores Jurídicos y Sociales", *Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010, pp. 231/263.

¹⁶ Beloff, Mary, "Un modelo para armar y otro para desarmar: protección integral de derechos vs. Derechos en situación irregular", publicado en, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004

	<p>Se confunde lo relacionado a niños a los que se les imputa delitos con cuestiones de política social y asistencia directa, lo que habilita el internamiento (encierro) como forma de protección</p>	<p>Se respeta el principio de legalidad.</p>
<p>ROL DEL JUEZ</p>	<p>Deja de lado funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir funciones más relacionadas con la ejecución de políticas sociales.</p> <p>Concentra funciones en una sola persona: juez-padre-acusador-decisor-defensor.</p> <p>Se espera que actúe como un "buen padre de familia", no limitado por la ley y con facultades de disposición sobre el niño y la familia.</p>	<p>Tiene una función jurisdiccional ya sea de Derecho Público (penal) o de Derecho Privado (familia).</p> <p>Las funciones están limitadas por la ley y las garantías de los niños y adolescentes.</p>
<p>SUJETO DESTINATARIO DE LAS LEYES</p>	<p>Se piensa en la aplicación de leyes e instituciones para una parte o subclase dentro del universo de la niñez o adolescencia: "los menores"</p> <p>Se considera a los niños como objetos de protección, como seres incompletos e incapaces.</p> <p>La opinión del niño es irrelevante, se excluye la voz del menor, que no tiene nada importante para decir.</p>	<p>Se define a los niños de manera afirmativa como sujetos plenos de derechos que tienen la única particularidad de estar creciendo, por lo que les corresponden los derechos de los adultos más los derechos específicos por esta particular situación.</p> <p>Se recupera la universalidad de la categoría de infancia, no se los considera "menores" ni incapaces. Los Derechos de la Convención tienen como destinatarios a toda la infancia y no a una subclase.</p> <p>Es fundamental el derecho de los niños a ser oídos, se busca una situación similar a un diálogo, buscándose una sociedad más democrática y participativa.</p>

Reconocimiento internacional del Derecho a ser oído.

Como se ha visto el Derecho a ser oído, tiene un lugar preponderante en la nueva concepción de protección integral de los derechos. Ha sido establecido por la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos (art. 10), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14 inc. 1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8 inc. 1.)

Por su parte, la C.D.N., especifica en su artículo 12: *“1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que 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 proceso judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”*

Como puede observarse, del texto de este artículo, surgen algunos interrogantes: a) ¿a partir de qué edad el niño o adolescente debe ser escuchado? b) ¿Cuál es la oportunidad procesal para hacerlo? c) ¿Quién debe o puede escuchar al menor? d) ¿cuáles son los efectos de lo manifestado por el menor en conflicto? A los fines de responder a estas preguntas, se hará un análisis separado de las mismas.

¿A partir de qué edad el niño o adolescente debe ser escuchado? Existen distintas teorías o posiciones en relación a este tema, una que parte de considerar que para que un niño pueda formar su propio juicio debe existir una base biológica o cronológica, es decir, que se los puede escuchar después de que cumplan cierta edad, no existiendo un acuerdo respecto de cuál debe ser esta edad. Otra posición, sostiene que debe escucharse la opinión de los niños aún de corta edad, imponiendo la necesidad de la participación de profesionales especializados al momento de interpretar el pensamiento expresado por la niña, el niño o adolescente. Existe una tercera concepción, que le reconocen al juez la facultad de considerar como indicadores la posición de distinguir el bien del mal y la presencia de un mínimo de razón para oír al niño, aún cuando fuera de corta edad.

Jurisprudencialmente, se ha sostenido que debe analizarse si el joven posee un grado de madurez suficiente para evaluar su propio destino y su propio bienestar.¹⁷

Es importante destacar, que en muchas ocasiones se ha realizado una interpretación incorrecta sobre este tema. No existe una edad mínima fijada a partir de la cual deba escucharse a la niña, el niño o el adolescente. Puede darse la situación de que no se tenga en cuenta la opinión del niño, lo que va a determinar que ciertas resoluciones judiciales sean nulas, por ejemplo, si no se tuvo en cuenta lo que tenía para decir el interesado. Pero esto no significa que no pueda escucharse a niños menores de doce o de diez años, sino que quedará a criterio del juez hacerlo.

