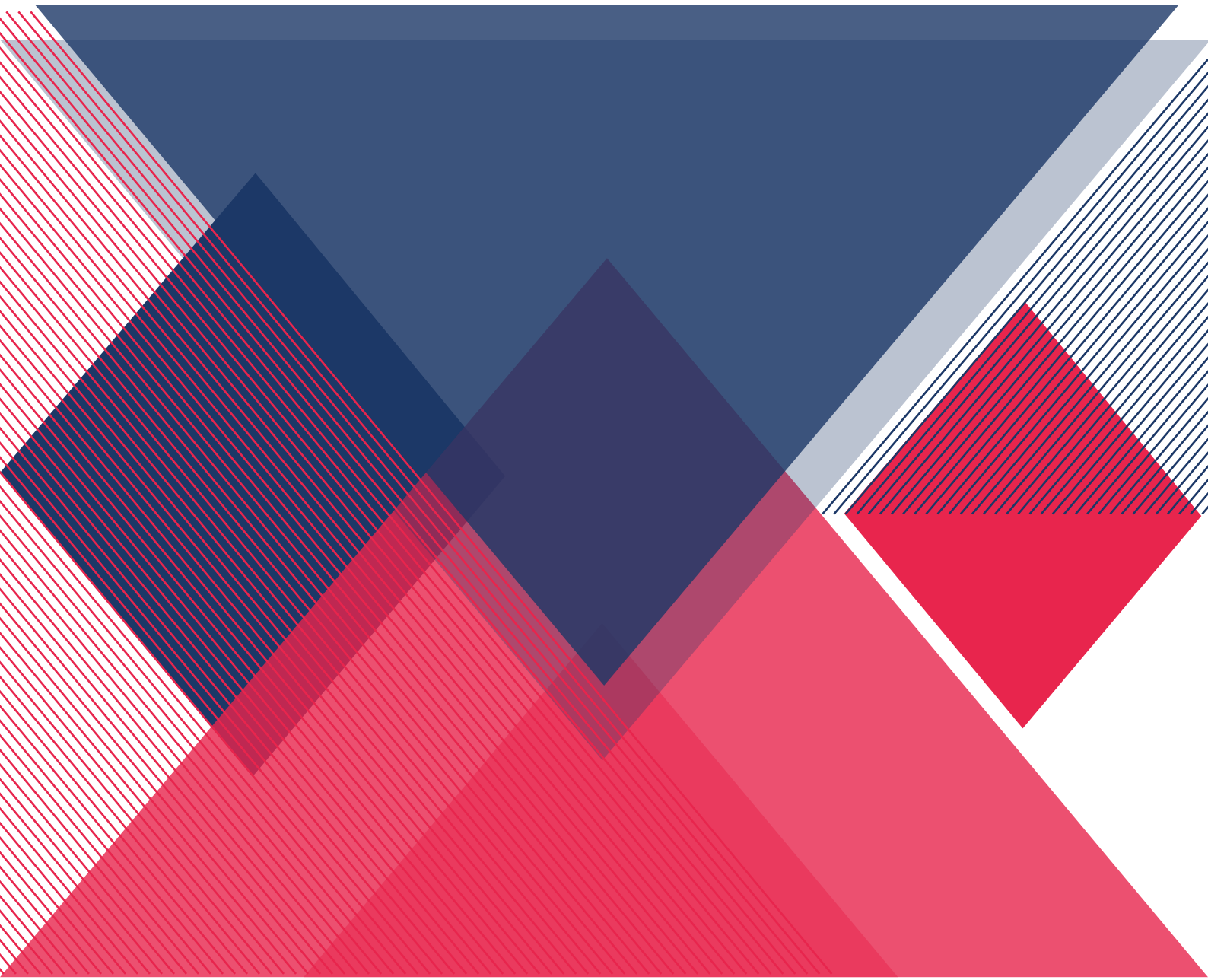
Octubre de 2012

SISTEMATIZACIÓN DE HERRAMIENTAS TÉCNICAS PARA EL EJERCICIO CONCRETO DE LA DEFENSA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES



Ministerio Público Tutelar
Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

F.E.P.E.S.N.A
FUNDACION DE ESTUDIOS POLITICOS ECONOMICOS
Y SOCIALES PARA LA NUEVA ARGENTINA

Octubre de 2012

SISTEMATIZACIÓN DE HERRAMIENTAS TÉCNICAS PARA EL EJERCICIO CONCRETO DE LA DEFENSA JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

MinisterioPúblicoTutelar
Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

F.E.P.E.S.N.A
FUNDACION DE ESTUDIOS POLITICOS ECONOMICOS
Y SOCIALES PARA LA NUEVA ARGENTINA

Índice

5 **Introducción**

6 **Primera parte: Los escritos de designación de abogado de niñas, niños y adolescentes**

6 Capítulo I: El derecho de defensa técnica de niños, niñas y adolescentes, como garantía del debido proceso legal, y por ende exigible siempre, cualquiera fuera la edad del niño o niña, involucrado en un proceso administrativo o judicial

6 1.a. Introducción

6 1.b. Modelo I: Presenta. Designa abogado. Solicita se intime al consejo de derechos de niños, niñas y adolescentes a implementar medidas de fortalecimiento familiar

9 Capítulo II: Los niños niñas y adolescentes no solo tienen derecho a tener un abogado, sino a elegirlo y darle instrucciones, en función de su capacidad progresiva

9 II.a. Introducción

9 II.b. Modelo II Designa abogado patrocinante. Solicita. Autoriza

13 Capítulo III: El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la defensa técnica, en los proceso de familia en que sus padres controvierten tenencia, visitas, alimentos y filiación

13 III.a. Introducción

13 III.b. Modelo III: Se presenta. Designa abogado. Manifiesta. Solicita

17 Capítulo IV: El derecho al recurso en caso de negativa del derecho de defensa técnica

17 IV.a. Introducción

17 IV.b. Presenta memorial. Hace reserva del caso federal

25 Capítulo V: El Recurso Extraordinario Federal en caso de denegación del derecho de defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes

25 V.a. Introducción

25 V.b. El modelo: Interpone recurso extraordinario federal

36 **Segunda parte: La exigibilidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes**

36 Capítulo VI: ¿Qué hacemos cuando el consejo de derechos de niñas, niños y adolescentes actúa al margen de la ley 26.061? a propósito de los niños, niñas y adolescentes institucionalizados sin medida excepcional

36 VI.a. Introducción:

36 VI.b. Promueve acción de amparo

42 Capítulo VII: La exigibilidad administrativa de los derechos de niños

42 VII.a. Introducción

42 VII.b. Modelo VII: A la Defensoría Zonal XXX del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Manifiesta-Peticiona

44 Capítulo VIII: Cuando la política pública no responde hay que intimarla y con apercibimientos

44 VIII.a. Introducción

44 VIII.b. El modelo: Manifiesta. Solicita

45 Capítulo IX. ¿Qué hacemos cuando el juzgado actúa al margen de la ley 26.061?. a propósito de las medidas de no innovar referidas a la permanencia institucional hasta nueva orden judicial

45 IX.a. Introducción

45 IX.b. El modelo: Plantea Revocatoria con Apelación en Subsidio

49 Capítulo X: Cuando las internaciones psiquiátricas se convierten el privaciones ilegales de la libertad

49 X.a. Introducción

49 X.b. El modelo: Promueve Acción de Amparo

I. Introducción

La ley 26.061 reglamentaria de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) fue sancionada el 28 de septiembre de 2005, es decir, después de quince años de aprobación por parte de nuestro país de este tratado de derechos humanos para la infancia y luego de diez años de debate en comisiones parlamentarias.

La lucha por el reconocimiento de la condición de sujeto de derechos de los niños, con capacidad progresiva para ejercerlos, del derecho al debido proceso legal y del derecho al acceso universal e igualitario a políticas públicas ha llevado un largo tiempo.

Dentro de este extenso proceso de reconocimiento, la figura del abogado del niño adquiere protagonismo, pues opera como garante del cumplimiento de todos los demás derechos reconocidos a niñas, niños y adolescentes.

En este escenario la defensa técnica de niños, niñas y adolescentes es una realidad normativa, desde hace seis años. No obstante, aún son escasos los abogados que litigan en defensa de los derechos de las personas menores de edad y por ende, pocos los niños y adolescentes que tienen garantizados sus derechos. A ello hay que sumarle que, lamentablemente, aún existen considerables resistencias a la implementación de la figura.

Por ello resulta necesario que se incremente el número de abogados y abogadas que litiguen en defensa de los derechos de personas menores de edad, y que dichos profesionales adquieran mayores conocimientos y capacitación a fin de elaborar estrategias eficaces, que permitan dejar atrás las citadas resistencias.

En este contexto, la conformación del Equipo Público de Abogados del Niño, por parte de la Asesoría General Tutelar (conf. Res. AGT Nº 210/2011), es un decisivo paso adelante en la protección de los derechos humanos de la infancia.

El reconocimiento de la ciudadanía plena de las personas menores de edad supone el derecho a actuar por sí en los asuntos en que se vean involucrados sus derechos y garantías. Por ello, es obligación de los abogados respetar su voluntad y actuar de acuerdo a ella; poder oponerse a la internación y/o a la institucionalización; solicitar la restitución del vínculo familiar y/o su externación; promover que las internaciones y las institucionalizaciones sean por el período más breve posible y solicitar todas las demás medidas de protección que resulten necesarias.

En consecuencia, esta publicación conjunta de la Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires y la Fundación de Estudios Políticos, Económicos y Sociales para la Nueva Argentina pretende compartir una serie de modelos[1] que responden a las diversas situaciones de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes y sus posibles soluciones mediante diversas estrategias defensivas.

Esperamos que los mismos no sólo sean utilizados para multiplicar las presentaciones administrativas y judiciales, sino también que constituyan la oportunidad de un diálogo abierto, plural y sincero entre quienes llevamos adelante defensas técnicas de niños y adolescentes, a fin de que nuestras estrategias sean cada vez más idóneas para la satisfacción de los derechos vulnerados.

Laura I. Velásquez
Presidenta
Fundación de Estudios Políticos
Económicos y Sociales para la Nueva Argentina

Laura C. Musa
Asesora General Tutelar
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

1 Téngase en cuenta la necesidad de adecuar algunos aspectos particulares de los modelos en función de cada caso concreto, como ser nombre y edad de las partes; nombre de abogado/a patrocinante; nombre de las autoridades judiciales y de familiares involucrados.

Primera parte: los escritos de designación de abogado de niñas, niños y adolescentes

Capitulo I: El derecho de defensa técnica de niños, niñas y adolescentes como garantía del debido proceso legal, exigible siempre, cualquiera fuera la edad del niño o niña involucrado en un proceso administrativo o judicial

I.a. Introducción

Es premisa fundamental de esta publicación considerar al derecho de defensa técnica como garantía mínima del procedimiento y en consecuencia, el Estado tiene siempre, sin pretextos y bajo pena de nulidad de todo lo actuado, la obligación de designarle abogado a todo niño, niña o adolescentes, cualquiera fuera su edad, en cumplimiento con lo establecido en el artículo 27 de la ley 26.061, titulado garantías mínimas del procedimiento.

En este escenario, incluso un niño de pocos días de vida tiene derecho a la defensa técnica, pues se encuentran comprometidas garantías como el debido proceso legal.

Tal como surge del modelo que se presenta, la ley 26.061 reconoce el derecho al patrocinio letrado a los niños, niñas y adolescentes sin fijar edades, pues lo establece como garantía del debido proceso. La mayor o menor autonomía del niño será tenida en cuenta para considerar sus opiniones mas no para la viabilidad de este derecho. Por lo tanto, todo niño, independientemente de su edad, tiene derecho a un letrado patrocinante y en caso que el niño no tenga suficiente madurez para dar instrucciones a su abogado, será función de éste asumir la defensa de sus derechos y garantías.[2]

Así si el abogado es designado en un proceso de control de legalidad de la medida excepcional, deberá examinar y exigir el cumplimiento de los requisitos de excepcionalidad y provisoriedad de ésta, intimando al Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes a fin de que implemente una estrategia de egreso con miembros de la familia nuclear o ampliada, en primer término, a través de la aplicación de medidas de protección y fortalecimiento familiar.

Ahora bien, a medida que el niño adquiera capacidad progresiva para formarse una postura de parte, la función del abogado no sólo será asumir la defensa técnica, sino también trasmitir las peticiones personales de su asistido. Así, el abogado además de controlar la legalidad de la medida, transmitirá la petición del niño respecto de su voluntad de egreso con el miembro de la familia extensa que desee.

Dentro de este marco se acerca un modelo de presentación de abogado del niño para el caso de un niño muy pequeño y se lo fundamenta en la defensa técnica como garantía del debido proceso legal, cuando no puede tomarse como argumento el concepto de capacidad progresiva.

I.b. Modelo I

Se presenta. Designa abogado. Solicita se intime al Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes a implementar medidas de fortalecimiento familiar

XXX, inscripto en el Tº XXX Fº XXX del C.P.A.C.F. vengo a presentarme como abogado, en los términos del artículo 27, inc. c, de la ley 26.061, de la niña XXX, actualmente alojada en XXXX, constituyendo domicilio en XXX , en autos caratulados ''XXX'' a V.S. digo:

I. Objeto

Que vengo a presentarme como abogado de la niña XXX y a solicitar se intime al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para que implemente las medidas de fortalecimiento familiar, tendientes a lograr el egreso institucional de la niña con su familia nuclear o extensa.

II. Consideraciones fácticas

La niña XXX se encuentra institucionalizada desde hace diez meses, con lo cual –de modo evidente– se está vulnerando el principio de provisoriedad de las medida excepcional que es de 90 días, conforme lo establece el decreto reglamentario 415.

---

2 Solari Néstor, ''La elección del abogado del niño'', LL 18-05.2009

La situación se agrava aún más pues de la compulsa del expediente no surge ninguna medida concreta que haya adoptado el Consejo de Derechos tendiente a lograr el egreso institucional.

III. Consideraciones de derecho

III.a. El derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso y, por ende, exigible siempre, cualquiera fuera la edad del niño involucrado

Además del derecho del niño a ser oído, la ley 26.061 contempla el aspecto técnico de la defensa. Así, establece bajo el título ''Garantías Mínimas en los Procedimientos Judiciales el derecho: ''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'' (Artículo 27 inc. c).

La ley 26.061 reconoce el derecho al patrocinio letrado a los niños, niñas y adolescentes sin fijar una edad mínima, pues lo establece como garantía del debido proceso. La mayor o menor autonomía del niño será tenida en cuenta para considerar sus opiniones, mas no para la viabilidad de este derecho. (Solari Néstor, Elección del Abogado del Niño, LL 18.-05-09).

De este modo, la ley 26.061 reconoce el derecho a la defensa técnica para todo niño, niña y adolescente sin condicionarlo a su edad y madurez, pues se trata de una garantía del debido proceso. Lo que sí limita al grado de autonomía de la persona menor de edad es la valoración de sus pedidos, (artículo 24 inciso b. - ley 26.061), pero no la procedencia del derecho de defensa técnica.

En este orden de cosas, todo niño, incluso un bebé, tiene derecho a contar con un abogado especializado. Ahora bien, a medida que adquiere mayor edad no sólo tiene derecho a contar con un letrado sino a elegirlo, a peticionar lo que considera mejor para si y a que sus peticiones sean valoradas por el juez teniendo en cuenta su edad y madurez.

Dentro de este marco, se ha dicho que tanto el derecho a ser oído como la garantía de ser asistido por un abogado debe verificarse cualquiera sea la edad del niño. Esta conclusión surge claramente de la ley que en ninguna de sus normas condiciona la citada garantía al suficiente juicio, madurez o desarrollo del niño. Vale decir, que no corresponde efectuar diferencias que la propia ley no realiza. (Mizrahi Mauricio, ''La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061, página 79, en ''Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Emilio García Méndez compilador, Editores del Puerto).

En forma coincidente se sostuvo que la ley 26.061 habilita a los llamados por el Código Civil ''menores impúberes'' a tener un abogado y que las peticiones del niño serán evaluadas por el juez, teniendo en cuenta su madurez. (Kielmanovich Jorge, ''Reflexiones Procesales sobre la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, LL 7-11-05, página 990).

Todo niño o adolescente que se encuentre afectado por un proceso tiene derecho a designar un abogado y, en caso de que no lo designe, el Estado deberá asignarle uno de oficio. Al respecto, el derecho a la defensa técnica, establecido en el artículo 27 de la ley 26.061, es una garantía que obliga al Estado a hacerla efectiva. Esto significa que para el niño es optativa la designación de abogado, pero no para el Estado, y por ende, siempre debe proporcionarle al niño un representante, pues se encuentran comprometidas garantías constitucionales, como el debido proceso.

En consecuencia, ante un conflicto administrativo o judicial que afecte o incluya al niño, éste tiene derecho a elegir un abogado y si no lo hiciere, el Estado esta obligado a asignarlo por tratarse de una garantía mínima del procedimiento. La garantía del debido proceso legal supone el derecho irrenunciable a un abogado defensor libremente designado o a un defensor proporcionado por el Estado, si no nombra defensor (Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.2).

En este sentido, la ley 26.061 ha venido a incorporar, aclarar o ampliar una serie de fundamentales derechos y garantías procesales a favor de los niños, niñas y adolescentes para todos los procedimientos judiciales y administrativos que los afectan, que importan la conformación de un nuevo proceso y más ambicioso concepto de la garantía constitucional del debido proceso legal. (Kielmanovich. Jorge, ''Reflexiones Procesales sobre la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes'', LL 7-11-05).

Esta postura, como ya fuera manifestado, ha sido sostenida doctrinariamente por el Dr. Néstor Solari, quien manifiesta que todo niño, independientemente de su edad, tiene derecho a un letrado patrocinante y aclara que –en caso que el niño no tenga suficiente madurez para dar instrucciones a su abogado– la función del abogado será asumir la defensa de los derechos y garantías del éste (Solari Néstor, ''La elección del abogado del niño'' LL 18-05-09, página 410).

Llegados a este punto resulta esencial recordar que el artículo 27 de la ley 26.061 también debe ser interpretado a la luz del principio pro homine. En esta línea, su interpretación habrá de ajustarse a la solución derivada de aquellas reglas de la hermenéutica que le concedan a la normativa bajo examen la mayor amplitud, permitiendo la plena vigencia de los derechos humanos, es decir, que le otorguen el más amplio vigor al reconocimiento de los mismos. En este orden de ideas, vedarle al niño su acceso a la justicia no parece ser el camino indicado si realmente se persigue garantizarles a niños, niñas y adolescentes el ejercicio efectivo de todos sus derechos.

Cabe agregar que la legitimación procesal es un problema constitucional que la ley no puede resolver a su criterio, porque si no el sistema de derechos y garantías de la Constitución se esteriliza cuando la legitimación no le facilita andamiento, dilapidando todas las prédicas referentes a los derechos humanos (Bidart Campos, ''La legitimación activa de la madre para impugnar la paternidad del marido y los derechos del niño, en LL 200-B-22).

III.b. El derecho a vivir en familia

El derecho a vivir en familia surge, sin dudas, de los artículos 5, 7, 8, 9, 18 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño.

En sintonía, del juego armónico de los artículos 39, 40 y 41 surgen la excepcionalidad y provisoriedad de la medida excepcional. Durante su permanencia el Consejo de Derechos deberá implementar una estrategia de egreso institucional, tendiente a que el niño retome su convivencia con algún miembro de su familia nuclear o extensa, en los términos del artículo 41, aplicando para ello las medidas de protección de derechos, dispuestas en el artículo 37 de la ley 26.061.

IV. Reserva del caso federal

En el caso hipotético de desconocimiento del derecho de defensa técnica vengo a hacer expresa reserva del caso federal, en los términos de la ley 48 y de la acordada 4-2007 porque una decisión contraria resultaría vulneratoria de los artículos 3, 5 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño y del artículo 18 de la Constitución Nacional.

V. Petitorio

Por todas las razones expuestas a V.S solicito:

1. Me tenga por presentado/a y por parte en mi carácter de letrado/a patrocinante de la niña XXX.
2. Por constituido el domicilio.
3. Se intime al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes a implementar las medidas de protección y asistencia integral que le permitan a la niña XXX vivir en familia.
4. Se tenga por presentada la reserva del caso federal.

PROVEER DE CONFORMIDAD
SERA JUSTICIA

Capítulo II: Los niños niñas y adolescentes no sólo tienen derecho a tener un abogado, sino a elegirlo y darle instrucciones, en función de su capacidad progresiva

II.a. Introducción

Como ya fuera manifestado en el capítulo anterior, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a la defensa técnica. Ahora bien, según el principio constitucional de capacidad progresiva, establecido en el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, no sólo tiene derecho a tener un abogado sino también a elegirlo, es decir, a que sea de su confianza.

A través de su abogado de confianza, el niño tiene accederá a transmitir su postura de parte al juez, mediante actos procesales eficientes. En otras palabras, tiene derecho a que sus peticiones y deseos se hagan valer mediante una defensa técnica especializada. Cabe agregar que las peticiones del niño serán consideradas, según su madurez y desarrollo.

Resta aclarar que dado que la noción de capacidad progresiva puede dar lugar a cierta discrecionalidad judicial, la misma debe presumirse por el solo hecho de que el niño se presente con patrocinio letrado, efectuando peticiones de parte.

Solo a modo de ejemplo, si un niño de doce años se presenta solicitando la inscripción tardía de su nacimiento el ejercicio de su derecho a la identidad, derecho al acceso a la justicia y defensa no puede ser impedido bajo el pretexto de la falta de capacidad de éste.

