

## Necesidad de distinguir entre el derecho del NNA a ser oído (escuchado) y el de participar en el proceso penal

Por Federico R. Moeykens<sup>1</sup>

**Resumen:** *Los NNA deben gozar del derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos, y conforme a ello, la no puesta en marcha de los mecanismos que otorga la ley para que el niño pueda ejercitar sus derechos vulnera la garantía del debido proceso puesto que les corresponden las mismas garantías que a los adultos, propias del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio de su persona y sus derechos, conforme a lo dispuesto por el art. 18 CN..*

**Palabras clave:** CDN-Derecho a ser oído – protección de derechos – participación en el proceso penal – autonomía progresiva

En mi desempeño diario como Juez Penal de NNA, advierto que los distintos operadores que intervienen en los procesos penales donde se encuentran involucradas

personas menores de edad – *sea como imputados o víctimas* - no logran diferenciar entre derecho de los NNA a ser oídos (escuchados al decir del art. 12 de la CDN y la OG 12) y el derecho a participar en el proceso.

El derecho a ser oído es aquel que posee toda persona mayor o menor de edad, y por lo tanto a expresar a otra lo que siente, desea, conoce, piensa, procurando de esta última su atención y escucha consciente.

Hoy los niños no son objetos, sino sujetos de derechos. Dicha noción es receptada en la CDN, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989, y aprobada por nuestro país.

Posteriormente, con la reforma de nuestra Carta Magna en el año 1994, mediante su incorporación al artículo 75 inciso 22, adquiere jerarquía constitucional.

La CDN considera “Niño” a toda persona hasta los dieciocho años y, como tal, pone énfasis en la protección del mismo reconociéndole como un sujeto de derecho. En ella se legisla su derecho a ser oído.

De esta manera el hablar se transforma en la vía en la cual los pensamientos y sentimientos del niño son conducidos al mundo exterior.

Entonces, el artículo 14 CDN que reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, adquiere operatividad. La exigibilidad de los derechos contenidos en dicho instrumento internacional es anterior a la mencionada reforma constitucional, en función de la doctrina judicial sentada en el fallo “Ekmedjian c/ Sofovich” en el cual la Corte de Justicia de la Nación reconoció la supremacía del derecho internacional por sobre las normas de orden interno.

<sup>1</sup> Juez Penal de NNA – Colegio de Jueces y Juezas – Fuero Penal – Centro Judicial Capital – Poder Judicial de Tucumán. Miembro del Espacio Iberoamericano de Prácticas Restaurativas - (F.A.M.) Federación Argentina de la Magistratura y Función Judicial.

De esta forma, a través de la ratificación de la CDN, se introduce en nuestra legislación una normativa que tiene como estándar jurídico, el “interés superior del niño” y su bienestar.

Lo cierto es que la CDN, introduce desde su ratificación un nuevo concepto a nuestra legislación vigente, ya que el artículo 12 indica 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 afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, 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”*.

Es decir, que el niño tiene el derecho fundamental de poder manifestar lo que sucede y ser escuchado por quienes tomarán las decisiones que se proyectarán en su vida.

Es obligación de quienes tenemos el deber de escuchar, el tomar las precauciones necesarias para atender al marco en que el niño se manifiesta.

En atención a lo expresado y sosteniendo firmemente que el derecho del niño a ser oído resulta ser un derecho humano reconocido por la normativa actualmente vigente y con carácter constitucional, cualquier acción u omisión que importe su desconocimiento por parte de un funcionario público, implica la violación de tales derechos.

Asimismo, a nivel nacional, la ley n° 26.061 hace referencia a este derecho en los artículos 2, 3, 24, 27 y 41. No puede negarse la importancia que se le otorga a la posibilidad del niño de manifestar su

opinión y de que ésta sea tenida en cuenta al momento de resolver la cuestión.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en reiteradas oportunidades ha manifestado que *“...la trascendencia de la decisión sobre el destino del niño exige que quien vaya a resolver lo conozca, no importando la edad, sino que sea cual fuere su edad, es indispensable verlo, porque ese constituye el verdadero y único modo de saber de él, más allá de los certificados, informes y constancias foliadas; para ser protegido el niño necesita la mirada del juez...”*.

Necesariamente este derecho a ser oído tiene como contracara el deber de escuchar por parte de quienes tienen el poder y la responsabilidad de tomar decisiones respecto de cosas que afectan al niño.

Este deber recae en los funcionarios y magistrados del proceso penal que tenemos contacto con la historia del niño y sus necesidades. Por ello es importante la ley n° 26.061 que ofrece nuevas posibilidades como el Abogado del Niño, de manera tal de garantizar el ejercicio que le acuerda la norma.

Según el art. 5 CDN, el niño puede ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva, de acuerdo con la evolución de sus facultades.

La figura del representante se encuentra mencionada en el art. 12 CDN, según el cual no podrá darse por cumplida con la intervención de sus padres como representantes legales, ya que el fin de la norma es la real intervención del niño.

El art. 27 de la ley n° 26.061 establece que el niño tiene derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que lo solicite, a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de resolver, a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde

el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, y en caso de carecer de recursos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine, a participar activamente en todo el procedimiento, a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Ahora bien, la no puesta en marcha de los mecanismos que otorga la ley para que el niño pueda ejercitar sus derechos vulnera la garantía del debido proceso puesto que los niños son personas en desarrollo, con capacidades progresivas. Por ello, les corresponden las mismas garantías que a los adultos, propias del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio de su persona y sus derechos, conforme a lo dispuesto por el art. 18 CN.

De allí que los mismos deben gozar del derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos.

En otras palabras, y siguiendo aquel dicho popular que reza: “...*los de a caballo sabemos que no es lo mismo atrás que en ancas*”, quienes a diario intervenimos en procesos penales en los que participan NNA, debemos ser conscientes en todo momento de las diferencias existentes entre ser oído y participar en el proceso a fin de no caer en prácticas tutelares.