No puede soslayarse que en la Observación General N° 12, el Comité en el párrafo 21 hace hincapié en que el art. 12 de la CDN no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afecten. A esto debe agregarse, que el párrafo 29 refiere que al exigirse que se tengan debidamente en cuenta las opiniones en función de su edad y madurez, el art. 12 deja claro que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Es por esto que no puede hacerse evaluaciones tajantes y con un límite fijo e inamovible sino que la capacidad debe analizarse en cada caso en concreto.

Al respecto, la Directriz sobre una justicia adaptada a los menos N° 47¹⁸, quiere significar que no debe haber un límite de edad para escuchar a las opiniones del menor. El artículo 12 de la CDN debe considerarse dinámico. Requiere que se realicen evaluaciones

¹⁷ Lloveras Nora y Bonzano, María de los Ángeles, "Efectividad del Derecho del Niño a ser oído" en Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010, pp. 231/263.

¹⁸ Directriz sobre una justicia adaptada a menores N° 47: "A un menor no se le debe impedir ser escuchado basándose exclusivamente en edad. Ante cualquier situación en la que un menor tome la iniciativa de ser escuchado en un caso que le afecte, el juez no debería negarse a escucharle, a menos que así lo aconseje el interés superior del menor y debe escuchar sus puntos de vista y opiniones sobre los asuntos relativos al caso que lo afecte

individuales del nivel de madurez en cada caso que involucre a un menor, ya que el peso dado a las opiniones del niño, depende de su nivel de madurez.¹⁹

Por su parte, la madurez a la que se refiere el art. 12 hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración para determinar la capacidad de cada niño. Tiene una relación directa con la capacidad de expresarse de forma razonable e independiente.²⁰

¿Cuál es la oportunidad procesal para escucharlo? La C.D.N especifica que debe darse al niño oportunidades de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño. El apartado 32 de la Observación General N° 12 recalca que esta disposición debe aplicarse a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, 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 la salud, seguridad social, niño no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados, víctimas de conflictos armados y otras emergencias.

Asimismo, la Regla 58 hace alusión a que todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido estas leyes tiene el derecho a ser escuchado. Este 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 medidas impuestas.

En relación a las declaraciones de los niños frente a policías, que supuestamente materializan el derecho a ser oído, creo que deben tratarse con extrema prudencia. Por las características propias de los niños, que se encuentran en formación, muchas veces no ven la trascendencia de los datos que están aportando, o tienden a verse sugestionados o a confesar su participación en un delito, pero al hacerlo, no se están respetando garantías penales fundamentales como el derecho de defensa, por lo que estimo que es fundamental,

¹⁹ Tiefaard Ton, Rap Stephanie y Bolscher Apollinia *¿Puede escucharme alguien? La participación de los niños en la justicia juvenil: Manual para adecuar los sistemas de justicia juvenil europeos a los menores*; Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Febrero de 2016, Bruselas; Capítulos 3 y 4.

²⁰ Ver apartado 30 de la Observación General N° 12.

que ante una imputación delictiva, el joven pueda contar de manera inmediata con un asesor²¹.

Sobre este particular, se considera que el interrogatorio policial es de gran importancia, siendo necesario la presencia de un abogado que le pueda proporcionar información sobre su derecho a permanecer en silencio y que pueda detectar la presión que la policía pueda ejercer sobre el menor e intervenir en el interrogatorio si sospecha que va a confesar bajo presión. Al respecto, en las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las garantías procesales de los menores sospechados o acusados en procesos penales se ha previsto que cuando un menor sea interrogado por las autoridades policiales u otras autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, el interrogatorio debería ser grabado, y tenerse en cuenta si estaba presente el abogado o no, y si el menor estaba privado de la libertad.²²

Finalmente, también el derecho a ser oído, se encuentra incluido en la aplicación real de sanciones y medidas impuestas. Las reglas europeas para menores infractores también sostienen que debe garantizarse también en la etapa de imposición y ejecución de la sanción. Así, el menor no debe ser tratado como un sujeto pasivo, ya que no contribuye a una respuesta eficaz a su comportamiento infractor. Se espera que la participación activa del menor contribuya a un cumplimiento positivo de la sanción o medida.²³

Asimismo, en la ejecución de las condenas la regla 62 de las Reglas Europeas para menores sometidos a sanciones o medidas también se afirma que se debe realizar un plan

²¹ No puede soslayarse que en la estructura y en las funciones del cerebro se producen cambios durante la adolescencia, especialmente en el córtex prefrontal y en el sistema límbico siendo esta área crucial para el auto control, los procesos de decisión y regulación de las emociones. A esto debe agregarse que los adolescentes son más vulnerables a las presiones sociales, muchas veces se les da a entender que la confesión es el resultado más benévolo y evalúan las recompensas y los riesgos de manera distinta a los adultos.