En el mismo sentido, si un niño se presenta en el juicio de control de legalidad de su medida excepcional, se debe presumir su capacidad procesal para estar en juicio. Sin embargo, sus deseos no serán considerados de la misma manera si tiene 9, 12 o 17 años, sin perjuicio de que en todos los casos tiene derecho a la defensa técnica y debe presumirse su capacidad para elegir un abogado.

En este escenario se presenta este modelo en el cual un niño, en ejercicio de su capacidad progresiva, elige abogado y transmite al juez su postura de parte. Se funda el escrito en el principio constitucional de capacidad progresiva que, sin dudas, debe prevalecer sobre el criterio rígido de discernimiento a los catorce años, que establece el art. 921 del Código Civil. Asimismo se argumenta y se pone acento en la presunción de capacidad del niño por el solo hecho de presentarse con patrocinio letrado, peticionando por sus derechos para evitar, de este modo, vulnerar el derecho de niños, niñas y adolescentes al acceso a la justicia.

II.b. Modelo II

Designa abogado patrocinante. Solicita

Señora Jueza:

XXX, por propio derecho, con domicilio real en la calle XXXXX, en autos caratulados: ''XXXX'' a V.S digo:

I. Objeto

I. a) Que vengo por medio de la presente a designar como letrado/a patrocinante a XXX, constituyendo domicilio en XXX.

I b) Que vengo a constituir domicilio en calle XXX.

I c) Que vengo a solicitar se inicie un proceso gradual de revinculación tendiente a que mi madre pueda asumir mi crianza, asistida por equipos técnicos interdisciplinarios e implementando las medidas de fortalecimiento familiar que fueren necesarias, en los términos del artículo 37 de la ley 26.061. A tal fin, solicito se intime al Consejo de Derechos de Niños, Niños y Adolescentes a efectivizar las medidas de protección que permitirán la revinculación con mi madre, y posterior egreso definitivo con ella.

I d) De conformidad con el principio de inmediatez que rige en los procesos de familia y a fin de realizar estas peticiones en forma personal, es que vengo a solicitar a V.S me conceda una audiencia en presencia de mi madre, el Asesor de Menores y el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes a fin de que todas las partes en este proceso podamos acordar los términos de la revinculación.

II. Esta solicitud se fundamenta en las consideraciones de hecho y de derecho que paso a exponer:

II.a. Obligación del Estado de designar a los niños un letrado patrocinante

La ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 27, es clara cuando establece que los organismos del Estado deberán garantizar a los niños, niñas y adolescentes en cualquier procedimiento administrativo o judicial que los afecte el derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez, adolescencia y familia. Dentro de este nuevo escenario normativo, la designación de un abogado de confianza no es una facultad sino una obligación exigible a la magistratura.

En este contexto, la declaración de orden público contenida en el artículo 3 de la ley en lo que atañe a los indisponibles derechos y garantías -que acuerda o reconoce- y el principio que contiene su artículo 29, señalan una imperatividad que impone su aplicación inmediata (Kielmanovich Jorge, ''Reflexiones Procesales sobre la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la ley 17/11/05).

Al respecto, la sanción de la ley 26.061 ha venido a incorporar, aclarar o ampliar una serie de fundamentales derechos y garantías procesales a favor de los niños y adolescentes para todos los procedimientos judiciales y administrativos que los afectan, que importan la conformación de un nuevo proceso y más ambicioso concepto de la garantía constitucional del debido proceso legal. La aplicación del artículo no se limita por la ley a aquellos procesos en que los niños, niñas y adolescentes sean o vayan a ser partes procesales, sino que aprehende a todos los que los afectan, formula de una inocultable amplitud (Kielmanovich Jorge, ob citada).

La intervención del abogado del niño implicará que su opinión se considere de manera distinta y sin que sea arrastrada por las otras, ya que sobreviene un nuevo interés autónomo y de directa atención por el órgano jurisdiccional. El sentido de su admisión reside en que de nada valdría el derecho a ser oído si no se lo puede ejercer de un modo útil y eficaz (Morello de Ramírez, María Silvia y Morillo Augusto, *El abogado del niño*, en ED, 184-1080). La defensa técnica contribuirá a que las manifestaciones del niño no adquieran para el intérprete cualquier sentido, sino sólo aquel tendiente a la irrestricta defensa de sus intereses particulares.

Entiendo que tengo derecho a designar un abogado de confianza a fin de que en el proceso sean debidamente consideradas mis opiniones, máxime cuando éste me afecta de modo directo. Dicha afectación se basa en las consideraciones que efectúo en el apartado siguiente.

II.b. El derecho de defensa en las medidas de protección

En particular, en los procesos para la adopción de medidas de protección lo cierto es que, independientemente del fin de amparo, hay igualmente afectación de derechos de los niños; incluso llegando a producirse la medida de separación del medio familiar. Como consecuencia, se debe asegurar algún mecanismo que permita la representación de los intereses del niño. (Millán Patricio, ''La representación de niños, niñas y adolescentes en los procesos para la adopción de medidas de protección'', en Revista de Derechos del Niño № 1, UNICEF, Santiago, 2002). Es en este terreno donde cabe destacar un avance significativo de la ley 26.061 al garantizar al niño su derecho a designar un abogado de confianza que defienda sus intereses particulares. Dentro de este marco, en los procesos para la adopción de medidas de protección y, en particular, en el proceso de separación del medio familiar se deberá respetar el debido proceso legal, y en especial, el derecho de defensa técnica de los niños, asegurándose de este modo que sus intereses particulares sean tenidos en cuenta.

En este contexto, es mi deseo ser criado por mi madre y estoy convencido de que, con la debida asistencia, mi mamá podrá asumir mi crianza y mi derecho a la convivencia familiar se vería garantizado.

Entre los artículos 33 a 37 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes se prevén las medidas de asistencia a los padres para que puedan asumir la crianza de sus hijos.

Siguiendo con estos argumentos, entiendo que la designación de un abogado de confianza es la forma idónea para hacer llegar a V.S mi pedido de iniciar un proceso de fortalecimiento familiar tendiente al egreso definitivo con mi madre, independientemente del fin protectorio que ha tenido la medida de separación familiar, dictada por el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y declarada legal por V.S., ya que la misma es contraria a mis deseos.

II.c. La capacidad progresiva de los niños y el derecho a ser patrocinado por un abogado

La Convención sobre los Derechos del Niño ha traído una nueva concepción de la infancia, como sujetos de derechos y la regulación de mecanismos de autonomía progresiva para su ejercicio pleno.

En consecuencia se puede afirmar que dicho tratado internacional reconoce a los niños como sujetos activos de derechos, a partir de la noción de capacidad y desarrollo de su autonomía para el pleno ejercicio de los mismos.

Autonomía que dada mi edad, y la índole de los derechos personalísimos en juego, cobran mayor relevancia.

El principio de autonomía considera que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos, los cuales deben ser ejercidos directa y progresivamente, con la dirección y orientación de los padres, conforme a la evolución de sus facultades.

Si bien en principio y de acuerdo con nuestra legislación civil, las personas menores de edad son representadas en juicio por sus padres (art. 57 inc. 2 y art. 274 CCiv.) y promiscuamente por el Ministerio Público de Menores (art. 59 CCiv.) y que para estar en juicio necesitan de la autorización expresa de ambos padres (art. 264 quater inc. 5 CCiv.), cabe también recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño -de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN.)- reconoce en su art. 5 el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva, de acuerdo con la ''evolución de sus facultades''.

Sin dudas, la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y más aún la sanción de la ley 26.061 ha puesto en jaque el paradigma de la incapacidad y lo ha remplazado por el de la autonomía o capacidad progresiva. En este orden de ideas, a partir de las nociones de autonomía y evolución de las facultades, a las que alude la CDN y la nueva normativa de adecuación a ella se reconoce que los niños y adolescentes adquieren capacidad para el ejercicio personal de sus derechos. En este escenario, cabe destacar un avance significativo de la ley 26.061 al garantizar al niño su derecho a designar un abogado de confianza, lo cual supone su real protagonismo con el debido asesoramiento. (Minyerski Nelly y Herrera Marisa, *Autonomía, Capacidad y Participación a la luz de la ley 26.061, en Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Análisis de la ley 26.061*, compilador Emilio García Méndez, Editorial Abeledo Perrot).

La actuación del abogado del niño se aplica cualquiera sea la edad de éste; esto es, no requiere como condición el discernimiento del patrocinado. Las normas pertinentes del Código Civil tendrán que ser reinterpretadas y ya no podrán aplicarse en su sentido literal tras la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061. De aquí se sigue que el principio a aplicar será el de la capacidad y no el de la incapacidad, pues el criterio a seguir es el de la capacidad progresiva. Con lo expuesto quiero señalar que los conceptos de capacidad o discernimientos cronológicos (de los arts. 54 y 921 del Código Civil) se reemplazarán por criterios de capacidad y discernimiento reales, en función del juicio propio y madurez del niño (Resolución 1234 de la Defensoría General de la Nación).

Dado que el concepto de capacidad progresiva presenta cierta discrecionalidad en su interpretación, deberá presumirse por el hecho de que el niño se presente con un profesional del derecho. Así, se produciría una inversión en la carga probatoria, siendo el juez el que deba acreditar y fundar de manera acabada la falta de madurez a pesar del pedido expreso de ser parte. (Herrera Marisa, *El protagonista. El derecho del niño a conocer sus orígenes en la adopción, en Encuentro Legal sobre reformulación legal de adopción*, UNICEF 2004).

En sintonía con esta interpretación a favor de la presunción de capacidad, el decreto 2316/2003 de la Ciudad de Buenos Aires –reglamentario de la ley Básica de Salud– establece que se presume que todo niño, niña o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello, en especial, tratándose del ejercicio de derechos personalísimos, tales como requerir información, solicitar testeo de HIV y provisión de anticonceptivos.

A pesar de ser una persona de xx años he sabido superar diversas realidades difíciles que me han tocado vivir, y por ende soy capaz de comprender en que situación me encuentro, las consecuencias de mis actos y las implicancias de designar un letrado patrocinante.

A esta altura también creo necesario formular algunas precisiones acerca de la representación del Ministerio Público. Respecto a ello, recuérdese que no debe confundirse el papel del Ministerio Público de Menores en la defensa de los derechos de la infancia, con la defensa técnica en un caso concreto.

De modo enfático, establece el decreto 415 reglamentario de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que el derecho de asistencia letrada previsto en el inciso c) del articulo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales del niño en el proceso judicial, todo ello sin perjuicio de la intervención del Asesor de Menores.

Así, el Asesor de Menores materializa la mirada adulta del interés superior del niño, mientras que el abogado de confianza la mirada del niño de su mejor interés (Minyerski Nelly y Herrera Marisa, ob citada).

III.d. El aspecto material y técnico del derecho de defensa

La ley 26.061 en su artículo 27 inciso a) me concede el derecho a ser oído por la autoridad judicial cada vez que lo solicite. Al respecto peticiono a V.S me conceda una audiencia, en presencia de mi madre, el Asesor de Menores y el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes para que entre todas las partes de este proceso se acuerde el inicio y términos de un proceso de revinculación, tendiente al egreso definitivo bajo el cuidado de mi madre.

Además del derecho a ser oído, la ley 26.061 contempla el aspecto técnico de la defensa. Así, establece como Garantías Mínimas en los Procedimientos Judiciales el derecho: ''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.'' (Artículo 27 inciso c. Ley 26.061)

Una concepción completa y garantista del derecho de defensa no puede olvidar el aspecto técnico de la defensa. La continua complicación de los procedimientos exige la presencia de un abogado especializado a efectos de desarrollar y preparar una estrategia eficaz. La garantía de la defensa consiste en asegurar la posibilidad de efectuar oportunamente y a lo largo del proceso, alegaciones y pruebas, y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia.

El sentido de la defensa técnica reside en que, de lo contrario, de nada valdría el derecho de ser oído ''*si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz*'' (Morello de Ramírez, María Silvia y Morello, Augusto M.; *El abogado del niño, ED,* 164-1180).

Por todo lo dicho solicito a V.S haga lugar a la designación de XXX como mi abogado/a patrocinante; toda vez que, el fin principal e inmediato que se busca con la pretensión impetrada lo constituye el derecho de ser oído con asistencia técnica, resultando la vía de ser parte en el expediente, exclusivamente, la única manera posible que existe desde el ordenamiento jurídico para peticionar mis derechos.

III.f. El derecho a la convivencia familiar

La importancia y la preferencia de la familia en la vida del niño han sido reconocidas en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos. Entiendo que del juego armónico del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los arts. 5°, 7°, 8°,

9°, 20 y 21 ''se desprende un programa básico de acción para proteger los derechos de los chicos relativos al hogar donde habrán de crecer y desarrollarse, que, en definitiva, consagra lo que podríamos denominar el derecho a vivir en familia'' (Carranza Casares, Carlos A: *La guarda como institución civil con soporte constitucional*, LA LEY 2003-F, 106).

El preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño expresa: ''Convencidos de que la familia, como elemento básico de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y la asistencia necesarios para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad''.

Este principio no es congruente con el retiro de los niños de su familia de origen, sino más bien con el apoyo a la familia con dificultades para que sea ella la que pueda hacerse cargo debidamente de la crianza de sus niños. Los artículos 18 y 27 de la Convención prevén la asistencia y fortalecimiento de la familia, a fin de que puedan cumplir sus funciones de crianza y acompañamiento, sin injerencias arbitrarias.

En igual sentido se expresan los artículos 14 bis y 75 inc. 23 de la Constitución Nacional.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 17 estableció: ''Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo''. Y ''que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal'' (Co.I.D.H, Opinión Consultiva 17, 22 de septiembre de 2002).

El art. 41. inciso b) de la ley 26.061 establece que ''solo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar...''

Con fundamento en lo recientemente esgrimido es que solicito a V.S intime al Consejo de Derechos a que arbitre las medidas necesarias para que pueda reanudar la convivencia con mi madre con quien deseo vivir y desarrollarme plenamente.

IV. Hace reserva del caso federal

En el caso hipotético de desconocimiento del derecho de defensa técnica vengo a hacer expresa reserva del caso federal, en los términos de la ley 48 y la acordada 4-2007 porque una decisión contraria resulta vulneratoria de los artículos 3, 5 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño y del artículo 18 de la Constitución Nacional.

V. Petitorio

Por todo lo expuesto solicito:

1. Se me tenga por presentado, por parte con el debido patrocinio solicitado.
2. Por constituido el domicilio legal indicado.
3. Se haga lugar a la designación de XXX como mi abogado/a.
4. Se conceda la audiencia solicitada con participación de mi madre, el Asesor de Menores, el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y mi persona con el debido patrocinio designado.
5. Se inicie un proceso gradual de revinculación familiar tendiente al egreso definitivo con mi madre, intimándose al Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes para que implemente medidas de fortalecimiento familiar.
6. Se tenga por presentada la reserva del caso federal.

PROVEER DE CONFORMIDAD QUE,
SERÁ JUSTICIA

Capitulo III: El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la defensa técnica, en los proceso de familia en que sus padres controvierten tenencia, visitas, alimentos y filiación

III.a. Introducción

Los modelos anteriores consistían en casos de niños, niñas y adolescentes institucionalizados, en los cuales, la defensa técnica adquiere suma trascendencia y en consecuencia ha sido más explorada.

Ahora bien, en términos expresos del artículo 27 de la ley 26.061, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser patrocinados por un abogado de su confianza en todo proceso que los afecta.

En términos de Kielmanovich, la aplicación del abogado de confianza no se limita por ley a aquellos procesos en que los niños, niñas y adolescentes sean o vayan a ser partes procesales, sino que comprende todos los casos que involucran sus derechos, formula de una inocultable amplitud.[3]

En esta línea argumental, los niños, sin dudas, son afectados por los procesos en los cuales los padres controvierten tenencias, visitas, alimentos, filiaciones y, en consecuencia, tienen derecho a la defensa técnica.

Cabe aclarar que la representación de sus padres no es suficiente, pues en todo caso estos defenderán su postura personal que no necesariamente es la postura personal del niño.

Por estas razones se presenta un modelo en el cual se funda la importancia de la defensa técnica en estos tipos de procesos. En este modelo se sugiere que se ofrezca como prueba una pericia psicológica que de cuenta de la espontaneidad de las peticiones del niño. El motivo de este pedido de prueba responde a que existe cierta postura jurisprudencial y doctrinal que entiende que cuando los niños se presentan en estos procesos están influenciados por sus padres y por tales razones resulta necesario despejar estas dudas.

III.b. Modelo III

Se presenta. Designa abogado

XXX, por derecho propio, con domicilio real en la calle XXX, en autos caratulados ''XXX sobre tenencia'' a V.S me presento y digo:

I. Que vengo a designar como letrado/a patrocinante a XXX, a fin de ser oída, notificada, participar activamente en el proceso, ofrecer y controlar prueba y apelar las decisiones contrarias a mi interés en esta disputa judicial entre mis padres que –decididamente– me afecta, porque en ella se establecerá cual de ellos ejercerá mi tenencia.

II. Que vengo a constituir domicilio en la calle XXX.

III. Que vengo a manifestar mi deseo de vivir con mi mamá, así como también a expresar el temor, la tristeza y la angustia que me genera que V.S me obligue a vivir con mi papá.

IV. Que vengo a solicitar a V.S fije audiencia a fin que se conozca mi grado de libertad y espontaneidad en torno a mi deseo de vivir con mi mamá.

Esta petición se basa en las consideraciones de hecho y de derecho que pasó a exponer:

A. Consideraciones de hecho:

Cuando tenía cinco años de edad mis padres se divorciaron. Desde aquel momento y por acuerdo de ambos, mi madre tuvo mi tenencia. No obstante, mi padre inició acción judicial para reclamarla.

Mi deseo es permanecer con mi mamá, sin perjuicio de mantener un contacto sólido y fluido con mi padre.

B. Consideraciones de derecho

B.1. El aspecto material de la defensa

La ley 26.061 en su artículo 27 inciso a) dispone que me asiste el derecho a ser oída ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite y a que mis opiniones sean tenidas en cuenta conforme a mi edad y madurez.

3 Kiellmanovich Jorge, ob citada, pag. 988

En este sentido, si media un requerimiento formal del niño o adolescente, el juez no tendrá opciones y deberá tomar contacto directo con aquel (Mizrahi, Mauricio, *La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061, en Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Emilio García Méndez, compilador, Editores del Puerto).

Dentro de este marco, la ley 26.061 acuerda el derecho de los niños a ser oídos sin que éste pueda intermediarse con la presencia de un representante u órgano apropiado, inclinándose por una verdadera inmediación, superando así las múltiples alternativas de la Convención. Entonces, el niño deberá ser escuchado cada vez que así lo solicite, máxime si este derecho debe ser interpretado juntamente con el derecho de participar activamente en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. De ello se sigue que el juez no podrá rehusarse a escuchar al niño bajo el pretexto de haber escuchado en su lugar a un representante u órgano apropiado, así como al Defensor de Menores, dictámenes periciales o informes de auxiliares del tribunal. Frente a esta negativa debería decretarse la nulidad de lo actuado, en consideración al orden público que gobierna esta materia. (Kielmanovich Jorge, ''Reflexiones Procesales sobre la ley 26.061'').

Vale recordar que, ya antes de la vigencia de la ley 26.061, el más alto tribunal de la Provincia de Buenos Aires, sentó postura firme al respecto, estableciendo que la audiencia con el niño debe ser personal y directa, garantizándose la inmediación niño-juez. En este sentido, se ha dicho que para el juez será imprescindible conocer al niño porque ese constituye el único y verdadero modo de saber de él, ya que para ser protegido el niño necesita la mirada de su juez (SCBA, mayo 2 de 2002, en la ley, 2003-A-425).

B.2. El aspecto técnico de la defensa

Además del derecho a ser oído, la ley 26.061 contempla el aspecto técnico de la defensa. Así, establece como Garantías Mínimas en los Procedimientos Judiciales el derecho: ''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.'' (Artículo 27 inciso c. Ley 26.061)

La ley 26.061 reconoce el derecho al patrocinio letrado a los niños, niñas y adolescentes, sin establecer edades. Ello es así porque el reconocimiento del niño al patrocinio letrado está enmarcado en el sistema de derechos y garantías de la Convención de los Derechos del Niño. Convención que recepta el principio constitucional de capacidad progresiva, en su artículo 5, en armonía con las disposiciones de la ley 26.061 (Solari Néstor, *Elección del Abogado del Niño*, LL 18.-05-09).

La citada ley establece el loable criterio de receptar la denominada ''capacidad progresiva'', en lo relativo a los actos que el niño puede ejercer directamente (arts. 19, inc. a) y 24, inc. b). Esta inserción es esencial, pues obligará a los jueces a no ajustarse al texto literal de los arts. 54 y 55 del Código Civil, superándose así el paradigma capacidad-incapacidad propio de la época tutelar en el que se inscribe nuestro Código Civil. El concepto de la capacidad progresiva se sustenta tanto en la capacidad de derecho o de goce, como en la capacidad de hecho o de ejercicio. No estará sujeto a una edad cronológica determinada, sino que habrá que verificar en cada caso el discernimiento del niño, su madurez intelectual y psicológica y al suficiente entendimiento (Mizrahi Mauricio, *La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Editores del Puerto, Emilio García Méndez compilador).

