

**Instituto y el derecho a ser oído durante la pandemia COVID 19**  
**Dictamen del Instituto del Niño y la Familia del Colegio de Abogados de San Isidro**  
**junto a las Defensorías de NNyA de San Isidro y Pilar**

**1.** El derecho de los NNyA a ser oídos, que sus opiniones sean tenidas en cuenta y a la participación de todo proceso, nace de la condición de sujetos de derecho, que, junto a otros principios como el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y al desarrollo, a la consideración primordial del interés superior y el de la autonomía progresiva forman los pilares de nuestro sistema legal de raíz constitucional.

Asimismo, los derechos de los NNyA a ser oídos gozan de la calidad de *ius cogens* y forman parte del orden público internacional argentino, en tanto éste comprende los principios que subyacen en todo tratado sobre derechos humanos<sup>1</sup>. Su fuente confirmatoria justamente está constituida por la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3, 9 y 12) y su doctrina (la Observación General n° 12 del Comité sobre los Derechos del Niño, que reconoce tal obligatoriedad a partir de la consideración del niño como persona moral y sujeto de derechos), la Convención Interamericana de Derechos Humanos (arts. 8, 19 y 25) y su inteligencia a la luz de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, apdo. I) y su Observación General 13 del Comité de Derechos Humanos, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 53) las Constituciones nacional (arts. 1, 18, 31, 33, 75 incs. 22 y 23) y provincial (arts. 11, 15 y 36.2), y las leyes nacionales (arts. 1, 2, 3, 5, 19, 24, 27 y 29, ley 26.061) y provinciales aplicables (arts. 4, ley 13.298 y 3, ley 13.634).<sup>2</sup>

**2.** La vastedad de normas, opiniones académicas, jurisprudencia, han elevado este derecho a una condición de validez de los actos jurídicos en la que las personas menores de edad puedan participar de todo tipo de proceso.

Por lo que no es posible concluir, que la escucha del niño/a en procesos judiciales en los que se dirimen cuestiones que los afectan directamente, resulta optativa o carente de relevancia. Ni mucho menos partir de presunciones o estereotipos sobre la capacidad e idoneidad de los niños para manifestar sus opiniones en la audiencia, acudiendo a una idea preconcebida

---

<sup>1</sup> (v. por todos, Najurieta, María Susana, "Orden público internacional y derechos fundamentales del niño", LL 1997-B-1436) en Fallo "E., A. G. y M. A. J.. Solicitud Adopción Plena". Sentencia del 18 de abril de 2018 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Conf. Fallo "E., A. G. y M. A. J.. Solicitud Adopción Plena". Sentencia del 18 de abril de 2018 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

sobre su posible utilización como vehículo para canalizar los deseos o intereses de los adultos.<sup>3</sup>

**3.** Un conjunto de normas ha asegurado a la persona menor de edad la necesaria asistencia jurídica, para lo cual se creó, además, la figura del Abogado del Niño. Asimismo, se previó que la actuación profesional buscara la confluencia con otras ciencias que contribuyen desde otros campos con sus saberes específicos, entre los cuales se destacan la psicología, la psicopedagogía y el trabajo social. Es que la escucha del menor es satisfecha no sólo a través de su palabra razonada, sino que ella debe incluir *-en el sentido amplio que damos al término-* todas las expresiones que le sirvan para hacerse comprender y ser conocido, incluyendo el metalenguaje, que se vale de palabras, gestos, posturas, movimientos, miradas, la expresión facial, la simbiosis, las señales, la actividad lúdica, la expresión del arte, entre otros.<sup>4</sup>

**4.** De tal manera que la escucha no es un simple acto formal, sino que tiene un relieve sustancial para que las decisiones que afecten al NNYA sean actos integrales. Justamente la capacidad de comprensión sólo quedaría consentida si el proceso de la escucha tiene la presencia del niño con su abogado y del juez o la autoridad administrativa. De allí que el vínculo entre la autonomía progresiva y la decisión o consentimiento sobre un acto jurídico se integra ineludiblemente a la escucha del NNYA con la indefectible asistencia letrada.