²² Tiefaard Ton, Rap Stephanie y Bolscher Apollinia *¿Puede escucharme alguien? La participación de los niños en la justicia juvenil: Manual para adecuar los sistemas de justicia juvenil europeos a los menores*; Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Febrero de 2016, Bruselas; Capítulos 3 y 4.

²³ Al respecto, es relevante el contenido de la Observación General N° 10, que en su párrafo 45 recomienda “El menor debe tener la oportunidad de expresar sus opiniones en relación a las medidas (alternativas) que puedan ser impuestas, y los deseos o preferencias que éste pueda tener en este sentido deben ser considerados. Alegar que el niño es penalmente responsable implica que éste debe ser competente y capaz de participar eficazmente respecto de las decisiones respecto a la respuesta más adecuada a las acusaciones de su infracción de las leyes penales. No hace falta mencionar que los jueces involucrados son responsables de tomar las decisiones. Pero tratar al menor como un objeto pasivo no le reconocería sus derechos ni contribuiría a una respuesta eficaz ante su actitud. Esto también se aplica a la ejecución de las medidas impuestas. Las investigaciones muestran que, en la mayoría de los casos, la participación activa del menor en dicha ejecución contribuirá a un resultado positivo.”

de programas educativos y de formación en función de las características individuales, debiendo tenerse en cuenta en los informes psicosociales ya que las medidas que se dispongan tendrán éxito si los menores están de acuerdo en participación en los programas propuestos.

¿Quién debe escuchar a los niños/adolescentes? Esta tarea corresponde al juez, ya que va a ser él quien decidirá la cuestión que afecta los intereses del niño, por lo que debe tomar contacto personal con él, y conocer su opinión. En su caso, se podrá recurrir al auxilio de psicólogos y trabajadores sociales. Además, esto permite que se satisfaga el principio de inmediatez. Debe generarse un ambiente de confianza, que invite al diálogo y no aspire solamente a que se cumpla un requisito establecido en un protocolo.

¿Cuáles son los efectos de lo manifestado por el menor en el conflicto? La obligación de escuchar al niño no implica que deba resolverse de acuerdo a lo que él quiere, pero su opinión debe valorarse y corresponde justificar racionalmente porque se toma una decisión. Así, la Observación N° 12, en su apartado 44 establece: “Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como una mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia.

Implicancias del derecho a ser oído en el derecho de defensa.

En el ámbito penal, el principio de interés superior del niño implica la satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías que les son reconocidos, inherentes a cualquier proceso penal como el principio de legalidad²⁴, de defensa y de inocencia ²⁵(arts. 37 y 40 de la CDN).

²⁴ El principio de legalidad supone la existencia de una ley anterior al hecho que se está reprochando en forma taxativa. Ninguna persona puede ser sometida a un proceso ni sancionada por un hecho que al tiempo de su ocurrencia no estaba definido por la ley como delito.

²⁵ Este principio establece que toda persona se presume inocente hasta tanto se compruebe por medios establecidos por la ley, y de acuerdo a una valoración racional de la prueba su responsabilidad en los hechos tipificados.

Por su parte, el derecho de defensa se encuentra consagrado en la Convención Americana²⁶, en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos²⁷ y en la Convención de los Derechos del Niño²⁸, debiendo extenderse estas garantías a los niños sobre los cuales existe una interferencia coactiva del Estado.