De modo coincidente con esta interpretación, la resolución 1234 de la Defensoría General de la Nación insta a los Asesores de Menores - en aquellos supuestos que denoten complejidad, o se vislumbre la existencia de intereses contrapuestos, o la niña, niño o adolescente solicite asistencia técnico jurídica- se arbitren los medios para la provisión de un abogado de confianza. Argumenta que el criterio de supeditación del ejercicio del derecho de defensa a edades cronológicas determinadas sin atender al discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo no respeta el principio de capacidad progresiva o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño o adolescente.

La actuación del abogado del niño se aplica cualquiera sea la edad de éste; esto es, no requiere como condición el discernimiento del patrocinado. Las normas pertinentes del Código Civil tendrán que ser reinterpretadas y ya no podrán aplicarse en su sentido literal tras la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061. De aquí se sigue que el principio a aplicar será el de la capacidad y no el de la incapacidad, pues el criterio a seguir es el de la capacidad progresiva. Con lo expuesto, se quiere señalar que los conceptos de capacidad o discernimientos cronológicos (de los artículos 54 y 921 del Código Civil) se reemplazarán por criterios de capacidad y discernimiento reales. Todo ello sin soslayar las dificultades de armonización de normas existentes, lo que deberá dar lugar a una postura amplia sobre el concepto de capacidad en orden a una actitud conciliadora que en ningún caso debe suponer la posibilidad de renunciar a adiciones de derechos concretadas por la nueva normativa.

En este contexto habilita la designación de abogados de confianza a niños menores de 14 años, superando así el criterio restrictivo que limita el derecho de defensa a haber adquirido la edad de discernimiento, según las pautas cronológicas del Código Civil.

Desde similar perspectiva se ha pronunciado la jurisprudencia, permitiendo a las personas menores de edad en función de su capacidad progresiva y discernimiento real designar abogados que representen en el proceso su interés particular, tomando debidos recaudos los magistrados que estos letrados no pertenezcan a la esfera de influencia de los padres de los niños (Sala B; KM contra KMD, LL 15-04-09).

Dado que el concepto de capacidad progresiva presenta cierta discrecionalidad en su interpretación, deberá presumirse por el hecho de que el niño se presente con un profesional del derecho. Así, se produciría una inversión en la carga probatoria, siendo el juez el que deba acreditar y fundar de manera acabada la falta de madurez a pesar del pedido expreso de ser parte. (Herrera Marisa, *El protagonista. El derecho del niño a conocer sus orígenes en la adopción, en Encuentro legal sobre reformulación legal de adopción*, UNICEF 2004).

Sin dudas, la Convención y la ley 26.061 implican la inversión del principio de incapacidad del Código Civil, convirtiendo la capacidad en regla, y la incapacidad en excepción. Entonces, todo niño tiene derecho a ejercer el derecho de defensa técnica porque se debe presumir su capacidad para designar, remover y dar instrucciones a un abogado. En este escenario, quien alegue falta de capacidad o discernimiento deberá probarlo.

El principio de la capacidad progresiva ha sido aplicado por la defensora de Cámara, quien al momento de expedirse sobre la procedencia del recurso extraordinario interpuesto por una niña, deriva a la misma al Cuerpo Medico Forense para evaluar su entendimiento y discernimiento real. Así, una vez acreditado en autos que la niña comprendía los términos de su presentación, dictaminó a favor de la procedencia del recurso extraordinario. (Dictamen de la Asesora de Cámara en autos caratulados ''M c P sobre tenencia, en tramite Sala C, 14 de agosto de 2007).

En sintonía con esta interpretación a favor de la presunción de capacidad, el decreto 2316/2003 de la Ciudad de Buenos Aires reglamentario de la ley Básica de Salud- establece que se presume que todo niño niña o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello, en especial, tratándose del ejercicio de derechos personalísimos, tales como requerir información, solicitar testeo de HIV y provisión de anticonceptivos.

B.3. La participación activa de los niños en los conflictos de familia. La autonomía progresiva de los niños como límite a la representación legal de los padres.

Si bien en principio y de acuerdo con nuestra legislación civil, las personas menores de edad son representadas en juicio por sus padres (art. 57 inc. 2 y art. 274 CCiv.) y promiscuamente por el Ministerio Público de Menores (art. 59 CCiv.) y, para estar en juicio necesitan de la autorización expresa de ambos padres (art. 264 quater inc. 5 CCiv.), cabe también recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño -de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN.)- reconoce en su art. 5 el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva, de acuerdo con la ''evolución de sus facultades''. A su vez el art. 18 de la misma Convención señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo con una orientación fundamental: el interés superior del niño, reconocido en el art. 3.1 de dicho texto constitucional.

Al respecto, Cillero Bruñol señala que al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, con relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior (*El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en Justicia y derechos del niño*, Nro. 1, noviembre de 1999, UNICEF., Oficina de Área para la Argentina, Chile y Uruguay, págs. 45/62).

Así, cabe afirmar, con relación a la figura del ''representante'' mencionada en el art. 12.2 de la Convención, que no podrá un padre, con el pretexto de ser el ''representante legal'' de su hijo, aspirar a que con su sola actuación se tenga por cumplida la normativa del tratado. El fin perseguido es la real intervención del niño y no su marginación del proceso por el progenitor. Esta actitud sería abusiva y violatoria del art. 5 de la citada Convención (Mizrahi, Mauricio, ''La posibilidad del niño de designar un representante necesario'', en el Libro de Ponencias de la Comisión n. 2 del X *Congreso Internacional de Derecho de Familia*, 20 al 24/9/1998, Mendoza, p. 519, citado por Medina, Graciela y Moreno Gustavo, *Sobre la defensa técnica de las personas menores de edad y la cuestionable sanción a un abogado que permitió a un mayor de catorce años hacerse oír por sí en tribunales*, publicado en Jurisprudencia Argentina 2004-II-4).

En el caso concreto de autos, la intervención de mis padres no es suficiente para hacer valer mi postura individual en este progreso. En especial, porque la petición de mi padre, en el sentido de asumir mi tenencia, es contrario a mis deseos de vivir con mi madre.

Dentro de este escenario entiendo que expresar mi opinión en esta disputa entre mis padres es el medio para poder buscar la solución y dar mi punto de vista en este conflicto.

El deber de escucharme directamente no puede ser soslayado en este caso bajo el pretexto de que pueda actuar por medio de mis representantes legales toda vez que éstos, lejos de actuar de común acuerdo, se encuentran discutiendo derechos (Cf. Carranza Casares, Carlos, *Participación de los niños en los procesos de familia*; publicado en La Ley 1997- C, pág. 1385).

A través del reconocimiento de mi capacidad para designar a un abogado de confianza puedo llegar a lograr dejar de ser objeto de esta brutal disputa entre mis padres.

La desintegración de la familia y las consecuencias que esta conlleva puede hacer que incluso padres bien intencionados desvíen sus prioridades. Los adultos a menudo no pueden darle el énfasis suficiente a los derechos y necesidades de sus hijos y muchos padres dejan de cooperar entre sí.

Yo misma fui atrapada en el fuego cruzado de la hostilidad de mis padres. La toma de decisiones en base a la cooperación no puede ser posible.

Es por esto que considero que estas prerrogativas de los niños, niñas y adolescentes como persona no conspiran contra la familia, sino que la fortalecen.

Suele suceder en juicios como estos, que los niños son tratados como ''objetos'' por sus progenitores, quienes lejos de buscar soluciones a sus disputas se enfrascan en cruentas batallas legales con el único fin de ganarle al otro contrincante, evidenciando de este modo una franca contraposición de intereses con sus hijos menores de edad (Cf. Basso, Silvina *Las niñas, niños y adolescentes y su derecho a una tutela judicial efectiva, III Congreso Internacional Derechos y Garantías en el Siglo XXI*, organizado por la AABA).

En este orden de ideas, ''cabe afirmar que resulta necesario que los menores sean escuchados en juicio, como que, con ello, puede llegar a arribarse a una mejor solución del caso de que se trate pues los menores suelen decir cosas –importantísimas, por cierto– que, de ordinario, no manifiestan sus padres ni constan en los escritos judiciales por ellos presentados'' (Blanco, Luis; Gavotti, Alicia; Polakiewicz, Marta, *Interés del menor: derecho de comunicación)*

En este sentido, sostiene Cillero Bruñol que: ''El principio de protección y promoción de la autonomía tiene una importante manifestación en el deber de orientación y dirección de sus padres, y se fundamenta en que el niño tiene derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso, estos es, que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que las niñas y los niños carecen de autonomía. Esto significa que los deberes jurídicamente reconocidos de los padres –que a su vez son límites a la injerencia del Estado, es decir derechos de los padres frente al Estado– no son poderes ilimitados sino funciones jurídicamente delimitadas hacia un fin: el ejercicio autónomo y progresivo de los derechos del niño que, en casos calificados de incumplimiento, deben ser asumidos por el Estado (arts. 9 y 20 CDN.)'' *(Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios, en Derecho a tener derechos)*.

Siguiendo ahora a Mauricio Mizrahi (*Autonomía de la voluntad y decisiones de los padres respecto de sus hijos menores*, publicado en La Ley 2003-F- página 1146 a 1149) sostengo que ''la autonomía de la voluntad tiene su asiento en el poder de autodeterminación de la persona individual; vale decir que se define como una facultad para autorregularse, de poder gobernarse a uno mismo. (...) es más que evidente que cuando los progenitores estipulan, verbigracia, quién se hará cargo de la tenencia del niño, o (digamos), establecen los alimentos que a éste le han de corresponder, en absoluto están regulando sus ''*propios intereses*'', ni resuelven puntos que hacen a su ''*propia esfera jurídica*''.

Muy por el contrario adoptan decisiones que afectan mi vida, y como consecuencia fatal tengo derecho a ser oído dado que está en juego mi calidad de vida y el ejercicio de mis derechos.

V. Prueba:

1) Testimonial: Se cite a prestar declaración testimonial a: XXX con domicilio real en XXX para que declare sobre la relación que tengo con mi madre y padre.

2) Se designe perito psicóloga a fin que se expida sobre el grado de libertad y espontaneidad de mi deseo de vivir con mi mamá.

VI. Hace reserva del caso federal: En el caso hipotético de desconocimiento del derecho de defensa técnica vengo a hacer expresa reserva del caso federal, en los términos de la ley 48 y la acordada 4-2007 porque una decisión contraria resulta vulneradora de los artículos 3, 5 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño y del artículo 18 de la Constitución Nacional.

VII. Petitorio:

Por todas las razones expuestas a V.S solicito:

1. Me tenga por presentada y por parte.
2. Se haga lugar a la designación de XXX como mi abogado/a.
3. Por constituido el domicilio.
4. Se haga lugar a la audiencia solicitada.
5. Se respete mi deseo de vivir con mi mamá.
6. Se tenga por presentada la reserva del caso federal.

PROVEER DE CONFORMIDAD
SERA JUSTICIA

Capitulo IV: El derecho al recurso en caso de negativa del derecho de defensa técnica

IV.a. Introducción

Aún existen algunos juzgados de primera instancia que no admiten la figura del abogado del niño.

Dentro de este marco, ante la negativa, es obligación del abogado del niño apelar la resolución denegatoria.

Recordemos que el plazo para interponer el recurso de apelación es de cinco días luego de notificada la resolución. En el escrito de apelación, el abogado se limita a apelar la resolución por causar un gravamen irreparable. Luego el juzgado concede en relación el recurso. Esto quiere decir que a partir de allí, resolución que se notifica por nota, el abogado tiene cinco días para fundar el recurso.

Dentro de este marco, se presenta este modelo de memorial el cual debe consistir en una crítica concreta y razonada de la resolución apelada, con lo cual hay que detallar con qué parte del fallo se discrepa y qué agravio o vulneración de derechos trae aparejada esta resolución. A su vez, se deben acompañar tantas copias como partes existen.

El hipotético modelo de memorial es empleado para fundar la diferencia entre el patrocinio letrado y la representación paterna-materna, la representación del Asesor de Menores y la representación del Tutor Ad Litem, pues a menudo se confunden estos roles. Asimismo, se hace mención a la suma relevancia que adquiera la defensa técnica en los procesos de protección y a la obligación del Estado de designar a todo niño un abogado, así como también al derecho del niño a elegir un abogado de su confianza.

IV.b. Modelo iv:

Presenta memorial frente al rechazo de la designación de un abogado de confianza. Hace reserva del caso federal

Excma. Cámara:

XXX, por derecho propio, con domicilio real en la calle XXX, con el patrocinio letrado de XXX, en autos caratulados: **"XXX"**, a V.S. respetuosamente digo:

I. Objeto

Que de conformidad con lo establecido por el Art. 244 y subsiguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, vengo en tiempo y forma a expresar los agravios que fundan el recurso de apelación interpuesto oportunamente por esta parte, contra el decisorio de fecha XXX, mediante el cual el /la juez/a de grado me ha denegado la posibilidad de designar abogado de confianza y en mérito a las consideraciones de hecho y de derecho que seguidamente paso a exponer solicito se revoque el mismo en todas sus partes.

Asimismo, atento la naturaleza y envergadura del tema traído a debate, expresamente hago reserva del caso federal.

II. Antecedentes

Con fecha XXX me presento en el expediente ''XXX'', designando como abogados/as patrocinantes a los/as doctores/as XXX. Fundamento tal petición en la extensa normativa constitucional e infraconstitucional vigente que reconoce tal derecho y, por ende, la obligación estatal de garantizarlo (artículos 16, 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, 5 y 12 de la Convención de los Derechos del niño y artículo 27 de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescente). Manifiesto que el proceso de control de legalidad de la medida excepcional me afecta de modo evidente, pues se esta vulnerado mi derecho a la convivencia familiar y tengo derecho a exigir que se garantice mi derecho a vivir en familia.

Por ultimo, argumento in extenso que la defensa material, es decir, el derecho a ser oído, debe ser complementado con el aspecto técnico de la defensa, que se logra a través de la figura del abogado de confianza.

Finalmente, con fecha XXX se resuelve que no corresponde admitir la intervención letrada en la forma requerida. V.S. expresa que las normas relativas a la representación de los menores no fueron derogadas por la ley 26.061y entonces habrá que hacer una interpretación armonizadora. De acuerdo a esta interpretación armonizadora, la designación de un abogado por parte del menor sólo po-

drá ocurrir si éste tiene capacidad jurídica para designar un abogado que lo represente (en virtud de las reglas que surgen del Código Civil, a partir de los 14 años de edad) y si existen intereses contrapuestos con sus padres.

Asimismo, V.S sostiene que el derecho de defensa es optativo y se ve perfectamente satisfecho con la designación de un tutor ad litem.

Contra tal resolución, interpongo con fecha XXX recurso de apelación, recurso que es concedido con fecha XXX.

III. Refutación del auto que desestima la pretensión de que XXX pueda comparecer a este juicio por sí con patrocinio letrado

Como ya fuera expresado, la jueza a cargo del juzgado XXX resolvió no hacer lugar a mi presentación con patrocinio letrado.

Discrepo con la postura adoptada en el resolutorio de fecha XXX, toda vez que la misma se ha pronunciado de manera equivocada y no ajustada a derecho, al contrariar la normativa constitucional vigente, ocasionando dicha circunstancia un gravamen de insuficiente reparación futura tanto sobre mi persona como sobre mis derechos, por las consideraciones de hecho y de derecho que haré a continuación.

III.a. Arbitrariedad de la sentencia apelada

Entiende el a quo que, de acuerdo a una interpretación armonizante, la designación de un abogado por parte del niño sólo podrá ocurrir en la medida en que se verifiquen capacidad jurídica para contratar que se adquiere a los 14 años y existencia de intereses contrapuestos entre éste y sus representantes legales.

La sentencia resulta arbitraria y no ajustada a derecho, cuando establece requisitos para acceder al derecho a designar un abogado de confianza que no surgen de la ley. Al respecto, realiza una interpretación restrictiva del artículo 27 de la ley 26.061, contraria a la propia naturaleza de una garantía constitucional, como es el derecho a la defensa técnica.

En este sentido, vale señalar que la mencionada ley 26.061 no establece ninguna condición ni distingue grupo etáreo para el acceso a un abogado. Por ello, sujetar la designación de un abogado a los requisitos señalados en la sentencia, implica una lisa y llana restricción a los alcances de la norma.

Por otra parte, el fallo en cuestión vulnera el principio pro homine ya que el a quo al realizar la interpretación del artículo 27 lo hace sacrificando el derecho a acceder a un abogado. Si alguna duda cabía a V.S sobre la interpretación del artículo 27 debió realizarla -por aplicación del principio pro homine- con el criterio más favorable al niño, es decir, aquella que mejor resguarde los derechos y garantías de la persona afectada.

III.b. Confusión de la figura del Tutor Ad Litem con la figura del Abogado del Niño

Expresa el a quo que el derecho de defensa técnica contemplado en la ley 26.061 se ve satisfecho con la designación de un tutor ad litem.

Bajo el pretexto de una interpretación armonizante entre el Código Civil y la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes se hacen prevalecer normas del Código Civil relativas a la representación de las personas menores de edad –ya sea a través de sus padres, tutores o asesor de menores– sobre normas de la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061 que reconocen a los niños la capacidad progresiva para ejercer por sí los derechos, y como lógica consecuencia, el derecho de los niños a designar un abogado de confianza que defienda su interés particular. Dentro de este marco se desconoce el orden de prelación de las normas establecido por el artículo 31 de las Constitución Nacional y se convierte en letra muerta la figura del abogado de confianza de niños, niñas y adolescentes.

La jueza de grado cuando sostiene que el derecho de defensa se satisface perfectamente con la designación de un tutor ad litem obvia por completo los alcances del artículo 27 de la ley 26.061 que suponen la real y activa participación del niño en el proceso. Más no su marginación, so pretexto de la intervención de sus representantes –sean sus padres, tutores o su representante promiscuo–. Resulta evidente que si el legislador al sancionar la ley 26.061 hubiera querido limitar la intervención del niño en el proceso a la intervención de sus padres, asesor de menores o tutores, no hubiera sancionado el artículo 27 de la ley que reconoce a los niños su calidad de parte en los procesos que lo afectan y su derecho a designar un abogado.

No es posible la equiparación de la figura del tutor ad litem y la del abogado de confianza porque responden a paradigmas distintos. Mientras el primero supone la incapacidad del niño, el segundo supone su capacidad progresiva. Dentro de este escenario, el tutor ad litem representa el interés superior del niño según la mirada adulta, y el abogado de confianza representa el interés particular de su patrocinado, según la mirada del propio niño (Gil Domínguez Andrés, Fama Maria Victoria y Herrera Marisa; en *Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes comentada*, página 474).

Sin dudas, la equiparación de la figura del abogado del niño con la figura del tutor ad litem implica aniquilar la figura del abogado y vaciar de contenido el artículo 27 de la ley 26.061.

Al respecto, cabe reiterar que la figura del tutor ad litem contemplada en el Código Civil para representar al niño cuando tiene intereses contrapuestos con sus padres no garantiza adecuadamente la participación activa del niño en el proceso. Cabe dejar aclarado que la figura del tutor ad litem, que se ha utilizado en la práctica ante conflictos judiciales donde los intereses de los niños se encuen-

tran enfrentados con los de los padres, no constituye una herramienta normativa reveladora para el efectivo ejercido de los derechos por parte de niños y adolescentes en el ámbito jurisdiccional.

El tutor ad litem defiende el interés del niño de acuerdo a su leal saber y entender, quedando mediatizada o directamente desconocida cuál es la opinión del niño. Se vuelve un sucedáneo de los representantes tutelares de los niños (Gil Domínguez y Herrera Marisa, ''Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Comentada'', página 476).

Así, mientras el tutor ad litem es una figura ligada a la incapacidad del niño, que sustituye su voluntad y, por lo tanto patrocina su interés superior desde su propia perspectiva de adulto (confundiéndose en algún punto con la figura del Defensor de Menores), el abogado es un personaje ligado al principio de la capacidad progresiva que justamente aparece a raíz de la madurez y desarrollo del niño para participar en el proceso. Así, el abogado no sustituye su voluntad, la reproduce o transmite al juez mediante su defensa especializada, como podría ocurrir con cualquier adulto (Gil Domínguez, Andrés, Fama Victoria y Herrera Marisa, ob citada).

Por todo lo dicho, la resolución de V.S me causa agravio irreparable dado que al decir el juez de grado que el derecho de defensa se satisface con la intervención del tutor ad litem convierte en letra muerta la figura del abogado de confianza.

III.c. Desconocimiento de la obligación del Estado de designar un letrado patrocinante y vulneración del derecho del niño a designar un abogado de confianza como derecho exigible

El juez de grado no hace lugar a mi pedido de ser parte en el proceso con asistencia letrada.

Sin embargo, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 27 es clara cuando establece que los organismos del Estado deberán garantizar a los niños, niñas y adolescentes, en cualquier procedimiento judicial que los afecte, el derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez, adolescencia y familia. Dentro de este nuevo escenario normativo, la designación de un abogado de confianza no es una facultad sino una obligación exigible a la magistratura.

En este contexto, la declaración de orden público contenida en el articulo 3 de la ley en lo que atañe a los indisponibles derechos y garantías - que acuerda o reconoce- y el principio que contiene su artículo 29, señalan una imperatividad que impone su aplicación inmediata (Kielmanovich Jorge, *Reflexiones Procesales sobre la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, la ley 17/11/05).