**5.** El uso de tecnologías de comunicación para realizar la escucha puede constituir una novedad, pero al mismo tiempo es un recurso que utilizado con los resguardos de la privacidad y confidencialidad en favor de los NNYA es un aporte a sus derechos. Ello se justifica en que los acontecimientos mundiales, en este caso la pandemia del coronavirus que causa la enfermedad infecciosa COVID-19, nos han demostrado que el proceso judicial, específicamente el que garantiza los derechos de NNYA, es de difícil adaptación en momentos de casos fortuitos e imprevisibles, produciéndose de esta manera una demora que vulnera en gran medida el acceso a una correcta administración de justicia y por ende una degradación de los derechos humanos que afectan la vida social.

Entonces, los obstáculos al uso de las TICS en razón de la demora temporal, privarían del derecho de acceso a la jurisdicción a los NNYA debido a faltas que podrían ser atribuibles al

---

<sup>3</sup> arg. CIDH, "Forneron e hija vs. Argentina", sent. de 27-IV-2012, parágs. 98 y 99 en Fallo "'E., A. G. y M. A. J.. Solicitud Adopción Plena". Sentencia del 18 de abril de 2018 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>4</sup> conf. entre otros, Shapiro, Lawrence; *El lenguaje secreto de los niños*, Urano, Barcelona, 2004; Dolto, Françoise; *La dificultad de vivir*, Gedisa, Buenos Aires, 1985 y *La causa de los niños*, Paidós, Buenos Aires, 2004; Davido, Roseline; *Descubra a su hijo a través de los dibujos*, Sirio, Barcelona, 2003; Coles, Robert; *La inteligencia moral de los niños*, Norma, Colombia, 1998; Gesell, Arnold et al.; *El niño de uno a cinco años*, Paidós, Buenos Aires, 1980 en Fallo "'E., A. G. y M. A. J.. Solicitud Adopción Plena". Sentencia del 18 de abril de 2018 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

propio Estado. Existiendo dichas herramientas tecnológicas, su falta de implementación estaría restringiendo los derechos de los NNA reconocidos en el derecho convencional y constitucional.

Como explicita la Observación General Nro. 12 del Comité de los Derechos del Niño, creado a partir de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, “15. (...) *Recae sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho [el de ser oído] y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente.*”

Por ello se ha afirmado que la ausencia de uso de dichos instrumentos en favor de los niños, constituiría una doble vulneración de derechos. Ya que pudiendo el órgano judicial o administrativo organizar y disponer de dichas herramientas tecnológicas, la negativa a habilitarlas harían perder una oportunidad para avanzar en el acceso a la justicia, prolongarían innecesariamente la duración de los procesos, y se privaría de recursos amigables para los niños (Reglas de Brasilia).

**6.** Nueva relación entre NNA- Justicia y Tecnologías. A partir de la Pandemia COVID 19: El coronavirus es para la salud una pandemia y para el derecho un caso fortuito que indudablemente impacta y seguirá impactando en las relaciones interpersonales, influyendo de manera directa en las relaciones familiares, e indiscutiblemente en los derechos de los NNA. Se pudo observar claramente que las normas del proceso para acceder a la justicia son un tanto rígidas, con lo cual, teniendo en cuenta el plexo normativo como así la jurisprudencia y precedentes sentados en la materia, debe tenderse a una flexibilización de ciertos criterios, para poder adaptarlos a las circunstancias, a fin de mitigar los efectos de las barreras en el acceso a la justicia de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Teniendo en cuenta que el Estado tiene la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños y que esa obligación se compone de elementos destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones<sup>5</sup>, debe tenerse muy presente el uso de las tecnologías disponibles para realizar el acto de la escucha al NNyA.

En materia de NNyA ha de primar el interés superior del niño y en ese sentido los Tribunales han de asegurar la posibilidad de atención de estos casos. En este punto, debe tenerse muy en cuenta la “Nota técnica: Protección de la niñez y adolescencia durante la pandemia del coronavirus” elaborada por UNICEF, en tanto dice que ya se observan en la actual pandemia del COVID-19 riesgos de protección de la niñez y adolescencia en cuanto al maltrato físico y emocional, violencia de género, estrés psicosocial y trastornos mentales, niños no acompañados y separados, entre otros. En estas situaciones, si no se le da intervención al Poder Judicial lo antes posible, puede existir la posibilidad de producción de un daño grave e irreparable en los niños y niñas.