La normativa supranacional distingue dos aspectos del derecho de defensa: la defensa material y la defensa técnica. El primer aspecto consiste en la actividad que el imputado puede desenvolver personalmente, haciéndose oír, declarando (verbalmente o por escrito) en un descargo o aclaración de los hechos, proponiendo y examinando pruebas y participando en los actos probatorios o también absteniéndose de realizar cualquier actividad. Para poder ejercitar este derecho debe contar con información adecuada sobre lo que se le imputa y sobre las pruebas que existen en su contra.²⁹

Específicamente, los aspectos materiales de la defensa se encuentran presentes en el derecho a ser oído previsto, como hemos visto, en el art. 12 de la C.D.N, lo que debe integrarse con el art. 37 de la CDN que refiere que “todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a otra asistencia adecuada, como así también tendrá derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción” y con el art. 40. 2 que refiere que deberá ser informado sin demora y directamente o cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa.

Ahora bien, a los fines de que un joven pueda desarrollar de manera adecuada su defensa, es una condición necesaria que este correctamente informado sobre su situación jurídica y

²⁶ El art. 8 d) de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos refiere al derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con el defensor. Por su parte, el art. 8 e hace alusión al derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor libremente designado.

²⁷ El art. 14. 3 inc “d” explicita que durante el proceso toda persona acusada por un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor.

²⁸ El art. 40.2 inc. B prevé que todo niño que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa.

²⁹ Caferatta Nores, *Proceso Penal y Derechos Humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre Derechos Humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto, Segunda Edición, 2011, Buenos Aires, capítulo III.

sobre sus opciones reales. Dicho de otra manera, el derecho de defensa se encuentra obviamente relacionado con el derecho a ser oído, pero no se agota en él, porque debe concedérsele la posibilidad de contar con un abogado de su confianza, y la posibilidad de actuar como parte en el proceso, presentar pruebas y llevar a cabo los actos que estime pertinentes, con independencia de los que puedan llevar a cabo a sus progenitores, representantes legales o abogados defensores.

Sin embargo, esto no es ápice a que su opinión sea efectivizada por un abogado defensor que represente sus intereses, ya que cuenta con los conocimientos técnicos para lograr que se efectivicen los derechos y garantías que los niños y adolescentes tienen por ser seres humanos y por su especial circunstancia de estar desarrollándose.

Se entiende que, al constituir el derecho de defensa técnica una garantía del debido proceso, las niñas, los niños y adolescentes deben estar siempre representados por un abogado, independientemente de la edad y madurez progresiva. Es decir, no es suficiente que se lo escuche al niño, no basta su mera opinión personal sino que debe designarse un abogado defensor, ya que la minoría de edad no es una causa de incapacidad, sino una circunstancia modificativa de la capacidad de obrar fundada en circunstancias subjetivas de las personas; no es un incapaz sino que tiene capacidad de obrar limitada.

Entonces, la defensa del imputado se integra con la actividad desarrollada por un abogado, que lo aconsejará, elaborará la estrategia defensiva y propondrá pruebas, controlará y participará en su producción, argumentará sobre su eficacia conviccional, discutirá el encuadramiento jurídico de los hechos que se le imputan a su defendido y la sanción que se le pretenda imponer y podrá recurrir en su interés.³⁰

Dicho de otro modo, el abogado defensor asume la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión favorable a la voluntad de su representado. Esto implica que se consideren de manera autónoma, distinta e independiente los intereses de las niñas, los niños y adolescentes a los que representa. Si el niño tiene edad y capacidad suficiente para formular su propia posición informada, entonces el defensor debe abogar por dicha posición, tiene que representar las preferencias que su cliente le hubiere manifestado. En el caso de que no

³⁰ Caferatta Nores, *Proceso Penal y Derechos Humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre Derechos Humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto, Segunda Edición, 2011, Buenos Aires, capítulo III.

pueda verbalizar su preferencia, el abogado deberá determinar bajo el principio de buena fe los deseos del niño y lo representará.³¹

Resulta fundamental que los niños y adolescentes cuenten con una defensa técnica eficaz para discutir la existencia del hecho, la tipicidad, la antijuridicidad de la conducta o la participación en el delito que se les imputa, que permita que los mismos en la realidad gocen de los derechos reconocidos a nivel internacional.

CONCLUSIÓN

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, conlleva un cambio de paradigma en el cual, además del reconocimiento de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se hace especial hincapié en el niño y adolescente como sujeto autónomo poseedor de estos derechos y no como objeto de protección por parte de los jueces.