Al respecto, la sanción de la ley 26.061 ha venido a incorporar, aclarar o ampliar una serie de fundamentales derechos y garantías procesales a favor de los niños y adolescentes para todos los procedimientos judiciales y administrativos que los afectan, que importan la conformación de un nuevo proceso y más ambicioso concepto de la garantía constitucional del debido proceso legal. La aplicación del artículo no se limita por la ley a aquellos procesos en que los niños, niñas y adolescentes sean o vayan a ser partes procesales, sino que aprehende a todos los que los afectan, formula de una inocultable amplitud (Kielmanovich Jorge, ob citada).

Sin dudas, todo niño que se ve afectado por un proceso tiene derecho a designar un abogado de su confianza y en caso de no hacerlo el Estado le deberá asignar uno de oficio.

En particular, en los procesos para la adopción de medidas de protección –como es el caso de autos– lo cierto es que independientemente del fin de amparo, igual se afectan derechos de los niños, incluso llegando a producirse –como sucedió en este proceso– la medida de separación del medio familiar, y consiguiente afectación del derecho a la identidad. Cualquiera sea la denominación que reciban, los procesos para la adopción de medidas de protección implican el ejercicio del poder del Estado, que significan la intromisión, aunque sea por motivos muy loables, en la vida del niño y su familia. Esta intromisión debe siempre considerar las garantías del debido proceso para su legitimación frente a la comunidad. Por consiguiente, la función del Estado de brindar amparo debe ser controlada con algún mecanismo que asegure la representación de los intereses de los niños. Al respecto, cada vez que se aplican medidas de protección coercitivamente existe una contienda entre los diferentes intereses en juego, por un lado, la potestad protectoria del Estado, y por el otro, los intereses del niño, niña o adolescente. Entonces, para la aplicación de medidas de protección se deben respetar las garantías del debido proceso y entre ellas, de modo inexorable, el derecho de defensa técnica (Millán Patricio y Villavicencio Patricio, *La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección*, en Revista de Derechos del Niño № 1, UNICEF, Santiago 2002).

El derecho a la defensa opera bajo la lógica de constituir un contrapeso a la potestad del Estado, esto es un límite al ejercicio del poder cuyo fin es proteger ese ámbito de inviolabilidad o autonomía personal del cual gozan todas las personas. Al respecto, la garantía de defensa técnica es un requisito esencial del debido proceso y, por lo mismo, no es renunciable, o sea, no se satisface con la mera circunstancia que un sujeto decida autónomamente prescindir de ella. (Carocca, *Garantía constitucional de la defensa procesal*; José María Bosch Editor, Barcelona, 1098, página 446).

Dentro de este marco, la garantía de la defensa en juicio contempla una dimensión negativa que se traduce en la prohibición de la indefensión, esto es, impedir que se prive a una persona del ejercicio del derecho a la defensa, particularmente, por la acción del tribunal (Villavicencio Luis y Patricio Millán, ob citada).

En el caso particular de autos, el proceso de control de legalidad me afecta de modo directo y además existe contraposición entre los intereses del Estado en su función protectoria y mis intereses. Como lógica consecuencia de ello tengo derecho a ser asistido por un abogado de confianza.

La denegatoria a intervenir en este proceso me causa un gravamen irreparable dado que me deja en un absoluto estado de indefensión para peticionar lo que por derecho corresponda.

Por el contrario, mi participación activa a través de mi abogado de confianza –ofreciendo y controlando la prueba y apelando las decisiones contrarias a mi interés-, permite que mis pretensiones sean debidamente consideradas por el a quo.

III.d. Falaz interpretación de las normas de representación de las personas menores de edad

El juez a quo sostiene que la representación del menor, salvo mediando privación de la patria potestad o intereses contrapuestos entre el menor y sus padres, la ejercen estos. La ley prevé la designación de un tutor ad litem en caso de intereses encontrados entre la persona menor y sus representantes legales.

Tal interpretación me causa agravio irreparable dado que la jueza a quo hace prevalecer normas del Código Civil sobre normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconocen mi capacidad progresiva para el ejercicio personal de mis derechos.

De este modo se olvida que el principio de autodeterminación progresiva del sujeto implica la posibilidad para el niño de ser otro, distinto de su representante legal, aun a pesar de que coincidan en apariencia sus intereses. El simple hecho de permitírsele al niño una escucha diferenciada dentro del proceso lo posiciona como diferente, como sujeto autónomo (Pignata Noris, *El Acceso a la Justicia de los niños, niñas y adolescentes. Una política publica desde la perspectiva de sujetos de derechos*, ponencia presentada en el III Congreso de Derechos y Garantías en el Siglo XXI, organizado por la ABA).

Resulta innegable que el término representación se condice con el concepto de ''menores'' (con todo lo que involucra esta terminología, protagonista de la perimida doctrina de la situación irregular). En efecto, la representación significa que se está actuando en nombre, en lugar o por otro ya que ese no puede hacerlo por sí mismo. De esta manera, la representación legal se exhibe como una ficción legal mediante la cual se le otorga al representante legal un poder en la esfera jurídica ajena por el cual sólo es posible la actuación del representante, única voluntad a ser tenida en cuenta en la formación del acto jurídico.

En este orden de ideas, fácil es advertir que detrás del sistema de representación de menores adoptado por nuestro Código Civil subyace la idea del menor objeto de protección y control por parte de sus padres. (Minyersky Nelly y Herrera Marisa, ob citada).

Así, la característica central del modelo tutelar consiste en la negación de la participación del niño ya que la representación legal lo ''sustituye'' absolutamente (Solari Néstor, *El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el proceso judicial*, LL 29/11/05). Cabe agregar que este modelo tutelar ha sido superado con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y posterior sanción de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos del Niño, que supone la real participación del niño en el proceso.

Como lógica consecuencia y máxime teniendo en cuenta la jerarquía constitucional de la Convención de los Derechos del Niño, las normas del Código Civil sobre representación de los menores no podrán ser empleadas para retacear el derecho del niño a designar un abogado que represente sus intereses particulares.

En este contexto, el principio de autonomía progresiva considera que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos, los cuales deben ser ejercidos directa y progresivamente, con la dirección y orientación de sus padres, conforme a la evolución de sus facultades. Al respecto, si bien es cierto que conforme las normas del Código Civil los niños son representados por sus padres, no es menos cierto que conforme la Convención de los Derechos del Niño, las personas menores de edad tienen derecho a ejercerlos por sí, según su grado de madurez y con orientación de los padres.

Sin dudas, la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y más aun la sanción de la ley 26.061 ha puesto en jaque el paradigma de la incapacidad, y por ende, el de la representación y los ha reemplazado por el de la autonomía progresiva. En este orden de ideas, a partir de las nociones de autonomía y evolución de las facultades a la que alude la Convención y la nueva normativa de adecuación a ella, se reconoce que los niños y adolescentes adquieren capacidad para el ejercicio personal de sus derechos. Es en este terreno donde cabe destacar un avance significativo de la ley 26.061 al garantizar al niño su derecho a designar un abogado de confianza, lo cual supone su real protagonismo con el debido asesoramiento (Minyerski Nelly y Herrera Marisa, ob citada).

La intervención del abogado del niño implica que su opinión se considere de manera distinta y sin que sea arrastrada por las otras, ya que sobreviene un nuevo interés autónomo y de directa atención por el órgano jurisdiccional (Morillo de Ramírez, María Silvia y Morillo Augusto, *El abogado del niño*, en ED 164-1080).

II.e. Desconocimiento de la capacidad progresiva de los niños. Desconocimiento del derecho a elegir un abogado de confianza

I. Como fuera dicho ''ut supra'' V.S sostuvo que para designar abogado se requiere capacidad jurídica, la cual se adquiere a los 14 años, y que el derecho al patrocinio no incluye necesariamente que sea el niño quien designe al letrado. Éste podrá no ser de su confianza. En otras palabras, la ley no confiere al menor de edad el derecho a elegir un letrado sino el derecho a tener uno.

Sin embargo, los niños son titulares de derechos. El Estado tiene la obligación de garantizar el pleno goce y disfrute de esos derechos, y en tal sentido, la misma CDN, propone un modo de resolver la tensión generada por la situación fáctica y normativa. La Convención reconoce a los niños y niñas como sujetos activos de derechos, a partir de la noción de capacidad y desarrollo de su autonomía para el pleno ejercicio de los mismos.

Por lo tanto, en lo que concierne al ejercicio de los derechos por parte de los niños se puede decir que no es cierto que el mismo comience con la mayoría de edad legal, así como tampoco es correcto afirmar que tales derechos son ejercidos por los padres en representación de sus hijos, sino que, lo que ocurre en realidad es que, de hecho, las personas no ejercen los mismos hasta tanto no hayan incorporado la autonomía necesaria para ello.

El principio de autonomía progresiva considera que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos, los cuales deben ser ejercidos directa y progresivamente, con la dirección y orientación de sus padres, conforme a la evolución de sus facultades.

Así, el panorama normativo interno se ha visto radicalmente modificado, no sólo con la CDN, sino también a partir de la sanción de la ley 26.061, que en su artículo 3 inciso d) reconoce la capacidad de ejercicio de todo niño, niña y adolescente en función no sólo de su edad, sino también de su madurez.

Al respecto, la construcción abstracta de la personalidad ofrece una visión uniforme y esquemática del régimen jurídico de la capacidad que resulta insuficiente para el ejercicio de un derecho personalísimo como es el derecho a designar un abogado.

De esta manera opina Mizrahi, quien considera que -al menos en cuanto a sus derechos personalísimos- los niños podrán ejercerlos por sí, y sin acudir a terceras personas, obviamente en función de su desarrollo y madurez (Mizrahi, Mauricio, L., *Los Derechos Del Niño y la Ley 26.061*, en LL del 16 de diciembre de 2005, p. 2).

II.f. El derecho a designar a un abogado de mi confianza es un derecho personalísimo y puedo ejercerlo por mi mismo

El artículo 27 de la ley 26.061 consagra el derecho de defensa técnica como una garantía y obliga al Estado a hacerla efectiva. Por lo tanto, se infiere que es un derecho del niño contar con esa asistencia letrada. Esto significa que para el niño es optativa la designación de un abogado de su confianza, pero para el Estado no, que siempre debe proporcionarle al niño un abogado, pues se encuentran comprometidas otras garantías constitucionales como el debido proceso.

Por ello, en el texto vigente de la ley se obvió hacer referencia a la figura del abogado de confianza, para evitar que ante la falta de designación de éste el niño se encuentre en situación de indefensión e invariablemente privado de acceso a la justicia. En consecuencia, ante un conflicto administrativo o judicial que afecte o incluya al niño, este tiene derecho de elegir un abogado y si no lo hiciere, el Estado está obligado a designarlo por tratarse de una garantía mínima de procedimiento.

Dentro de este marco, se debe respetar mi derecho a designar un abogado de confianza, ya que según normas de la Convención de los Derechos del Niño, artículo 27 de la ley 26.061 y 921 del Código Civil soy capaz de comprender en que situación me encuentro y las consecuencias y riesgos de mis decisiones.

En este sentido, la garantía del debido proceso legal supone, como ya fuera dicho ut supra, el derecho irrenunciable a un abogado defensor libremente designado o a un defensor proporcionado por el Estado, sino se nombra defensor (Convención Americana de Derechos Humanos, articulo 8.2)

Con respecto a otro derecho personalísimo, como es el derecho a la salud, ha señalado el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que los derechos humanos personalísimos no pueden ser ejercidos por los representantes legales pues corresponden a la esfera de la autonomía y de la libertad personal (T.S. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, octubre 14 de 2003, ''Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires'', *LL*, 2004-B-413).

Sin dudas, en el caso particular de autos, la elección de un abogado de confianza es un derecho personalísimo que puedo ejercer por mi mismo sin necesidad de recurrir al auxilio de terceras personas, dado que se trata de un derecho constitucional que no puede ser retaceado so pretexto de normas civiles de representación de las personas menores de edad.

Esta presentación no importa arrasar y revolucionar con el orden jurídico establecido, muy por el contrario, negar la designación de mi abogado de confianza comporta desconocer el orden jurídico imperante.

A mi entender, con la designación de un letrado patrocinante se puede lograr que mis derechos sean garantizados, sin que otros intereses –legítimos por cierto– puedan impedir que se efectivicen mis derechos y así mi libre voluntad.

Parece plausible que siendo un joven de 14 años, quien represente mis intereses en el proceso debe defender mis deseos manifiestos y por ello debo intervenir directamente en su elección con el objeto de asegurar la relación de confianza. Tal relación de confianza y la defensa de mis intereses particulares no será satisfecha con la designación de un tutor a litem porque el mismo será impuesto de oficio por V.S y no seguirá mis instrucciones en la definición de mi interés.

II.g. Vulneración del derecho a la defensa técnica

Es preciso destacar que la ley 26.061 no sólo reconoce el carácter personal del derecho del niño a ser oído, sino que asimismo establece como Garantías Mínimas en los Procedimientos Judiciales, en el artículo 27 inciso c) el derecho: ''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''.

Una concepción completa y garantista del derecho de defensa no puede olvidar el aspecto técnico de la defensa. La continua complicación de los procedimientos exige la presencia de un abogado especializado a efectos de desarrollar y preparar una estrategia eficaz.

La garantía de la defensa consiste en asegurar la posibilidad de efectuar oportunamente y a lo largo del proceso, alegaciones y pruebas, y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia (Millán Patricia y Villavicencio Luis, ob citada).

El sentido de la defensa técnica reside en que, de lo contrario, de nada valdría el derecho de ser oído ''*si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz*'' (Morello de Ramírez, María Silvia y Morello, Augusto M.; *El abogado del niño, ED*, 164-1180).

Por ello, tengo derecho a acceder a la información del expediente para que en caso de no estar de acuerdo con las estrategias del Consejo de Derechos o en caso de decidirse la prórroga de la medida excepcional pueda consentirla o recurrirla en los términos del artículo 27 inciso e). Cabe reiterar que para acceder y comprender la información obrante en el expediente, así como también para ofrecer y controlar prueba y apelar las resoluciones contrarias a mi interés, es indispensable la presencia de mis abogadas de confianza. Sin dudas se puede afirmar que mi intervención en el proceso a través de mis abogadas es necesaria para preparar una defensa eficaz.

La negativa a la admisión de la intervención letrada me causa un gravamen irreparable, ya que me impide preparar una defensa eficaz que permita que mis intereses personales sean debidamente valorados por V.S al momento de adoptar decisiones sobre mi persona y derechos.

En este escenario, la decisión del a quo, sin dudas, constituye una manifiesta violación de la garantía procesal constitucional de defensa contenida en nuestra Carta Magna, y receptada, a su vez, por Tratados Internacionales de jerarquía supralegal como son la Convención Internacional de los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros.

El derecho de defensa se encuentra contemplado en la CDN en sus dos aspectos: defensa material y defensa técnica. El primero se funda en el derecho del niño o niña a ser oído y el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todo procedimiento, judicial o administrativo, donde estén en juego sus derechos o intereses (art. 12 CDN). Lo fundamental de este aspecto es que debe ser concebido como un derecho del niño y una garantía frente al poder del Estado, por lo que la interpretación de sus manifestaciones no puede adquirir cualquier forma, sino sólo la que responda concretamente a un ejercicio defensivo de sus derechos.

El segundo aspecto, la defensa técnica, se funda básicamente en la noción de ''asistencia jurídica'' de la CDN, reconocida en el art. 40.2.b. III.

Asimismo, el derecho a la defensa se encuentra consagrado en los dos tratados internacionales generales sobre derechos humanos más importantes, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Convención Americana establece, en términos generales, el derecho irrenunciable a un abogado defensor libremente designado (art. 8.2). Por su parte, el Pacto Internacional consagra las mismas garantías en términos muy similares (art. 14.3).

Estas garantías que se reconocen en la Convenciones, exclusivamente para aquellas personas que se ven enfrentados al sistema de persecución penal, deben extenderse a todo niño o niña que se vea afectado ya sea por un procedimiento administrativo o judicial y, por lo tanto, se incluyen aquellos procedimientos judiciales cuyas decisiones afectan derechos o intereses de ellos. Recordemos que la CDN debe ser ''el piso mínimo'' que deben cumplir los Estados para establecer modelos de representación judicial de los niños, niñas y adolescentes y que tanto la Convención Americana, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aseguran el derecho a un recurso efectivo que garantice ''las debidas garantías'' y por supuesto, dentro de éstas se encuentra el derecho a la defensa (art. 2.3. A del Pacto y artículo 8.1 de la Convención Americana).

Asimismo la ley 26.061, en su **artículo 27** reconoce la garantía de defensa, tanto en su aspecto material como técnico y establece que ''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... 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''**.

A esta altura, también creo necesario formular algunas precisiones acerca de la representación del Ministerio Público. Es necesario no confundirse el papel del Ministerio Público de Menores en la defensa de los derechos de la infancia, con la defensa técnica que puede ejercer el niño o adolescente en un caso concreto.

De modo enfático, establece el decreto 415 reglamentario de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que el derecho de asistencia letrada previsto en el inciso c) del articulo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales del niño en el proceso judicial, todo ello sin perjuicio de la intervención del Asesor de Menores.

Así, el Asesor de Menores materializa la mirada adulta del interés superior del niño y el abogado de confianza la mirada del niño de su mejor interés (Minyerski Nelly y Herrera Marisa, ob citada).

II.h. Vulneración del derecho a acceder a la justicia y a la tutela judicial efectiva. Art. 18 C.N. y Art. 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La negativa a mi pretensión de poder comparecer por derecho propio y poder contar con patrocinio letrado importa una violación a la Constitución Nacional (arts. 18, 43 y 75 inc. 22) y los distintos instrumentos internacionales (arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), en relación con el derecho de acceder a la jurisdicción y obtener una efectiva protección por parte del Poder Judicial.

En el caso de autos, el resolutorio impugnado transgrede lo dispuesto por el art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos.

¿Cómo se puede sostener que puedo obtener una efectiva protección por parte del Poder Judicial, si no se me permite designar a un abogado de mi confianza en un juicio en donde se están adoptando medidas protectorias sobre mi persona?

III.i. Vulneración de mi Interés Superior

La designación de un abogado de confianza se identifica absolutamente con mi interés superior.

El artículo 3.1 de la CDN dispone que ''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 a que se atenderá será el interés superior del niño''.

Al respecto, Cillero Bruñol sostiene que **''el interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultanea de todos sus derechos''** y ''que el contenido del principio se encuentra dado por los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo ''interés superior'' pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo ''declarado derecho'', por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser ''interés superior'' (''*El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*'', op. cit., p. 78)

De esta manera, la designación de un abogado de confianza nunca será contraria al interés superior del niño. Así, hace a su interés superior entendido como el cumplimiento de sus derechos, el de designar un abogado de confianza.

En tal sentido, ''la disposición del artículo tercero de la CDN constituye un ''principio'' que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar el ''interés superior del niño'' como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos, estos deben ser respetados'' (Cillero Bruñol, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, op. cit., p. 78).

El principio indica a la autoridad que ella no ''constituye'' soluciones jurídicas desde la nada, sino en estricta sujeción, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se legitima, orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño.

Así, lo que dispone el principio del interés superior del niño es ''una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades, constituyéndose como un principio garantía de la vigencia de los derechos del niño'' (Cillero Bruñol, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, op. cit., p. 78)

Todo lo anteriormente manifestado se encuentra consagrado en nuestro derecho interno, a través del artículo 3° de la ley 26.061 que establece que: **''a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos** en esta ley. Debiéndose respetar:

a) Su condición de sujeto de derecho;

b) **El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;**

c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;

d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común...''.

Estos argumentos me llevan a sostener que hace a mi interés superior el ser tenido por parte y el que se haga lugar a la designación de XXX como mis abogados/as, a fin de cumplir con todos y cada uno de los principios y garantías constitucionales que considero abrogados y asimismo expresar mi opinión y que ésta sea escuchada y tenida en cuenta.

IV. Medida para mejor proveer. Solicita audiencia

De conformidad con lo normado por el artículo 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, solicito a V.E. disponga una **audiencia**, a fin de escucharme en forma personal y de esta manera permitirme expresar las razones por las considero que tengo derecho a tener un abogado/a.

V. Reserva caso federal

Hago expresa reserva de la cuestión federal, en cuanto una resolución contraria a lo solicitado viola los artículos 14, 16, 18, 41 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; los artículos 8 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica; y los artículos 3, 5, 12 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño, con fundamento en las razones expuestas precedentemente a las que *brevitatis causae*, nos remitimos.

VI. Petitorio

Por lo expuesto a V.E. solicito:

1. Se tengan por formulados los presentes agravios en legal tiempo y forma del recurso de apelación oportunamente concedido por la *a quo*.
2. Oportunamente, se eleven los autos al Superior.
3. Se haga lugar a la audiencia solicitada.
4. Oportunamente, se revoque en todas sus partes, la resolución dictada por el *a quo*, ordenando que se emita una nueva conforme a lo aquí manifestado.
5. Se tenga presente la reserva del caso federal.

PROVEER DE CONFORMIDAD
SERA JUSTICIA

Capitulo V: El Recurso Extraordinario Federal en caso de denegación del derecho de defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes

V.a. Introducción

Como aclaración preliminar se destaca que no se desconoce el último fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el cual se deniega el derecho de defensa a una niña por ser menor de catorce años.[4] Este fallo nos hace suponer que la Corte confirmara las sentencias que deniegan el derecho de defensa técnica a los ''menores impúberes''.