No debe olvidarse que el Estado debe alentar al niño a que se forme una opinión libre y ofrecer un entorno que le permita ejercer su derecho a ser escuchado como así también asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior.

Las TIC brindan herramientas eficaces para lograr preservar la comunicación entre los NNyA y sus Abogados; y entre estos y quienes trabajan en el Poder Judicial. El uso de las tecnologías preserva también la salud de quienes presten servicios en la Justicia.

## **7. Resoluciones la S.C.B.A.**

A través de la Res. 10/2020, la Suprema Corte de Justicia estableció disposiciones, instrucciones y recomendaciones tendientes a proteger y preservar la integridad y la salud de las partes, profesionales, auxiliares de justicia, público en general, agentes, funcionarios y magistrados judiciales, respecto de la infección causada por el virus COVID-19 (Coronavirus), las que tendrán carácter excepcional y vigencia hasta el 31 de marzo del corriente año.

Asimismo, en el marco de la Res. 12/2020 (Guía para la realización y participación en audiencias en forma remota), la STI sienta su criterio entendiendo que la plataforma *Microsoft Teams* cumple con todos los requerimientos para dicha función y además reviste grado corporativo para los órganos judiciales de la Provincia, lo que permite recolectar y tratar orgánicamente la información de las audiencias a distancia.

---

<sup>5</sup> Punto 19 de la Observación General Nro. 12 del Comité de los Derechos del Niño, creado a partir de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas

Si bien la Resolución 10/2020 dejó de tener vigencia el 31/03 y ya se encuentra prorrogada sucesivas veces, la SPL 21/20 determina en su art. 3º que está en ciernes una nueva reglamentación de los servicios remotos y a distancia, la gran incógnita es, más allá de que sea nuevamente prolongada en el tiempo en resguardo de la salud de las personas, cómo serán en el futuro los actos procesales cuya validez sea incuestionable y que impliquen un uso personal de las tecnologías de comunicación por parte de los sujetos y actores del proceso, en este caso los NNyA y sus Abogados.

Será la manera virtual y teleconferencia eficazmente realizable y de efecto jurídico veraz, sin tener que asistir a darle conformidad personal. Ya vimos un fallo del Juzgado de Paz de la ciudad de Lamadrid, Provincia de Buenos Aires, con un traslado de demanda por WhatsApp. Hay otras aplicaciones como Zoom, Jitsi Meet, Duo, etc., y seguramente el desarrollo de la tecnología nos irá dando más y más herramientas.

Teniendo en cuenta que el contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el niño pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar, tal vez hasta incluso se sienta menos intimidado hablando a través de un medio digital.

La experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral. Es preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad. Entonces, el uso de las TICS puede llegar a descontracturar, en cierto punto, el acto de la escucha, lo que redundaría en vastos beneficios para garantizar el derecho a ser oído. De esta manera, se estaría dando el apoyo adecuado y estimulando a los niños para que expresen sus opiniones. En dicha línea el requisito de la confidencialidad resulta un elemento que debe quedar asegurado en el instrumento de la comunicación. Los niños pueden estar condicionados en el acto por la presencia del adulto que quieren denunciar o que forma parte del litigio al cual el niño es escuchada su opinión.

Tal como expresa la Observación General Nro. 12 del Comité de los Derechos del Niño, el Estado debe asegurarse de que las opiniones de los NNyA se tengan debidamente en cuenta mediante normas y dispositivos que estén firmemente cimentados en las leyes y los códigos institucionales y sean evaluados periódicamente respecto de su eficacia.

Entonces, siempre y cuando el acto de la escucha a través de las TICS sea transparente e informativo, voluntario, respetuoso, pertinente, adaptado a los NNyA, incluyente, apoyado en la formación, seguro y atento al riesgo, como también responsable, sería de gran beneficio hasta incluso de economía procesal poder implementarlas.

Finalmente, atento la dinámica y cambios que la pandemia conlleva, subrayamos la Res. 480/20 SCJPBA que habilita, a criterio de cada Juzgado, al uso de las tecnologías de comunicación para realizar audiencias remotas con NNyA.