Uno de los derechos fundamentales para que este cambio de concepción pueda efectivizarse y para que el enfoque de la justicia penal juvenil restaurativa tenga éxito, es el derecho a que las niñas, los niños y adolescentes sean oídos y que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

Este derecho se encuentra consagrado en el art. 12 de la C.D.N. y ha sido objeto de recomendaciones por parte del Comité de la C.D.N. en la Observación General N° 12, que permite sostener que las niñas, los niños y adolescentes deben ser escuchados desde el inicio de cualquier proceso penal o administrativo que afecte sus intereses, no existiendo un límite etario presumible iure et de iure sino que deberá valorarse la edad y el grado de madurez en cada caso en concreto, por el juez que es quien va a resolver en concreto su situación, debiendo tenerse realmente en cuenta sus manifestaciones, fundando racionalmente los motivos por los cuales se aparta de lo solicitado por el joven.

Ahora bien, para que el derecho a ser oído tenga efectividad, debe complementarse con el derecho de los jóvenes a ser informados sobre su situación, específicamente en materia penal sobre cuál es la imputación que recae en su contra, que pruebas existen y cuáles son las consecuencias que pueden implicar sus actos y con el derecho a una asistencia letrada especializada que represente sus intereses.

³¹ Sobre este tema, ver Auto N° 284, Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba, 02/06/16.

En síntesis, existe una relación de implicancia entre el derecho a ser oído, y el derecho a la información, ya que previamente se requiere que la niña, el niño o adolescente cuente con información confiable, y al mismo tiempo con una defensa que asesore al joven respecto al aspecto material del derecho de defensa y que también ejerza de acuerdo a sus conocimientos una defensa técnica eficaz y eficiente de los intereses de su defendido.

En otras palabras, si existe solo un reconocimiento formal del derecho a ser oído pero no son accesibles las herramientas que permitan que el mismo se transforme en realidad, no se consigue plenamente el objetivo de que las niñas, los niños y adolescentes sean sujetos activos de derechos, lo cual implica un peligroso acercamiento a la concepción de la “situación irregular de los menores” que se busca superar.

Bibliografía

1. *Acceso a la justicia de Niñas, Niños y Adolescentes: estrategias y buenas prácticas de la defensa pública*, Unicef oficina de Argentina, defensoría general de la Nación, Buenos Aires, 2011.
2. Beloff, Mary, "Un modelo para armar y otro para desarmar: la protección integral de derechos vs. Derechos en situación irregular", publicado en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004.
3. Bonzano, María de los Ángeles, "Los Derechos Humanos en la Convención sobre los Derechos del Niño", en *Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010, pp. 42/66
4. Caferatta Nores, *Proceso Penal y Derechos Humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre Derechos Humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto, Segunda Edición, 2011, Buenos Aires, capítulo III.
5. D'Antonio, Daniel Hugo, *Convención sobre los Derechos del Niño: Comentada y anotada exegéticamente. Jurisprudencia nacional y extranjera*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.
6. "Democracia y Derechos del Niño", *Justicia y Derechos del Niño N° 9*, Unicef, Chile, 2007.
7. Fanlo Cortez Isabel, "Los derechos del niño y las teorías de los derechos: introducción a un debate"; en *Justicia y Derechos del Niño N° 9*, Unicef, Chile, 2007.
8. García Méndez, Emilio y Mary Beloff, *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.
9. García Méndez, *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
10. Genaro Carrió, Abeledo Perrot, *Los Derechos Humanos y su protección*, Buenos Aires, 1989.
11. Lloveras Nora y Bonzano, María de los Ángeles, "Efectividad del Derecho del Niño a ser oído" en *Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010.
12. Pérez Scalzi, Alejandra, "De pequeñ@s y grandes ciudadan@s, un enfoque desde los derechos económicos, sociales y culturales"; en *Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010.
13. Picco, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Ediciones del Puerto, Argentina, 1998.
14. Rey Caro, Ernesto y Nora Lloveras, "Efectividad de los Derechos del Niño en la Provincia de Córdoba. Desempeño de los Operadores Jurídicos y Sociales", *Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010.

15. Rossetti, Andrés, “La Universalidad de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional”, en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas N° 13*, Año 2004.
16. Tiefaard Ton, Rap Stephanie y Bolscher Apollinia *¿Puede escucharme alguien? La participación de los niños en la justicia juvenil: Manual para adecuar los sistemas de justicia juvenil europeos a los menores*; Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Febrero de 2016, Bruselas; Capítulos 3 y 4.