Sin perjuicio de ello, entendemos que es obligación del abogado del niño interponer el Recurso Extraordinario Federal para, en su caso, recurrir a la instancia supranacional y que el Estado Argentino sea condenado por vulnerar el derecho de defensa técnica de las personas menores de edad.

En este sentido, se aporta un modelo de Recurso Extraordinario Federal por denegatorio del derecho de defensa técnica.

A fin de evitar que el recurso extraordinario sea rechazado por cuestiones de forma se presta atención en resaltar los requisitos de procedencia establecidos en la ley 48 y los requisitos formales, establecidos en la acordada 4 del 2007.

Dentro de este marco se sugiere que en toda presentación de abogado del niño se haga reserva del caso federal. No obstante, en virtud de la teoría de la Corte Suprema sobre sentencia sorpresiva que se cita en el modelo, se intentan aportar soluciones en caso que la reserva no se haya hecho en la primera presentación judicial.

V.b. Modelo V:

Interpone recurso extraordinario federal frente al rechazo de la designación de un abogado de confianza

Excelentísimo Tribunal:

XXX, por derecho propio, actualmente alojado en el instituto XXX, en autos caratulados ''XXX'', a V.E. me presento y digo:

I. Objeto

Que vengo en legal tiempo y debida forma a interponer recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha XXX, de la cual me notifique personalmente con fecha XXX, que confirma el pronunciamiento de fs XXX y por ende, me deniega el legítimo ejercicio de mi derecho de defensa, todo ello, en los términos del artículo 14 de la ley 48 y el artículo 256 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

II. Antecedentes. Relato de todas las cuestiones relevantes del caso que se encuentran relacionadas con los aspectos que se invocan como de índole federal. Indicación del momento en que se presentaron por primera vez, cuándo y cómo se introdujo el planteo respectivo y, en su caso, cómo se lo mantuvo con posterioridad:

He sido institucionalizado en diversas ocasiones ante la situación de pobreza de mi grupo familiar. No obstante es mi deseo vivir con mi familia.

Así fui institucionalizado, con fecha XXX, en el instituto XXX, XXX y XXX. A fin de hacer valer mi derecho de vivir en familia me presento con patrocinio letrado.

A la precitada presentación judicial, el XXX el juez a quo resuelve ''.....''

Por causarnos la resolución transcripta agravios irreparables, apelo la sentencia de fecha XXX de la cual me notifico con fecha XXX. La apelación fue debidamente concedida, con fecha XXX, lo cual motiva la presentación del memorial, con fecha XXX, obrante a fs XXX. En el citado memorial hago expresa reserva del caso federal, en el punto V.

Por su parte, con fecha XXX, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sentencia de modo expreso: ''*XXXXXXXXXX*''.

De tal resolución me notifico personalmente con fecha XXX, lo cual motiva la interposición del actual recurso extraordinario federal, que en esta oportunidad vengo a fundar.

---

4 Corte Suprema de Justicia de la Nación, ''MG contra PCA sobre tenencia'' de fecha 26 de junio de 2012.

III. Planteamiento de la cuestión federal al momento de su surgimiento por sentencia arbitraria conforme la jurisprudencia de la Corte

Como ya fuera dicho, el planteamiento de la cuestión federal se efectúa al momento de presentar el memorial que funda el recurso de apelación, con fecha XXX, obrante a fs. XXX, en su punto V. Sin embargo, en el caso de autos el recurso extraordinario debe prosperar pese a no haberse planteado la cuestión federal en el escrito de inicio, por aplicación de la conteste jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se cita a continuación.

Vale aclarar que, con anterioridad, en la primera presentación he ejercido mi derecho de defensa técnica consagrado de modo claro en la normativa vigente –artículo 27 de la ley 26.061- y he desarrollado postura de parte. Llegados a este punto resta manifestar que resulta evidente que no podía suponer que el/la juez/a a ''quo'' iba a desconocer la normativa vigente que reconoce el derecho de defensa técnica, vulnerando entonces -recién al dictar sentencia- el derecho constitucional de defensa y generándose en tal ocasión la cuestión federal, la que fue planteada entonces en ocasión de presentar el memorial del recurso de apelación, dado lo sorpresivo y arbitrario de la sentencia.

En este sentido ha dicho la Corte que la ausencia de reserva sólo puede admitirse cuando se emite un fallo sorpresivo (Fallos: 158-34; 201.159; 201-414; 244-536; 267-293).

Desde similar perspectiva se sostuvo que la cuestión tiene que ser planteada en ocasión de trabarse la litis y sólo excepcionalmente se puede efectuar en un momento posterior, justificado en el surgimiento sorpresivo de la cuestión federal y condicionado a que el planteamiento se haga en la primera oportunidad posible (Fallos: 265:194, 298:321).

De modo enfático ha dicho la Corte que, no cabe exigir un planteo formal en orden al caso federal, si los términos de la cuestión propuesta no justifican prever que, para resolver los agravios respectivos, se habrían de obviar las normas que rigen la materia y expresar fundamentos tan solo aparentes; de lo contrario, la exigencia de un planteo constitucional oportuno se convertiría en un ritualismo estéril, inoperante y lesivo del derecho de defensa en juicio (Fallos: 305:2009; 306:1081).

En el caso concreto de autos, como se desarrollará en los próximos apartados, no podía prever que la jueza de grado me iba a negar ejercer el derecho reconocido por la ley 26.061, en su artículo 27, bajo pretexto de aplicar la normativa del Código Civil, de jerarquía inferior a la ley 26.061, por tratarse esta última de una ley posterior y especial.

Cobra trascendencia en el caso de autos que de no abrirse la instancia federal se lesionará de modo definitivo mi constitucional derecho de defensa, con consecuencias irreparables sobre mi persona y derechos, es decir que, con sustento en reglas rituales se lesionarían derechos constitucionales.

IV. Funda procedencia del recurso extraordinario

IV.a. Demostración de que la decisión apelada proviene del superior tribunal de la causa y de que es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la CSJN

De acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la ley 48, el recurso extraordinario sólo procede contra **sentencias definitivas,** es decir, aquellas que dirimen la controversia poniendo fin al pleito o haciendo imposible su continuación.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte ha equiparado a las sentencias definitivas a aquellas resoluciones que ocasionan un perjuicio de imposible reparación ulterior.

Expresamente ha dicho la Corte que: ''Si bien es cierto que la sentencia que declara responsable al menor no constituye sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48, también lo es que dicha resolución merece ser equiparable a tal por sus efectos, en tanto impone una medida de seguridad que importa una restricción de derechos y, a veces, hasta de la libertad, el pronunciamiento ocasiona un perjuicio de imposible reparación ulterior'' (G. 53. XLIV. Recurso de Hecho G., J. L. s/ causa N° 2182/06, 15/6/10) –aún no publicado oficialmente por la Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN).

En el caso concreto, la resolución de la Sala XXX de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resulta confirmatoria de la dictada en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil № XXX, y pone fin en forma definitiva al litigio en cuanto a mi participación en calidad de parte y con patrocinio letrado, ocasionando ello un perjuicio de imposible reparación ulterior, al no poder hacer valer en el expediente mi postura individual, permaneciendo al margen de las resoluciones referidas a mi vida y derechos que se puedan adoptar, y por ende, debe ser equiparada a sentencia definitiva.

El artículo 14 de la ley 48 requiere también que la sentencia apelada haya sido dictada por **el tribunal superior de la causa.**

La resolución recurrida en autos proviene del tribunal superior toda vez que es irrevisable por otro que no sea la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme la respectiva organización procesal.

IV.b. Existencia de cuestión federal. Relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución y Tratados. Arbitrariedad de la sentencia

El recurso extraordinario es formalmente procedente, en los términos del artículo 14 inc. 3 de la ley 48, dado que se cuestiona la inteligencia de una cláusula de la Constitución Nacional (artículo 18) y su aplicación para las personas menores de edad, y de un tratado

internacional, en este caso, la Convención sobre los Derechos del Niño. Dentro de este marco normativo, los artículos 5 y 12, que reconocen a las personas menores de edad capacidad progresiva, y el artículo 3, que obliga a los jueces a sentenciar de acuerdo al interés superior de las personas menores de edad. En el caso concreto, la decisión ha sido contraria a estos derechos.

Dice expresamente el artículo 14 de la ley 48 que ''una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial; y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes: (...) 3º cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio...''.

En este sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ''El recurso extraordinario es formalmente admisible pues en el caso, se discute el alcance otorgado por el tribunal a una garantía constitucional, habiendo sido la cuestión apelada, contraria al derecho fundada en ella'' (Fallo: 321:2848).

En referencia a los tratados internacionales ha sostenido la Corte que: ''Existe cuestión federal para la apertura del recurso extraordinario cuando se ha cuestionado la interpretación de normas de un tratado y la interpretación efectuada ha sido contraria a las pretensiones del recurrente'' (Fallos: 327:3632; 325:1056).

Cabe agregar que es pacífica la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la procedencia del recurso extraordinario en el supuesto que se cuestiona la inteligencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

De modo expreso ha dicho la Corte que: ''Los recursos extraordinarios interpuestos resultan formalmente admisibles en la medida que las cuestiones propuestas importan dilucidar el alcance de una norma de naturaleza federal, como es la contenida de modo genérico en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño y la sentencia apelada es contraria a los derechos que los recurrentes fundan en ella'' (Fallos: 330:642; 328:2870).

La doctrina sentada por la Corte Suprema es aplicable al caso de autos dado que, en primer lugar, se cuestiona el alcance del artículo 18 de la Constitución Nacional, al entender los magistrados de la Sala XXX que los niños menores de catorce años –por su condición de tales– no gozan del derecho de asistencia técnica. En segundo lugar, se cuestiona la inteligencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los ya citados artículos 3, 5 y 12. En concreto, se vulnera el principio del interés superior –definido como la satisfacción integral de todos los derechos de los niños–, al impedirme la resolución de la Sala XXX ejercer mi derecho de defensa técnica. También se vulnera el principio de capacidad progresiva, al considerarme incapaz absoluto de hecho y sin discernimiento, haciendo prevalecer la normativa infraconstitucional sobre la constitucional.

Al respecto, los jueces de Cámara en lugar de aplicar la normativa constitucional citada se ''basan'' en la normativa del Código Civil, en especial, en los artículos 54 y 921 de dicha norma legal, vulnerando groseramente el principio constitucional de autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes (artículo 5 de la citada Convención) y el derecho de defensa técnica (artículo 18 de la Constitución Nacional y 27 de la ley 26.061), como ya fuera dicho.

Llegados a este punto, cabe agregar que de acuerdo con el artículo 15 de la ley 48: ''Cuando se entable un recurso de apelación que autoriza el artículo anterior deberá deducirse queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo que su fundamento aparezca en autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Convención, de las leyes, tratados o comisiones en disputa''.

La cuestión federal planteada, en el presente recurso, tiene una relación directa e inmediata a la materia de juicio, toda vez que de la solución de la cuestión federal dependerá necesariamente la decisión del litigio.

De esta manera, de la decisión que tome la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto de la necesidad de garantizar mi derecho a poder designar un abogado de confianza, depende de modo directo e inmediato el resultado sobre el fondo de la acción interpuesta.

Llegados a este punto, cabe agregar, que fundo la procedencia del recurso no sólo en los términos del artículo 14 inciso 3) de la ley 48 y jurisprudencia conteste ya citada, sino también en la doctrina de la arbitrariedad. Ello es así, porque en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación existe arbitrariedad cuando se ha omitido dar un tratamiento adecuado al problema de acuerdo a los términos planteados, el derecho aplicable y la evidencia rendida (Fallos: 317:76).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado una doctrina en torno a la arbitrariedad de sentencia, cuyos parámetros pueden sintetizarse a través de los siguientes enunciados:

1. Es condición de validez de las sentencias, que las mismas sean una derivación razonada del derecho vigente (Fallos: 274:60, 283:86, entre otros). Esta doctrina parte del ''*leading case*'' ''Rey c. Rocha'' (Fallo: 112:386), en cuanto descalificó como sentencias judiciales a las ''desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces''. La sentencia inmotivada exhibe la ''inexistencia de calidades mínimas para que el acto impugnado constituya una sentencia judicial''.

2. Una sentencia, para no configurar arbitrariedad, debe expresar el derecho vigente (Fallos: 259:55, 244:521).

3. Constituye sentencia arbitraria y, por ende inconstitucional, la que sólo tiene fundamentación aparente e inhábil (Fallo: 295:95), tal sería el caso en que se citan disposiciones legales o doctrina jurisprudencial sin expresar los fundamentos de su adecuación al caso concreto.

Así, la Corte ha sostenido que toda sentencia arbitraria queda descalificada como ''acto judicial'' y en definitiva es ''inconstitucional''.

Ha dicho la Corte que ''la arbitrariedad no constituye un fundamento autónomo de la apelación extraordinaria, sino un medio idóneo para asegurar el reconocimiento de alguna de las garantías consagradas por la Constitución Nacional'' (Fallos: 304:1509).

En tales condiciones, el pronunciamiento impugnado sólo satisface en forma aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos concretos de la causa, particularidad que impone su descalificación como acto jurisdiccional, con arreglo a la doctrina de la Corte Suprema sobre arbitrariedad de sentencias (Fallo: 316:1873).

De acuerdo con estos parámetros, el fallo *sub* examine es arbitrario, pues su falta total y absoluta de fundamentación lo descalifican como acto judicial válido.

Sin lugar a dudas, la sentencia recurrida peca del vicio de arbitrariedad normativa, por encuadrarse dentro de la categoría de sentencias infundadas, constituyendo claramente un pronunciamiento judicial arbitrario, y por ende a efectos de garantizar el ejercicio pleno del debido derecho de defensa, V.E. debe habilitar la vía extraordinaria con el objeto de revisar lo decidido.

Asimismo, se incurre en **arbitrariedad fáctica**, por haberse fallado en contradicción con las circunstancias de hecho de autos. El análisis de la situación está desconectado de la fundamentación normativa y jurisprudencial que elabora el sentenciante.

La doctrina define la arbitrariedad fáctica como ''...imperfecciones en la sentencia, concernientes al apartamiento del buen sentido y de la sana crítica en la apreciación de los hechos y pruebas'' (Sagüés, Néstor Pedro, ''Recurso Extraordinario'', Tomo 2, Ed. Astrea, 1992, pág. 340).

Ha sostenido la Corte: ''Es procedente el recurso extraordinario cuando se prescinde de la evaluación de pruebas esenciales para la solución del caso y el pronunciamiento recurrido no aparece como derivación razonada de las constancias obrantes en el litigio, por aplicación de la doctrina de arbitrariedad de sentencia'' (Fallo: 321:1019).

En igual sentido ha dicho la Corte que ''si bien la apreciación de la prueba constituye por vía de principio facultad de los jueces de la causa, no susceptible de revisación por vía extraordinaria, ello no es óbice para la intervención de la Corte Suprema en tal recurso, con base en la doctrina de la arbitrariedad, en los casos cuyas particularidades imponen el resguardo de la garantía de defensa en juicio y del debido proceso, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa'' (Fallo: 313:827).

Llegados a este punto, y en estrecha vinculación con la arbitrariedad fáctica, cabe preguntarse **¿cómo pueden sostener los magistrados intervinientes, sin siquiera conocerme que carezco de discernimiento y que no puedo comprender los alcances de designar un/a letrado/a patrocinante? La afirmación de mi falta de discernimiento resulta dogmática y desconectada del derecho vigente y las circunstancias de la causa.**

Con relación a la falta de aplicación del derecho vigente, en el caso, el derecho aplicable es, sin dudas, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 18 de la Constitución Nacional. Así como también el 27 de la ley 26.061, ley reglamentaria de la citada Convención.

En otras palabras, la aplicación del Código Civil por sobre la normativa citada de indudable jerarquía superior, responde sólo a la voluntad de los camaristas, pero de ningún modo a la aplicación del derecho vigente con sustento en las situaciones fácticas.

A esta altura es preciso manifestar que la falta de reconocimiento de mi derecho de defensa implica daños irreparables sobre mi persona y derechos, al estar institucionalizado en vulneración del debido proceso legal.

Resta señalar que la vulneración del cumplimiento de la ley 26.061, en especial de su artículo 27, hace también cuestión federal en los ya citados términos de la ley 48, dado que la ley 26.061 es reglamentaria de la Convención sobre los Derechos del Niño, y por ende, rigen para ella, las mismas consideraciones que para la Convención. (Sabsay, Daniel, *La Dimensión Constitucional de la ley 26.061 y del Decreto 1293/2005, en Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, García Méndez, Emilio, compilador, Editores del Puerto).

Por todas las razones expuestas, en el caso de no concederse el recurso extraordinario, mi derecho de defensa técnica garantizada con jerarquía constitucional y desconocido por el juzgado de primera instancia y la Cámara de Apelaciones se convertiría en letra muerta.

IV.c. Demostración de que el pronunciamiento impugnado nos ocasiona un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de mi propia actuación

Discrepo con la postura adoptada por la Sala XXX de la Cámara Nacional en lo Civil en el resolutorio de fecha XXX, toda vez que él mismo se ha pronunciado de manera equivocada y no ajustada a derecho, al contrariar la normativa constitucional vigente, ocasionando dicha circunstancia un gravamen de insuficiente reparación futura tanto sobre mi persona como sobre mis derechos.

El perjuicio causado por la decisión aquí impugnada afecta claramente un interés jurídicamente protegido, en tanto y en cuanto no reconoce ni hace efectivo el goce del derecho reconocido en la Constitución Nacional y en la Convención de los Derechos del Niño, como ser el derecho de defensa técnica y la capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, resulta evidente que el agravio causado por la decisión impugnada es concreto y efectivo, pues la denegación a contar con un abogado de confianza constituye un perjuicio concreto, no pudiéndoselo además tildar de aparente o supuesto.

Subsisten, además, los motivos que originaron este recurso, toda vez que no se han modificado las condiciones fácticas ni legales aptas para hacer desaparecer el gravamen, ni se ha visto satisfecha mi pretensión. En tal sentido, debe considerarse al agravio como actual en un todo de acuerdo con los precedentes relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 293:163, 255:58).

Debe destacarse asimismo que dicho gravamen no es reparable por otra vía distinta del Recurso Extraordinario.

Por último, ha de observarse que el perjuicio producido por la decisión impugnada no puede bajo ningún supuesto ser considerado como incierto, derivado de mi propia conducta –siendo, por ende, ajeno a la misma–, no existiendo de este modo obstáculo alguno en este aspecto como para considerar procedente el recurso extraordinario que aquí se interpone.

En conclusión, la resolución impugnada me genera un **gravamen personal, concreto y actual,** ya que implica continuar el juicio sin mi participación, lo cual va a derivar en una decisión judicial, al margen de mis deseos y posiciones.

V. Refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas. Relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso. La decisión impugnada es contraria al derecho invocado

V.a. Alteración del orden jerárquico de las normas. Aplicación de normas de rango inferior que conceden menos derechos que las de jerarquía superior que garantizan plenamente mi derecho de defensa técnica. Vulneración del derecho de defensa con fundamento en la aplicación de normas infraconstitucionales

Si bien es cierto que, en principio como sostienen los magistrados de la Sala XXX, el artículo 27 de la ley 26.061 debe ser interpretado en conjunción con la normativa ya existente (en especial, los artículos 54, 57, 59 y 921 del Código Civil), no es menos cierto que si éstos se contradicen con la ley 26.061 - ley posterior y referida a la materia en forma especial- y con la Convención sobre los Derechos del Niño- instrumento con jerarquía constitucional- deben prevalecer estas últimas. En otras palabras, si el Código Civil niega derechos que la ley 26.061 y la Convención sobre los Derechos del Niño reconocen, de modo evidente estos derechos deben ser respectados en forma irrestricta, por una cuestión elemental de jerarquía de las normas.

En este sentido se ha manifestado el Dr. Sabsay quien ha dicho al respecto: ''Todas las leyes nacionales referentes a la materia en tratamiento deben guardar conformidad con la CDN. Esto es así por un problema de orden de prelación, en tanto a partir de la reforma constitucional de 1994, los tratados ''tienen jerarquía superior a las leyes'' (art. 75, inc. 22, 1º párr. CN), disposición que complementa lo preceptuado en el art. 31 CN y cierra una larga polémica en torno a la prevalencia o no de los tratados por sobre las leyes. Esto por lógica consecuencia también juega en relación con el Código Civil que formalmente como instrumento jurídico tiene la jerarquía de una ley nacional'' (Sabsay, Daniel, *La Dimensión Constitucional de la ley 26.061 y del Decreto 1293/2005, en Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, García Méndez, Emilio, compilador, Editores del Puerto).

Por ello, entiendo que respetando el escalonamiento normativo que surge del art. 31 de la Constitución Nacional se debe reinterpretar nuestra normativa civil, teniendo en cuenta los preceptos contenidos en los tratados internacionales.

Asimismo, la ley 26.061 naturalmente debe prevalecer sobre el Código Civil, no sólo por ser una norma posterior, sino también por ser una especial.

Siguiendo con este argumento, el Código Civil posee jerarquía inferior a la ley 26.061, como ya fuera dicho, por tratarse de una ley posterior y especial.

Al respecto, siguiendo a Sabsay ''...ley posterior deroga ley anterior y ley especial deroga ley general, que lleva también a ponerlas por encima de las del Código Civil con las que se contrapongan''.

Resta agregar que, como ya fuera dicho, la ley 26.061 es reglamentaria de la Convención de los Derechos del Niño y, por ende, rigen para ella las mismas consideraciones que para la Convención (Sabsay ob. citada).

Llegados a este punto, cabe mencionar, a propósito de la armonización de normas, la recomendación de la Defensoría General de la Nación, en la Resolución 1234/06.

De modo textual dice: ''Resultaría de esta manera contrario al principio de ''capacidad progresiva'' o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño y/o adolescente, supeditar su aplicación a edades cronológicas determinadas, sin atender al discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo. En otras palabras se soslayarían, sin más, los derechos de los niños, niñas y adolescentes en desmedro de su condición de sujetos de derechos, y con ello su dignidad (principio de autonomía de la voluntad). Todo ello contrariando, además, la exigencia constitucional anteriormente mencionada de no perjudicar a los niños y adolescentes por la sola condición de serlo... **Todo ello sin soslayar las dificultades de armonización de normas existentes, lo que deberá dar lugar a una postura amplia sobre el concepto de capacidad en orden a una actitud conciliadora que en ningún caso debe suponer la posibilidad de renunciar a adiciones de derechos concretadas por la nueva normativa...''.**

Desde similar perspectiva, sostuvo Mizrahi que resulta indispensable encarar la modificación de nuestro Código Civil, ya que muchas de sus normas no se compadecen con el actual esquema normativo.

Agrega que, sin perjuicio de lo señalado y hasta tanto se concreten las reformas del caso, se impone a nuestros jueces una ardua tarea de reinterpretación de los textos del Código Civil que resultaron afectados por la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061. Tengamos presente al respecto que las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001) concluyeron que ''Las

Convenciones Internacionales ratificadas por la República, y en especial las que tienen jerarquía constitucional por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, prevalecen sobre las leyes internas que contradigan sus preceptos y debe ser considerada como derogada toda norma que resulte contradictoria con otras posteriores o de mayor rango''.

En el caso concreto de autos se ha vulnerado mi derecho de defensa y mi capacidad progresiva, reconocida en normas con jerarquía constitucional, bajo el pretexto de aplicar normativa civil de inferior jerarquía.

V.b. La representación de los padres y del Ministerio Público de Menores no es suficiente para garantizar acabadamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Los magistrados sostienen que las personas menores de edad son representadas en juicio por sus padres y promiscuamente por el Ministerio Público de Menores, lo cual es cierto. No obstante tal representación, los niños tienen derecho a actuar por sí y designar un abogado de confianza a fin de garantizar plenamente sus derechos, ya que la representación legal de los padres y la promiscua del Asesor de Menores no son suficientes a tal fin.

El protagonismo que la Convención sobre los Derechos del Niño y la nueva ley otorgan a los niños en las cuestiones que los afectan implica que gozan del constitucional derecho de ser asistidos por un abogado de confianza. Al respecto, a fin de lograr una tutela judicial efectiva, el niño debe participar como ''parte'' en todo proceso en el cual se decidan cuestiones relativas a sus derechos y su futuro, todo ello al margen de la representación legal de los padres y la promiscua del Asesor de Menores.

De acuerdo con la Dra. Guahnon (*El debido proceso y la concreción del derecho del menor a ser oído en un proceso de familia*, publicado en Jurisprudencia Argentina 2004-I-826), ''nada impediría, siguiendo las tendencias más modernas en la materia, que, sin perjuicio de sus representantes legales y de la intervención necesaria del Defensor de Menores, se garantice al niño una tutela jurisdiccional diferenciada (...) quien se encargaría de vigilar la observancia de los derechos de los menores''.

Ello es así porque, si bien en principio y de acuerdo con nuestra legislación civil, las personas menores de edad son representadas en juicio por sus padres (cf. art. 57 inc. 2 y art. 274 CCiv.) y promiscuamente por el Ministerio Público de Menores (cf. art. 59 CCiv.) y que para estar en juicio necesitan de la autorización expresa de ambos padres (cf. art. 264 quater inc. 5 CCiv.), cabe también recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño -de jerarquía constitucional (cf. art. 75 inc. 22 CN.)- reconoce en su art. 5 el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva, de acuerdo con la ''evolución de sus facultades''. A su vez, el art. 18 de la misma Convención señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo con una orientación fundamental: el interés superior del niño, reconocido en el art. 3.1 de dicho texto constitucional.

Al respecto, Cillero Bruñol señala que al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, con relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior (*El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en Justicia y Derechos del Niño*, Nro. 1, noviembre de 1999, UNICEF, Oficina de Área para la Argentina, Chile y Uruguay, págs. 45/62).

Así, cabe afirmar, con relación a la figura del ''representante'' mencionada en el art. 12.2 de la Convención, que no podrá un padre, con el pretexto de ser el ''representante legal'' de su hijo, aspirar a que con su sola actuación se tenga por cumplida la normativa del tratado. Esta actitud sería abusiva y violatoria del art. 5 de la citada Convención (cf. Mizrahi, Mauricio, *La posibilidad del niño de designar un representante necesario*, en el Libro de Ponencias de la Comisión 2 del ''X Congreso Internacional de Derecho de Familia'', 20 al 24/9/1998, Mendoza, p. 519, citado por Medina, Graciela y Moreno, Gustavo, *Sobre la defensa técnica de las personas menores de edad y la cuestionable sanción a un abogado que permitió a un mayor de catorce años hacerse oír por sí en tribunales*, publicado en Jurisprudencia Argentina 2004-II-4).

Entonces, por todo lo dicho debe quedar claro que no es suficiente la representación legal de los padres para tener por cumplida la participación personal y con asistencia letrada propia de los niños.

A esta altura también es necesario formular algunas precisiones acerca de la representación del Ministerio Público de Menores. Respecto de ello recuérdese que no debe confundirse el papel del Ministerio Público de Menores en la defensa de los derechos de la infancia con la defensa técnica que pueda ejercer el propio niño o adolescente en un caso concreto.

De acuerdo con los Dres. Graciela Medina y Gustavo Moreno (*Sobre la defensa técnica de las personas menores de edad y la cuestionable sanción a un abogado que permitió a un mayor de catorce años hacerse oír por sí en tribunales*, publicado en Jurisprudencia Argentina 2004-II-4), el Ministerio Público de Menores es defensor, por mandato constitucional (Art. 120 CN) y legal (Art. 59, 491 a 494 del Código Civil y la ley 24.946), de los derechos de los niños, las niñas, adolescentes y demás personas incapaces de hecho en la medida de su indisponibilidad. La defensa de estos derechos -que interesan a la sociedad y al Estado- no puede confundirse con la defensa que puede ser ejercida en el marco del proceso por la asistencia técnica propia de un abogado del niño, a quien se le asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto concreto y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a la voluntad del niño.

Si bien su función no es contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño, evidentemente no es suficiente para garantizar que los niños puedan ser parte del proceso, accediendo a la información que en el mismo se suscita y activando su tramitación. Considerar lo contrario es no tomar en cuenta el principio de autodeterminación progresiva del sujeto, que implica la posibilidad de ser otro, distinto de su representante legal o su representante promiscuo, aún a pesar de que coincidan en apariencia sus intereses. El simple hecho de permitírsele una escucha diferenciada dentro del proceso lo posiciona como diferente, como sujeto autónomo (Cf. Pignata, Noris, *El acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes: una política pública desde la perspectiva de sujetos de derecho*, ponencia realizada en el III Congreso Internacional Derechos y Garantías en el Siglo XXI, organizado por la AABA).

De modo enfático, establece el decreto 415 reglamentario de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que el derecho de asistencia letrada previsto en el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales del niño en el proceso judicial, todo ello sin perjuicio de la intervención del Asesor de Menores. Sin dudas, se trata de dos figuras diferentes y autónomas.

De este modo, el Asesor de Menores materializa la mirada adulta del interés superior del niño y el abogado la mirada del niño de su mejor interés (Conferirse a Minyerski, Nelly y Herrera. Marisa, ob. citada).

V.c. La capacidad progresiva de las personas menores de edad. Inaplicabilidad del artículo 921 del Código Civil

Los magistrados de la Sala XXX sostienen que mi escasa edad (10 años) y la aplicación del artículo 921 del Código Civil, según el cual el discernimiento para los actos lícitos se adquiere a los catorce años, impiden que pueda considerarse la actuación como parte legítima de una letrada patrocinante que no fue elegida por el interesado por encontrarse en la imposibilidad de comprender la trascendencia de dicho accionar.

Sin embargo, cabe adelantar que, los magistrados nada han hecho para preguntarme y por ende, conocer si he elegido a XXX como mi abogada y si comprendo la trascendencia de su actuación.

Asimismo, los magistrados votantes desconocen que ley 26.061 reconoce el derecho al patrocinio letrado a los niños, niñas y adolescentes, sin establecer edades. Ello es así porque el reconocimiento del niño al patrocinio letrado está enmarcado en el sistema de derechos y garantías de la Convención sobre los Derechos del Niño. Convención que recepta el principio constitucional de capacidad progresiva, en su artículo 5, en armonía con las disposiciones de la ley 26.061 (Solari Néstor, *Elección del Abogado del Niño*, LL 18-05-09).

El principio de autonomía progresiva considera que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos, los cuales deben ser ejercidos directa y progresivamente, con la dirección y orientación de sus padres, conforme a la evolución de sus facultades.

Además, la interpretación dominante en la doctrina entiende que la presunción *iuris et de iure* que la persona menor de catorce años es incapaz absoluta de hecho y carece de discernimiento para los actos lícitos y por lo tanto no tiene derecho a designar un abogado es arbitraria e inconstitucional, ya que aún siendo menor de edad, el niño no deja de ser persona y por lo tanto se deben respetar las debidas garantías.

Al respecto ha dicho la Defensora Pública de Menores de Cámara, en su dictamen de fecha XXX que, a la luz del artículo 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y teniendo en cuenta el concepto de ''autonomía progresiva'' del que se habla en dicho tratado, se atreve a concluir que el artículo 921 debe ser considerado tan solo como una presunción ''iuris tantum'' respecto de que los menores de catorce años no gozan del discernimiento necesario para celebrar actos jurídicos, por lo cual, en estos casos, deberá tenerse en cuenta la edad del niño y valorarse, mediante los medios probatorios pertinentes, el grado de madurez que han alcanzado, a fin de determinar si es capaz de expresar lo que quiere y de elegir su propio abogado.

Vale insistir con que, de modo contrario a los artículos 54, 55 y 921 del Código Civil, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la ley 26.061 no fijan edades, sino que establecen una autonomía progresiva. Por lo tanto, la cuestión de la designación de un abogado no puede estar ligada a una edad cronológicamente determinada, sino a mi discernimiento, madurez, entendimiento y grado de desarrollo. (Cf. Guahnon, Silvia, *El debido proceso y la concreción del derecho del menor a ser oído en un proceso de familia*, publicado en JA, 2004-I-826).

De conformidad con todo lo anteriormente manifestado y a la luz de las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061, los artículos 54, 55, 59 y 921 del Código Civil deben ser reinterpretados por V.E., ya que no pueden ser considerados como lo ha hecho los magistrados de sala.

Así opina el Dr. Mizrahi, quien considera que la ''capacidad progresiva'' que emana de la Convención sobre los Derechos del Niño ''obligará a los jueces a no ajustarse al texto literal de los arts. 54 y 55 del Código Civil, de manera que –al menos en cuanto a sus derechos personalísimos– los niños podrán ejercerlos por sí y sin acudir a terceras personas; obviamente en función de su desarrollo y madurez'' (Mizrahi, Mauricio, *Los Derechos Del Niño y la Ley 26.061*, en LL del 16 de diciembre de 2005, p. 2).

Sin dudas, el derecho a designar un abogado de confianza es un derecho personalísimo.

Por tal razón entiendo que se debe respetar mi derecho a designar abogado, ya que me considero capaz de comprender en qué situación me encuentro y las consecuencias y riesgos de mis decisiones.

En este sentido se ha pronunciado la Resolución 1234/06 de la Defensoría General de la Nación al expresar que: ''La actuación del abogado del niño se aplica cualquiera sea la edad de éste; esto es, no requiere como condición el discernimiento del patrocinado. Las normas pertinentes del Código Civil tendrán que ser reinterpretadas y ya no podrán aplicarse en su sentido literal tras la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061. De aquí se sigue que el principio a aplicar será el de la capacidad y no el de la incapacidad, pues el criterio a seguir es de la capacidad progresiva. Con lo expuesto quiero señalar que los conceptos de capacidad o discernimientos cronológicos (de los arts. 54 y 921 del Código Civil) se reemplazarán por criterios de capacidad y discernimiento reales, en función del juicio propio y madurez del niño''.

Por otra parte, en la resolución citada se ha recomendado que –en aquellos supuestos que denoten complejidad o se vislumbre la posibilidad de existencia de intereses contrapuestos o sea solicitado por el niño– se arbitren los medios para la provisión de un letrado. En el caso concreto de autos, yo estoy solicitando ser patrocinado por XXX.

Desde similar perspectiva se ha pronunciado la jurisprudencia, permitiendo a las personas menores de edad en función de su capacidad progresiva y discernimiento real designar abogados que representen en el proceso su interés particular, tomando debidos recaudos los magistrados que estos letrados no pertenezcan a la esfera de influencia de los padres de los niños (Sala B; KM contra KMD, LL 15-04-09).

Dado que el concepto de capacidad progresiva presenta cierta discrecionalidad en su interpretación, la capacidad progresiva deberá presumirse por el hecho de que el niño se presente con un profesional del derecho. Así, se produciría una inversión en la carga probatoria, siendo el juez el que deba acreditar y fundar de manera acabada la falta de madurez a pesar del pedido expreso de ser parte. (Herrera Marisa, *El protagonista. El derecho del niño a conocer sus orígenes en la adopción, en Encuentro Legal sobre Reformulación Legal de la Adopción*, UNICEF 2004).

En el caso concreto de autos, nada se ha hecho para conocer mi grado de comprensión real, porque se ha aplicado el criterio de discernimiento cronológico del Código Civil, cuando en realidad tendría que haberse atenido tanto el a quo como los magistrados de la Sala XXX, a criterios de discernimiento real, a la luz del artículo 5 de la Convención, de jerarquía superior al Código Civil.

Sin dudas, la Convención y la ley 26.061 implican la inversión del principio de incapacidad del Código Civil, convirtiendo la capacidad en regla, y la incapacidad en excepción. Entonces, todo niño tiene derecho a ejercer el derecho de defensa técnica porque se debe presumir su capacidad para designar, remover y dar instrucciones a un abogado. En este escenario, quien alegue falta de capacidad o discernimiento deberá probarlo.

Reitero que nada de esto ha hecho ni el/la juez/a de grado ni los/as magistrados/as de la Sala XXX.

Al respecto, ningún medio se ha arbitrado para demostrar que no tengo capacidad suficiente para comprender los alcances de mi presentación, sólo se lo afirma dogmáticamente, con sustento en la normativa infraconstitucional del Código Civil ya citada. Por tal razón, dado que no se ha probado que carezco de discernimiento, se debe presumir mi capacidad y discernimiento por el hecho de presentarme en autos, designando una abogada de confianza, teniendo en cuenta el principio constitucional de capacidad progresiva y los alcances y razonabilidad de mi presentación.

Resta manifestar que la presunción de capacidad es receptada normativamente por el decreto 2316/2003 de la Ciudad de Buenos Aires reglamentario de la ley Básica de Salud. Establece que se presume que todo niño niña o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello, en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos, tales como requerir información, solicitar testeo de HIV y provisión de anticonceptivos.

En el caso concreto, no cabe duda deque están en juego derechos personalísimos y por ende, para su ejercicio debe presumirse mi capacidad, más aún si yo mismo he solicitado ser tenido por parte, y nada se ha hecho para desvirtuar la presunción de capacidad.

Llegados a este punto resulta esencial recordar que el artículo 27 de la ley 26.061 también debe ser interpretado a la luz del principio pro homine. En esta línea, su interpretación habrá de ajustarse a la solución derivada de aquellas reglas de la hermenéutica que le concedan a la normativa bajo examen la mayor amplitud permitiendo la más plena vigencia de los derechos humanos, es decir que le otorguen el más amplio vigor al reconocimiento de los mismos. En este orden de ideas, vedarle al niño su acceso a la justicia para peticionar por sus intereses y derechos no parece ser el camino indicado si realmente se persigue garantizarles a niños, niñas y adolescentes el ejercicio efectivo de todos sus derechos.

Por todos los fundamentos constitucionales, doctrina y jurisprudencia citada, vemos cómo esta presentación no importa arrasar y revolucionar con el orden jurídico establecido, sino que por el contrario, se pretende hacer visible que, negar la designación de abogada de confianza comporta desconocer el orden jurídico imperante. Al respecto es importante tener presente que en toda esta materia la ley 26.061 dispone enfáticamente en su artículo 2do. in fine que: ''Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de **orden público**, **irrenunciables**, interdependientes, indivisibles e **intransigibles**''.

A modo de conclusión volvemos a preguntarnos, **¿En base a qué fundamentos afirman los magistrados de la Sala XXX, mi imposibilidad para comprender los alcances de la actuación de mi letrado/a patrocinante, inclusive aún sin conocerme?**

Esta afirmación, hoy en día, a la luz del artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los artículos 3 y 27 de la ley 26.061 no es más que una arbitrariedad manifiesta e ilegítima.

A mi entender, con la designación de un letrado patrocinante se puede lograr que mis derechos sean garantizados, sin que otros intereses –legítimos por cierto– puedan impedir que se efectivicen mis derechos y así mi libre voluntad.

V.d. Vulneración de mi derecho de defensa en su sentido técnico

Aquí y ahora cabe recordar que la jueza a quo deniega mi derecho a la asistencia técnica pero fija audiencia a fin de que sea oído en base a una interpretación parcial y errónea de la ley 26.061, reconociendo sólo el aspecto material de la defensa, pero desconociendo su aspecto técnico.

Sin embargo, como vengo sosteniendo, se ha vulnerado mi derecho de defensa técnica consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en el artículo 27 de la ley 26.061.

Al respecto, una concepción completa y garantista del derecho de defensa no puede olvidar el aspecto técnico de la defensa. La continua complicación de los procedimientos exige la presencia de un abogado especializado a efectos de desarrollar y preparar una estrategia eficaz. La garantía de la defensa técnica consiste en asegurar la posibilidad de efectuar oportunamente y a lo largo del proceso, alegaciones y pruebas, y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia.

La adecuada defensa de mis derechos, a fin de acceder a una tutela judicial efectiva, exige mi participación en los procesos judiciales en calidad de ''parte'', con representación autónoma y asistencia jurídica a cargo de un abogado.

El protagonismo que la Convención sobre los Derechos del Niño y la nueva ley nos acuerdan a los niños en las cuestiones que nos afectan implica que gozamos del constitucional derecho de ser asistidos por un abogado.

A fin de lograr una tutela judicial efectiva, el niño debe participar como parte con las prerrogativas que conlleva, referida a la aportación y contralor de la prueba, participación activa en el proceso y derecho al recurso, en todo proceso en el cual se decidan cuestiones relativas a sus derechos y su futuro.

Por lo tanto, mi calidad de parte en el proceso es una consecuencia de mi consideración como sujeto de derechos.

Corresponde a V.E. otorgar viabilidad a la presentación incoada respecto a obtener la calidad de ''parte'' dentro del expediente con las actitudes y actividades que la asunción de dicho cargo implica; toda vez que, el fin principal e inmediato que se busca con la pretensión impetrada lo constituye el derecho de ser oído con asistencia técnica para que mis pedidos sean debida y eficazmente considerados, resultando la vía de ser parte en el expediente, exclusivamente, la única manera posible que existe desde el ordenamiento jurídico para peticionar por mis derechos.

El carácter de ''parte'' en un proceso civil exige, además de la defensa material, una defensa técnica, que se logra a través de una asistencia jurídica especializada, como ya fuera dicho.

Vale recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño consagra solamente de manera expresa el derecho a ser oído, no así la ley 26.061 que garantiza ambos aspectos de la defensa.

Dice el artículo 12 de la CDN: ''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 del procedimiento de la ley nacional''. En este punto es preciso destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño es ''el piso mínimo'' que deben cumplir los Estados para establecer modelos de representación judicial de los niños, niñas y adolescentes; siendo nuestros textos internos más amplios que los de la propia Convención, ya que en esta línea, la ley 26.061 no sólo reconoce el carácter personal del derecho del niño a ser oído, sino que asimismo establece como garantías mínimas en los procedimientos judiciales, el derecho del niño: ''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'' (artículo 27 inciso c. Ley 26.061).

Dentro de este marco, la intervención del niño con patrocinio letrado permitirá que su posición sea considerada de manera distinta y que no sea arrastrada por las otras, ya que sobreviene ''*un nuevo interés autónomo, y de directa atención por el órgano jurisdiccional*''. El sentido de su admisión reside en que, de lo contrario, de nada valdría el derecho de ser oído ''*si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz*'' (Morello de Ramírez, María Silvia y Morello, Augusto M.; ''El abogado del niño'', ED, 164-1180).

Se aquí también la importancia de la defensa técnica en las medidas de protección, como es el caso de autos.

En particular, en los procesos para la adopción de medidas de protección lo cierto es que –independientemente del fin de amparo– igual se afectan derechos de los niños, incluso llegando a producirse la medida de separación del medio familiar, como en el caso de autos. Como consecuencia, se debe asegurar algún mecanismo que permita la representación de los intereses del niño. (Millán Patricio, *La representación de niños, niñas y adolescentes en los procesos para la adopción de medidas de protección*, en Revista de Derechos del Niño № 1, UNICEF, Santiago, 2002). Es en este terreno donde cabe destacar un avance significativo de la ley 26.061 al garantizar al niño su derecho a designar un abogado de confianza que defienda sus intereses particulares. Dentro de este marco, en los procesos para la adopción de medidas de protección y en particular en el proceso de separación del medio familiar, se deberá respetar el debi-

do proceso legal, y en especial, el derecho de defensa técnica de los niños, asegurándose de este modo que sus intereses particulares sean tenidos en cuenta.

V.e. Vulneración de mi Interés Superior. Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 3 de la ley 26.061

En la presente causa no debemos olvidarnos del principio rector en lo referente a las personas menores de edad que es el ''interés superior del niño''. Interés superior que ha sido vulnerado dado que la decisión ha sido contraria al ejercicio de mis derechos.

El artículo 3.1 de la Convención dispone que ''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 a que se atenderá será el interés superior del niño''.

Al respecto, Cillero Bruñol sostiene que **''el interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultanea de todos sus derechos''** y ''*que el contenido del principio se encuentra dado por los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo ''interés superior'' pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo ''declarado derecho'', por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser ''interés superior''* (en *El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño,* op. cit., p. 78).

De esta manera, el principio del interés superior del niño, cobra un nuevo sentido en la medida que ''*existen **derechos y titulares** (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos, lo que conlleva a que la discrecionalidad se encuentre reducida*''.

En tal sentido, ''*la disposición del artículo tercero de la CDN constituye un ''principio'' que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar el ''interés superior del niño'' como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos, estos deben ser respetados*'' (Cillero Bruñol, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, op. cit., p. 78).

El principio indica a la autoridad que ella no ''constituye'' soluciones jurídicas desde la nada, sino que en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en la sustancia, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se legitima, orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño.

Así, lo que dispone el principio del interés superior del niño es ''*una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades*'' (Cillero Bruñol, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño*, op. cit., p. 78), constituyéndose como un principio- garantía de la vigencia de los derechos del niño.

Todo lo anteriormente manifestado se encuentra consagrado en nuestro derecho interno, a través del artículo 3° de la ley 26.061 que establece que: **''A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos** en esta ley''.

Estos argumentos me llevan a sostener que hace a mi interés superior el de ser tenido por parte y el que se haga lugar a la designación de XXX como mi abogado/a, a fin de cumplir con todos y cada uno de los principios y garantías constitucionales que considero abrogados y a que mi opinión sea escuchada y tenida en cuenta.

En otras palabras, si mi interés superior es que se respeten todos mis derechos, sólo se sentencia de acuerdo al mismo cuando los respeta.

Sin dudas, ninguna decisión que impida el ejercicio de algún derecho, en este caso el derecho de defensa técnica, es conteste con el interés superior de los niños.

VI. Solicita medida de mejor proveer

A fin de cumplir con el derecho del niño a ser oído, en los términos del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño y los artículos 24 y 27 inciso 1) de la ley 26.061, solicito que se fije audiencia a fin de evaluar mi grado de discernimiento y capacidad de comprender los alcances de la designación de XXX como mi letrada patrocinante, así como también para conocer mi postura de parte.

VII. Reserva de la jurisdicción supranacional

En caso de ser rechazado el presente recurso extraordinario federal formulo reserva de acudir a la jurisdicción supranacional –art. 44 y ss. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– en virtud de la índole de los principios y derechos fundamentales por afectación de los artículos 8, 19 y 25 de la citada Convención.

VIII. Petitorio

Por todo lo expuesto solicito:

1. Se tenga por interpuesto en legal tiempo y forma el presente Recurso Extraordinario Federal y se haga lugar al presente Recurso Extraordinario planteado para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2. Se tenga por fundado el mismo, por redactado en carácter de autónomo y por realizada la crítica circunstanciada del fallo de la Sala XXX de la Cámara Nacional en lo Civil recurrido.
3. Por ratificado el domicilio procesal invocado.
4. Se haga lugar a la audiencia solicitada para ser escuchado personalmente.
5. Se de traslado a las partes por diez días y por su orden.
6. Se tenga presente la reserva de acudir a la jurisdicción supranacional.

PROVEER DE CONFORMIDAD
SERÁ JUSTICIA

Segunda parte: La exigibilidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes

Capítulo VI: ¿Qué hacemos cuando la autoridad administrativa de protección local (el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes) actúa al margen de la ley 26.061? A propósito de los niños, niñas y adolescentes institucionalizados sin medida excepcional

VI.a. Introducción

Quienes litigamos en defensa técnica de niños, niñas y adolescentes institucionalizados nos hemos encontrando con frecuencia con chicos institucionalizados sin medida excepcional, en los términos del artículo 39 y siguientes de la ley 26.061.

Llegados a este punto es preciso advertir que el dictado de una medida no es una formalidad carente de sentido. Muy por el contrario hace al estricto cumplimiento del debido proceso legal, a tal punto que sino se cumple rigurosamente se configuraría una privación ilegal de la libertad.

En este sentido vale recordar que la medida excepcional vino a remplazar a la derogada figura de la protección de persona. En líneas generales la protección de persona permitía privar del medio familiar y de libertad a los niños sin fundamento, por tiempo indeterminado y sin cumplir ninguna de las garantías constitucionales de los padres y de los niños. En contraposición, la medida excepcional establece límites precisos para su procedencia, límites temporales de vigencia, una finalidad clara tendiente al regreso del niño con la familia y el debido proceso para su dictado, dentro del cual cobra trascendencia el derecho de defensa.

Por tales razones se hace indispensable el dictado de la medida excepcional. Ante su falta de dictado resulta esencial la promoción de acciones de amparo para que el Consejo de Derechos dicte el acto administrativo y lo sujete a control judicial de legalidad para dotar de legalidad la permanencia institucional de las personas menores de edad.

Es este el sentido y finalidad del modelo de amparo que sigue a continuación.

VI.b. Modelo VI

Promueve acción de amparo con el objeto de que cese en su omisión de dictar una medida de protección excepcional de derechos

Señor Juez:

XXX, por derecho propio, con el patrocinio de XXX, constituyendo domicilio en XXX; a V.S digo:

I. Objeto

Que vengo a interponer acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, art. 14 de la Constitución de la Ciudad y art. 2 de la Ley 2.145 contra el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (CDNNyA), dependiente de la Jefatura de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con domicilio en Diagonal Roque Sáenz Peña 547, 6to. Piso, de esta Ciudad, con el objeto de que cese en su omisión de dictar una medida de protección excepcional de derechos, en los términos del artículo 39 de la ley 26.061, que regularice mi situación jurídica, pues me encuentro institucionalizado sin acto administrativo y control judicial que lo avale.

Ello significa que mi institucionalización se llevó a cabo de manera irregular ya que no se cumplieron los requisitos constitucionales mínimos que prevé la ley para privarme de mi medio familiar y/o comunitario y se lesionó el debido proceso legal que supone determinación del plazo, fundamentación y motivación de la medida de internación y el respeto del derecho de defensa material y técnica (conforme art. 27 lLey 26.061).

II. Legitimación

La ley 26.061, en su artículo 27, habilita a todo niño a actuar en calidad de parte y con patrocinio letrado en defensa de todos sus derechos.

III. Competencia

La competencia del Tribunal se fundamenta en el art. 7 de la ley de Amparo local (ley № 2.145), que dispone: ''...*Cuando la acción de amparo sea dirigida contra autoridades públicas de la Ciudad, será competente para conocer el fuero Contencioso Administrativo*

y Tributario de la Ciudad''. Supletoriamente, se aplican los artículos 1 y 2 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

IV. El sistema de proteccion de derechos en la caba y la responsabilidades del consejo de derechos

El proceso de lucha y reconocimiento internacional y regional por los derechos humanos de los niños generó un marco de renovación normativa e institucional cuya expresión por excelencia, en nuestro país, es la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y su incorporación a la Constitución de la Nación, con la máxima jerarquía normativa imperante en nuestro ordenamiento jurídico. La Convención ha importado un cambio radical en la forma de tratamiento y definición de las personas menores de edad, en tanto inaugura un nuevo status jurídico de los niños, como sujetos titulares de derechos. Esta nueva concepción de la infancia redefine las obligaciones del Estado, que deja de ser un Estado filantrópico, caritativo y asistencial y asume la obligación de establecer políticas públicas que garanticen respeto, protección y satisfacción de los derechos y garantías de los niños. En este marco y en materia de políticas sociales tres son los compromisos estructurales: el Poder Legislativo debe revisar la legislación vigente y adecuarla a este nuevo tratado de derechos humanos; el Poder Ejecutivo debe planificar y ejecutar un programa social de gobierno que garantice efectivos servicios y programas sociales de acceso a la educación, salud, vivienda, alimentación y nivel de vida adecuado; y el Poder Judicial debe realizar el control de legalidad de las acciones u omisiones de gobierno en los casos en los que se registra una vulneración de los derechos sociales de los niños. En este aspecto, el Poder Judicial asume una función subsidiaria pero insoslayable para garantizar el efectivo acceso a los derechos, cuando las agencias dependientes del Poder Ejecutivo no cumplen o vulneran los derechos de los habitantes.

Dentro de este marco, la Ciudad de Buenos Aires, a través de la ley 114, inaugura un sistema de protección integral de los derechos de los niños, en el que el Poder Ejecutivo se constituye como el principal y preliminar responsable de la generación de acciones, programas y políticas para el acceso a los derechos. Desde similar perspectiva, la ley 26.061 regula las obligaciones del Poder Ejecutivo para que asuma la responsabilidad en materia de gestión de la política social.

Asimismo, la CDN consagra el derecho del niño a preservar sus relaciones familiares y en consecuencia la obligación estatal de asistir a las familias. En esta línea el niño no será separado de sus padres o familia extensa, salvo que sea necesaria dicha separación en el interés superior del niño, escuchando previamente para tomar esta decisión al niño y su familia (arts. 5, 7, 8 y 9 y 12, 18 y 27 CDN). En sintonía, la ley 26.061 establece como criterios de aplicación de la medida excepcional de separación familiar el agotamiento de las medidas de protección integral de derechos, es decir la subsidiariedad, la provisoriedad de la medida, el debido proceso legal, que supone la defensa material y técnica del niño y su familia y, finalmente, el dictado administrativo de la medida y el control judicial de legalidad de la medida excepcional dictada administrativamente.

Así en el mes de septiembre de 2006, y con el fin de dar cumplimiento al mandato legislativo contenido en la ley 26.061, en jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, suscriben el ''Acta Acuerdo para la Transferencia de Servicios de Atención Directa de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en los términos del art. 70 de la ley 26.061 - Acuerdo sobre Competencias para la Adopción de Medidas de Protección Integral de Derechos y las Medidas Excepcionales dispuesta por la ley 26.061 en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires'' aprobada por ley 2339 y posteriormente –en febrero de 2007– se firma el Acta Complementaria. En virtud de dicha Acta-Acuerdo (ley 2.339), la Ciudad designa al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes como el organismo que debe adoptar las medidas individuales de protección establecidas en la legislación vigente, por sí o a través de las defensorías zonales; e identifica al ex-Ministerio de Derechos Humanos, hoy Ministerio de Desarrollo Social, como la autoridad de ejecución programática de las políticas públicas sociales de infancia y adolescencia, y en consecuencia el área de gobierno responsable de organizar y brindar las prestaciones necesarias para dar respuesta a los derechos sociales demandados (cláusulas sexta y séptima).

Asimismo, el Consejo tiene a su cargo las funciones que le incumben a la Ciudad en materia de promoción y protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

V. Hechos y antecedentes

Estoy institucionalizado en XXX por disposición del Consejo de Derechos dado que ... (Completar con los antecedentes del caso concreto)

VI. Derechos conculcados

La omisión en la que incurrió e incurre el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires vulnera los siguientes derechos: derecho a la libertad ambulatoria (art. 37 CIDN, art. 19 ley 26.061, art. 10 ley 114, art. 7 CADH), derecho a un debido proceso (art. 18 Constitución Nacional Art. 27 Ley 26.061, artículos 39 y siguientes de la ley 6.061, art. 18 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8 y 25 CADH y art. 9 CDN), art. 12 CDN, art. 17 ley 114, art. 24 y 27 ley 26.061), al Sistema de Protección Integral de Derechos (art. 33 y Subs. ley 26.061; art. 6, 7 y 44 y subs, ley 114, ley 2.339, art. 4.9 Convención sobre los Derechos de Niño). Asimismo, la conducta omisiva del Consejo violenta las obligaciones institucionales que le caben conforme al art. 39 de la Constitución de la CABA, ley 2339 y arts. 44 y 70 ley 114.

En nuestro ordenamiento interno, la supremacía de los tratados internacionales ha adquirido rango constitucional, conforme art. 75 inc. 22 de la Carta Magna Nacional. En este orden de ideas, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece específicamente en su artículo 9: ''Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, **a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño**. Tal determinación puede ser ineludible en casos particulares, por ejemplo, en aquellos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones''. Es así, como nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la incorporación de los pactos reconoce constitucionalmente el derecho de los niños, niñas, adolescentes al más **alto nivel de protección**; como así también, instala en cabeza del Estado la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de estos derechos y, en especial, de los derechos económicos, sociales y culturales.

Como ya se mencionó, los Pactos se encuentran reconocidos constitucionalmente por nuestro ordenamiento jurídico, conforme art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, adquiriendo la jerarquía más alta, dentro de nuestra pirámide normativa, y rigiendo al respecto el concepto de ''tutela efectiva'' como regla jurídica; tutela efectiva de los derechos fundamentales que ha sido entendida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como un deber no sólo de los jueces sino también de la administración pública (Astorga Bracht Sergio y otro contra CONFER Decreto 310-1998 sobre amparo, 14-10-2010).

En la actualidad ya no existen dudas acerca de reconocer la institucionalización de un niño como una medida de privación de libertad y es justamente por este motivo que, para que dicha medida sea legítima, debe cumplir con ciertos recaudos legales. En sintonía con ello, la Regla 11. b amplia la antigua noción de internación a todas las formas de privación de libertad para precisamente ampliar la extensión de garantías. Así, la Regla dispone: ''Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.''La Resolución 01/08 de la CIDH, denominada ''Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas'', claramente expresa que se entiende por privación de libertad: ''Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de *facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas''.

La hegemonía del modelo de patronato, sobre todo en su implementación operativa, subsistió en gran medida gracias a conceptos eufemísticos. Así, la privación de libertad no se asumía como tal sino que se denominaba como una medida tuitiva. Esto permitía no sólo prácticas autolegitimantes, sino que arrasaba con cualquier garantía posible que limitara el poder omnímodo e ilimitado del poder judicial para disponer sobre la vida y el paradero de los niños pobres. Nuestra CSJN explica esto mismo en el caso Maldonado, manifestando en sus considerandos: ''...26) Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son ''dispuestos'', ''internados'' o ''reeducados'' o ''sujetos de medidas tutelares''. Estas medidas, materialmente han significado en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la ''libertad ambulatoria'', aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias.

Llamar a las cosas por su nombre no es un sinceramiento caprichoso o retórico sino que permite actuar en consecuencia. Así, si la institucionalización de un niño es reconocida como una medida de privación de la libertad, debe cumplir con ciertos recaudos constitucionales, tales como el debido proceso y una eficaz tutela judicial (art. 8 CADH art. 18 CN. art. 27 ley 26061 y ley 114). En este sentido, los requisitos de legalidad y no arbitrariedad que se exige para la privación de libertad deben también aplicarse a la hora de internar a un niño en cualquier dispositivo distinto al de su medio familiar y/ o comunitario. Por ello, es necesario resaltar que lo que se discute aquí no es la pertenencia o necesidad de adoptar una medida de internación, lo que si se cuestiona es la manera ilegal, discrecional, arbitraria e ilegítima en la que actuó el Consejo de Derechos como órgano competente para ello, replicando prácticas que la normativa prohibió categóricamente, como es la internación despojada de garantías y a su vez, sustrayendo tal accionar del control judicial. Cabe recordar aquí que, el accionar desplegado por el Consejo de Derechos se asimila notablemente a la modalidad en la que se llevaba a cabo la actualmente derogada protección de persona (antes regulada en el art. 234 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Ello así, por sus características de inaudita parte, internaciones indefinidas en fundamento y en plazo temporal y ausencia absoluta de garantías constitucionales básicas. En consonancia, ''*esta medida habilita el ejercicio arbitrario e ilegitimo de mecanismos de control*

social punitivo en sede civil y, además, de no ser idónea para la protección de los derechos subjetivos, resulta lesiva de numerosos derechos constitucionalmente reconocidos. Su aplicación afecta a todo el elenco de garantías sustantivas y adjetivas derivadas de normas constitucionales, e importa una intervención netamente inquisitiva por parte de una justicia que se caracterizó históricamente por el rol acotado de la injerencia oficiosa del juez "(Valobra Karina, Control scociopenal en sede civil en Justicia y Derechos Número 3).

Por el contrario, la ley 26.061 establece un debido proceso para la institucionalización excepcional de un niño, procedimiento que en el caso en cuestión se omitió completamente. Tal procedimiento impone la existencia de ciertos requisitos legales que debe contener la mencionada medida de protección. La misma debe realizarse a través de un acto administrativo que respete todos y cada uno de los principios de derecho administrativo y las garantías procesales específicas contempladas en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Ley 114 y en la Ley Nacional 26.061.

En sintonía con el derecho a vivir en familia, la ley 26.061 establece como criterios de aplicación de la medida excepcional que ésta sea subsidiaria y por el más breve lapso posible, lo cual obliga a las autoridades competentes a agotar previamente la aplicación de programas sociales y de políticas públicas en general que permitan evitar la separación y a fijar un plazo a dicha separación cuando esta es inevitable; así como también es deber ineludible garantizar el derecho de defensa material y técnica del niño y su familia y el control judicial de legalidad de la medida.

El hecho de que el Consejo de Derechos sea la autoridad de aplicación conforme la Ley 2339 y el Acta Acuerdo previamente analizado no lo exime de cumplir con el dictado de una medida a través de un acto administrativo con las características previamente señaladas.

Cabe destacar que, en este sentido se ha expedido el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de la Ciudad al afirmar que "*... la internación de O. en un instituto sólo podía disponerse mediante el dictado de una medida especial de protección de derechos por parte del órgano competente...*" (AGT c/GCBA s/ Amparo, exp. 33830/09) y al condenar al GCBA a que "*...regularice la situación jurídica del niño V. a efectos de que cumplimente todos los requisitos que el bloque de legislación constitucional y legal de protección de derechos de niños imponen en relación a las medidas a adoptarse y ordenarse...*" (AGT c/ GCBA s/ Amparo, exp.37344/10)

VII. Requisitos formales de admisibilidad

Los requisitos formales de admisibilidad del artículo 43 de la Constitución de la Nación y del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires se verifican en cuanto:

a) Existe una **omisión de autoridad pública**, ya que se trata de una omisión del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en este caso del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y adolescentes;

b) Que en **forma actual lesiona** los siguientes derechos: derecho a la libertad ambulatoria (art. 37 CIDN, art. 19 ley 26061, art. 10 ley 114, art. 7 CADH), derecho a un debido proceso (art. 18 Constitución Nacional art. 27 ley 26.061, art. 18 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 8 y 25 CADH y art. 9 CDN), derecho a la convivencia familiar y comunitaria (art. 9 CDN, art. 3 ley 26061, arts. 25 y 26 ley 114, art. 19 CADH); derecho al Sistema de Protección Integral de Derechos (art. 32, 33 y subs. ley 26.061; art. 6, 7 y 44 y subs, ley 114). Asimismo, la conducta omisiva del Consejo soslaya las obligaciones institucionales que le caben conforme el art. 39 de la Constitución de la CABA, ley 2339 y arts. 44 y 70 de la ley 114.

c) **Conculca con ilegalidad y arbitrariedad manifiesta derechos y garantías reconocidos por la Constitución de la Ciudad y la Constitución de la Nación** precedentemente enumerados. La ilegalidad y arbitrariedad está dada por la falta de dictado de la medida de protección de derechos por parte del Consejo de Derechos, organismo que se encuentra obligado a ello en su rol de autoridad de aplicación de la ley 114 y de la ley 26.061. Tal como fuera desarrollado anteriormente, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ha puesto en cabeza del Consejo la calidad de autoridad de aplicación de la ley 114 y de la ley 26.061. Esto significa que es el máximo órgano local de protección de derechos (ley 2.339, art. 39 Const. CABA), responsable de adoptar las medidas de protección de derechos que estime necesarias. En el presente caso el debido procedimiento legalmente estipulado, como fuera explicado anteriormente, fue totalmente omitido por el Consejo. Observamos que éste actuó al margen de la normativa vigente pues es este organismo el que debe garantizar la excepcionalidad y provisoriedad de la medida. Cabe preguntarse entonces, cómo se cumple con la obligación que impone la ley si no existen motivos, fundamentos, plazos de la medida, derecho de defensa, control de legalidad, sin caer en otra grave omisión. Resulta evidente que la omisión en el dictado de una medida, lejos de ser un rigorismo formal, arrastra también el menoscabo de otros derechos, ya que llevo un año sin medida fundada que avale la legalidad del procedimiento administrativo y sin que –paradójicamente- el organismo que debiera trabajar sobre mi egreso se responsabilice realmente de ello, dando cabalmente cuenta de la adopción de medidas de efectivización de derechos. El Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes incurre en una omisión ilegal y manifiesta, en tanto, como organismo de protección de derechos de la infancia obligado omite el dictado de una medida que regularice mi situación jurídica, habilitando prácticas hoy prohibidas por ley.

En cuanto el recaudo **"medio judicial más idóneo"** para la situación planteada, no existe un remedio judicial alternativo que sea expedito, rápido y que, garantizando una decisión oportuna de jurisdicción, resguarde los derechos fundamentales conculcados. A esto se suma, que estamos ante una cuestión de pleno derecho en la que no es necesario un amplio debate o la producción de prueba, ya que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires está obligado, por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la normativa nacional y local vigente a planificar y ejecutar las políticas públicas destinadas a los sectores más vulnerables de la sociedad (art. 17

de la Constitución local). El Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes es el organismo encargado de adoptar las medidas de protección de derechos de los niños en cada caso en particular. En este sentido, las consecuencias de la utilización de la vía ordinaria, aún en el supuesto de alcanzar una sentencia de primera instancia favorable, redundaría en un proceso lento que duraría como mínimo varios meses y que se devoraría la pretensión procesal. En el caso en cuestión y tal como se ha dicho, esta omisión en la que incurre el Consejo, no sólo avasalla la garantía del debido proceso –tornando su internación ilegal e indeterminada y por ello injusta– sino que también impide que el poder judicial, ejerza el control de legalidad de la medida administrativa.

VIII. Medida cautelar innovativa

Solicito como **medida cautelar autosatisfactiva** que se ordene al Consejo de Derechos en su carácter de autoridad de aplicación de la ley 26.061 en el ámbito de la CABA, la regularización de mi situación jurídica a través del dictado de una medida de protección de derechos acorde y respetuosa de los parámetros legales existentes, con el objeto de materializar efectivamente las garantías, limitaciones y principios que rigen el Sistema de Protección Integral de Derechos instituido en nuestro país. Los requisitos exigidos por el art. 15 de la ley 2.145 para el otorgamiento de la medida cautelar se encuentran acreditas tal como se señala a continuación.

1) **Verosimilitud del derecho invocado. El "fumus bonis iuris"** surge inequívocamente de la lectura de los hechos expuestos. En el campo jurisdiccional, para que la viabilidad de la medida precautoria prospere los tribunales nacionales han exigido la acreditación "prima facie" de la arbitrariedad del acto cuya descalificación se persigue, o la violación de la ley, a fin de hacer caer la presunción de legalidad de que goza y, por lo tanto, suspender la ejecutoriedad del acto. En el presente caso, la arbitraria y discrecional omisión en la que ha incurrido el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires acredita prima facie la violación de la ley que obliga al Poder Ejecutivo local, a través del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, conforme las competencias establecidas por el Decreto Nº 2075/GCBA/2007.

2) **Peligro en la demora**. La natural e inevitable lentitud de los procedimientos puede provocar el riesgo seguro de que la resolución del conflicto resulte tardía, con una sentencia que quizás sea absolutamente justa pero paradójicamente ineficaz. Puede suceder, que mientras se aguarda el normal desenlace del proceso común, se alteren y agraven las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento en que se procuró la puesta en marcha del órgano jurisdiccional, tornando de esta manera en ilusorias o ineficaces las decisiones jurisdiccionales destinadas a restablecer la plena vigencia del derecho sometido a debate. Al respecto, la jurisprudencia ha entendido que: "*El restante, es el peligro en la demora, consistente en la irreparabilidad del daño que se producirá en el tiempo que insumirá el dictado de la sentencia; consecuentemente la mera acreditación del peligro de modo objetivo torna operativa su procedencia La jurisprudencia de modo genérico entiende quo "El peligro de la demora pide una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que llegue a producir el hecho que se pretende evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operando por una posterior sentencia" (C.S. 306-2: 2061 y sgtes.)*

En el caso concreto el peligro en la demora ha sido acabadamente descripto por la Representante de UNICEF, Gladis Acosta Vargas, en su prólogo al informe *Privados de Libertad* sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes institucionalizados en la Argentina, a saber: **"En ese sentido, entendemos que la privación de la libertad constituye una severa restricción de derechos que provoca deterioros irreversibles en el normal desarrollo y evolución de los niños, niñas y adolescentes por el nivel de sufrimiento que conlleva.** *La selectiva aplicación hace más vulnerables a aquellos en situación de pobreza, producto de los resabios de los sistemas tutelares aún existentes en el país, contrarios a la Convención y a la Constitución Nacional*".

3) **No frustración del interés público.** La medida cautelar solicitada consistente en el dictado de la medida de protección de derechos por parte de la autoridad competente no generará una frustración del interés público, sino que -por el contrario- lo que se impedirá es que continúe la vulneración de derechos del niño, lográndose de esta forma, la restitución de los mismos, situación que –sin duda– será beneficiosa para el interés público. Al respecto, y para el caso que VS. entienda que no se encuentra cumplido este requisito, planteo la inconstitucionalidad de la manda que ordena acreditar previamente al dictado de la medida, la no frustración del interés público. Ello, en virtud que la vaguedad e indeterminación del concepto jurídico incorporado como requisito para la procedencia de la cautelar da lugar a interpretaciones discrecionales que podrían ser restrictivas e impedirían la toma de estas medidas afectando el efectivo resguardo de derechos y garantías de rango constitucional.

4) **Contracautela.** Ante la urgencia del caso, dejo desde ya prestada la caución juratoria que se me pudiera requerir.

IX. Inexistencia de otras medidas cautelares idoneas

Dada la urgencia por remediar las consecuencias de la ilegal omisión por parte del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en proporcionar al niño un marco legal adecuado a la situación –subsidiariedad, excepcionalidad, transitoriedad y debido proceso legal– de separación de su medio familiar y comunitario, las otras medidas procesales que contempla el Código no permiten asegurar los derechos cuya cautela se pide mediante la interposición de esta acción, en virtud de la naturaleza del objeto. Lo hasta aquí expuesto demuestra que en el caso se hallan largamente reunidos los requisitos exigidos para el otorgamiento de la medida cautelar innovativa. Por todo ello, solicito al magistrado actuante que decrete la medida innovativa solicitada.

X. Fórmula reserva

Dado el caso constitucional y la índole federal de gran parte de los argumentos desarrollados en la presente (derecho a la convivencia familiar, derecho a la libertad ambulatoria y al debido proceso legal) es que formulo la reserva de interponer oportunamente el caso constitucional ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (art. 10 de la Constitución de la Ciudad) y Recurso Extraordinario Federal ante la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14 de la ley 48), para el supuesto improbable en que dichos planteos no fueran aceptados por V.S.

XI. Petitorio

En consecuencia, en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas precedentemente, solicito al señor Juez que:

1. Me tenga por presentado/a, por parte en el carácter invocado, y por constituido el domicilio indicado.
2. Se haga lugar a la medida cautelar innovativa solicita.
3. Oportunamente, se haga lugar al amparo interpuesto, ordenando a la accionada a otorgar en forma inmediata y eficaz el dictado de la medida.
6. A todo evento, tenga por efectuada la reserva del caso constitucional y federal.

PROVEER DE CONFORMIDAD
SERA JUSTICIA

Capítulo VII: La exigibilidad administrativa de los derechos de niños, niñas y adolescentes

VII.a. Introducción

La misma experiencia profesional nos permite afirmar que cuando se dicta una medida excepcional el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes durante los tres meses de su vigencia, no siempre desarrolla una estrategia eficaz y sostenida para el regreso del niño con su familiar nuclear o ampliada.

En este escenario es obligación del abogado del niño exigir su cumplimiento.

Como primer paso a seguir resulta oportuno realizar la presentación en el Consejo de Derechos solicitando las medidas que se consideren idóneas para garantizar el derecho del niño a vivir con su familia. Aquí es importante tener presente que la opinión del niño es fundamental en referencia a la estrategia de egreso, en los términos expresos del artículo 41 de la ley 26.061. Resulta tal vez una estrategia eficaz poner en conocimiento del juzgado el reclamo administrativo efectuado.

Resta aclarar que para que el niño pueda cuestionar la estrategia de egreso resulta esencial que la conozca. En tal sentido es importante que pueda tener acceso no sólo al expediente judicial sino también al administrativo.

En líneas generales el fin del modelo que se presenta es aportar elementos para la exigibilidad de la implementación de una idónea estrategia de egreso institucional y también los fundamentos normativas para la vista y compulsa del expediente administrativo.

VII.b. Modelo VII

A la Defensoría Zonal XX del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Manifiesta voluntad de egresar de la institución de albergue. Peticiona

XXX, por derecho propio, manteniendo el domicilio legal constituido conjuntamente con mi letrada patrocinante XXX en las actuaciones administrativas en trámite ante la Defensoría Zonal de la Comuna XXX en las cuales se ha dispuesto el dictado la medida excepcional mediante Resolución № XXX y sus prórrogas digo:

I. Manifiesto

Que vengo a expresar mi voluntad de egresar de la institución de albergue XXX junto con mi abuela[5] y retomar así la convivencia familiar. A tal fin vengo a solicitar se adopten las medidas de protección integral dispuestas en el art. 37 de la ley 26.061 que propiciaran dicho egreso y que más adelante se solicitan.

Al respecto quiero expresar que desde que he sido trasladado/a al dispositivo XXX fui visitado/a en reiteradas oportunidades por mi abuela. Inclusive he permanecido con ella varios fines de semana.

Sin embargo, a pesar de haber retomado el contacto es imprescindible que se dispongan las medidas de protección integral que permitan garantizar el goce de mis derechos y que –sin perjuicio de las que la autoridad estime pertinentes– considero deberían consistir en las que más adelante se describen.

Deseo resaltar que lo peticionado en relación a que mi opinión sea debidamente tenida en cuenta para definir la estrategia de egreso institucional encuentra sustento en lo dispuesto en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y los artículos 3, inciso b), 19, inc. c), 24, 27 y 41 de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

En este orden de ideas, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño establece: ''Los Estados Partes garantizaran al niño que este 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 mismo''.

Por su parte la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 27 dispone: ''Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que lo afecte,

5 Se toma como ejemplo la posibilidad de retornar a la convivencia familiar con ''la abuela'', pudiendo ser otro adulto referente, según cada caso concreto.

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 por la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño y adolescente; b) a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte''.

En concreto, en referencia a la medida excepcional de separación del medio familiar dispone el artículo 41 de la ley 26.061 que, en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a los niños por parentesco, miembros de la familia ampliada o comunidad que puedan asumir la crianza se tendrá en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes.

II. Solicito

1) Medidas de protección integral.

A tenor de lo expuesto precedentemente vengo a solicitar se adopten las siguientes medidas de protección integral de derechos en los términos de los arts. 33 y 37 de la ley 26.061, tendientes a mi egreso, a saber:

a) Acceso a una vivienda digna para mi grupo familiar.

b) Inclusión en el programa de fortalecimiento familiar a fin de que se disponga de operadores familiares que asistan a mi abuela en el cumplimiento del rol de cuidado y atención de mi persona.

c) Inclusión en los programas alimentarios y asistenciales tendientes a cubrir mis gastos alimentarios y manutención.

d) Obtención de vacantes en establecimiento escolar cercano al domicilio donde residiré cuando egrese del instituto XXX.

f) Obtención de turnos para recibir tratamiento psicológico que permita elaborar sin mayores consecuencias la separación familiar y el ingreso a las instituciones de albergue donde aún permanezco.

g) Cualquier otra medida de protección integral que la Defensoría estime adecuada para remover los obstáculos económicos que impiden el retorno a la convivencia familiar.

III. Vista

Que en el marco de la Ley de Procedimiento Administrativo de la CABA Dto 1510/07 - Art. 58 - solicito tomar vista del legajo administrativo que obra en la Defensoría Zonal XXX, conforme el referido artículo ''... *La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante, podrán tomar vista del expediente, durante todo su trámite, con excepción de aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que, a pedido del órgano competente y previo asesoramiento del servicio jurídico correspondiente, fueren declarados reservados o secretos mediante decisión fundada del respectivo subsecretario del ministerio o del titular del ente descentralizado de que se trate. El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá, sin necesidad de resolución expresa al efecto, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la mesa de entradas o receptoria. En caso de impedimento de la vista requerida, se extenderá constancia, por escrito, de la negativa firmada por autoridad competente, siendo tal incumplimiento causa de medida disciplinaria del agente responsable. Si el peticionante solicitare la fijación de un plazo para tomar la vista, aquél se dispondrá por escrito rigiendo a su respecto lo establecido por el artículo 22, inciso e), apartados 4 y 5 de la presente ley. El DIA de vista se considera que abarca, sin límites el horario de funcionamiento de la oficina en la cual se encuentra el expediente. A pedido del interesado y a su cargo se facilitarán fotocopias de las piezas que solicitare.*

El presente trámite de vista es aplicable a las partes en función procesal y no obsta al derecho a la información de toda persona, conforme lo establece la ley. (Con la modificación dispuesta por art. 11 de la ley № 104, BOCBA 600.)''

IV. Impugno

Por último dejo expuesto que impugno cualquier prórroga de la medida excepcional en tanto no contenga las medidas de protección integral en los términos del art. 37 de la ley 26.061 que se adoptarán durante dicho plazo tendientes al cese de la institucionalización.

Sin otro particular, saludan atentamente,

Capítulo VIII: Cuando la política pública no responde hay que intimarla y con apercibimientos

VIII.a. Introducción

Inmersos en el universo de derechos de la infancia sabemos que el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes requiere para implementar medidas de protección de los programas de la Dirección General de Niñez o de otros programas o políticas de diferentes ministerios o secretarias del Poder Ejecutivo Local. También sabemos que muchas veces, ante el requerimiento del Consejo, la respuesta en reiteradas ocasiones no llega a tiempo.

Dentro de este marco, los jueces a cargo del control judicial de legalidad cuentan con medios de apercibimiento para intimar a que los diversos responsables institucionales cumplan sus funciones. Los/as abogados/as del niño debemos peticionarlo.

En consecuencia se comparte este modelo en el cual se intima a la Dirección General de Niñez, bajo apercibimiento de enviar testimonio a la justicia penal por el delito de desobediencia y de aplicar astreintes por cada día de incumplimiento de incluir a un grupo familiar en el programa de fortalecimiento familiar.

Entendemos que estos apercibimientos en ocasiones pueden ser idóneos para lograr la inclusión de los niños, niñas y adolescentes en políticas y programas y suelen constituir un paso previo a recorrer antes de iniciar las pertinentes acciones de amparo.

VIII.b. Modelo VIII

Manifiesta. Solicita

XXX, por derecho propio, manteniendo el domicilio procesal XXX, juntamente con mi letrado/a patrocinante XXX, en autos caratulados XXX, a V.S respetuosamente digo:

Que conforme surge de autos en fecha XXX se ha diligenciado cédula a la Dirección de Niñez a fin de que se incluya a mi grupo familiar en el Programa de Fortalecimiento Familiar.

En virtud de ello y atento su falta de contestación, estando vencidos los plazos legales, solicito se la intime nuevamente mediante cédula para que en el plazo de cinco días arbitre los mecanismos necesarios para cumplir con la manda legal, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de dar intervención a la justicia penal por incumplimiento de las funciones de funcionario público, y al mismo tiempo se le imponga una suma de dinero en concepto de astreintes.

El objeto del primer apercibimiento es garantizar el efectivo ejercicio de las funciones propias de cada responsable institucional y la satisfacción de mis derechos, cuyo incumplimiento deviene en la configuración de un delito, como el de desobediencia tipificada en el art. 239 del Código Penal.

El objeto del segundo apercibimiento es procurar presionar al deudor – en este caso a quien tiene la obligación a su cargo, esto es la Dirección General de Niñez – para que cumpla con la conducta que se le ordena en la resolución judicial y satisfaga la prestación debida – (conf. Código Civil comentado de Carlos Cifuentes).

La Cámara Federal de La Plata – Sala IV – ha dicho que ''es posible la imposición de astreintes al Estado'' – 1991/12/10 – JA – 1992 – II – 97.

En virtud de ello, **vengo a solicitar se ordene librar nueva cédula a la Dirección General de Niñez a fin de que incluyan a mi grupo familiar en el Programa de Fortalecimiento de Vínculos, bajo apercibimiento de iniciar las correspondientes acciones penales por el delito de desobediencia y aplicar una suma diaria de astreintes con carácter progresivo.**

PROVEER DE CONFORMIDAD,
SERA JUSTICIA

Capítulo IX. ¿Qué hacemos cuando el Juzgado actúa al margen de la ley 26.061? A Propósito de las medidas de no innovar referidas a la permanencia institucional hasta nueva orden judicial

IX.a. Introducción

Si bien es cierto que de la letra expresa de la ley 26.061 surge claro que el dictado de la medida excepcional, el diseño de la estrategia de egreso, su prórroga y cese es competencia administrativa, no es menos cierto que se han registrado antecedentes jurisprudenciales en los cuales ante las sucesivas prórrogas de la medida excepcional algunos juzgados deciden dictar una medida cautelar de no innovar, tendientes a que se mantenga la institucionalización de los niños hasta nueva orden judicial.

Estas resoluciones judiciales implican arrasar con el Sistema de Protección Integral de Derechos y las funciones que la ley 26.061 le asigna y continuar aplicando la derogada medida de protección de persona que permitía a los jueces institucionalizar por tiempo indefinido a los niños, sin cumplimiento del debido proceso legal.

En este sentido se comparte un modelo en el cual se interpone un recurso de revocatoria con apelación en subsidio, ante el dictado de una medida judicial innovativa de permanencia institucional.

Se opta por un recurso de revocatoria con apelación en subsidio pues, ante la evidente falta de competencia de los juzgados para dictar estas medidas, resulta posible que el mismo juzgado de primera instancia haga lugar al recurso, sin tener que acudir a la Cámara; y sin perjuicio de apelar en subsidio ante la posible denegatoria de la revocatoria. Sin embargo conviene recordar a modo de repaso que dado que se está apelando una medida cautelar es menester formar incidente de apelación y de este modo, el expediente principal seguirá su trámite en primera instancia, mientras se resuelve el recurso.

IX.b. Modelo IX

Plantea Revocatoria con Apelación en subsidio

Señor Juez:

XXXX, por propio derecho, con el patrocinio letrado de XXX con domicilio legal constituido XXX, en autos caratulados XXX a V.S, respetuosamente digo:

I. Objeto

Que de conformidad con lo establecido por el art. 238 y subsiguientes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y artículo 27 inciso e) de la ley 26.061 vengo en debido tiempo y forma a interponer recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución de fecha XXX, en mérito a las consideraciones de hecho y de derecho que seguidamente paso a exponer.

II. Antecedentes

Que mediante Resolución XXX de fecha XXX el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes adopta una medida de protección excepcional de derechos que dispuso mi ingreso al hogar convivencial XXX.

Que con posterioridad, por Resolución XXX prorroga la medida excepcional de protección de derechos por el plazo de noventa días.

Por último, habiendo vencido el plazo de la última prórroga, sin que el Consejo de Derechos se pronuncie sobre su cese o continuidad, con fecha XXX V.S decreta la medida de no innovar respecto de mi permanencia en el hogar XXX hasta nueva orden judicial en contrario.

Al respecto es que vengo a plantear que V S revoque tal decisorio por contrario imperio.

a) Falta de procedencia de la medida cautelar de no innovar

Lo peticionado encuentra fundamento en que la naturaleza jurídica de la medida decretada no resulta ajustada a derecho ni adecuada al objeto de la presente causa, esto es, el control de la legalidad de la medida de protección excepcional adoptada por el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el marco de las facultades que le otorga la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

En efecto, el Dr. Palacio nos dice que un proceso cautelar ''*es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva*'' (Palacio, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, 14° ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, ps. 773-774.)

Es decir, se trata de una medida accesoria a otro proceso cuya finalidad consiste en asegurar el resultado práctico de la sentencia que posteriormente debe recaer en un proceso principal al que accede.

En este contexto, el fundamento de la garantía jurisdiccional cautelar está vinculado a una situación de urgencia que requiere una solución inmediata a los efectos de resguardar los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial. Esa urgencia conlleva el peligro de que la demora del proceso frustre la protección del derecho que el ciudadano ha encomendado a la justicia. (*Las medidas cautelares contra la administración* por Ezequiel Cassagne).

Sin embargo, en mi caso resulta notoria la contradicción pues, **el derecho a resguardar es mi derecho de vivir y desarrollarme en mi medio familiar, en los términos de la legislación vigente. (arts. 3 y 4 de la ley 26.061), lo cual difícilmente se puede conseguir prorrogando indefinidamente mi institucionalización y sujetando mi egreso a decisión judicial, cuando es el Consejo de Derechos el que decide la medida, las estrategias de egreso y su cese.**

En este orden de ideas, la Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 faculta a la autoridad local de aplicación –en el caso CDNNyA– a decidir y establecer sólo en forma excepcional y por el más breve lapso posible una forma convivencial alternativa a la del grupo familiar, medidas que deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local y judicial interviniente, que únicamente se limitará a realizar el control de legalidad de la medida adoptada.

Es decir, **la razón de ser de la cautelar es evitar que el particular sufra mayores daños**, o garantizar que el posterior reconocimiento de derechos no pierda virtualidad, esto es, que la sentencia no sea ineficaz en razón de que, al haber transcurrido determinado tiempo, ya no pueda ejercerse luego el derecho que ha sido reconocido.

En virtud de ello, es dable destacar que en el expediente de marras la media adoptada lejos de resguardar el bien jurídicamente protegido provoca un daño mayor, pues mi deseo es regresar a mi ámbito familiar. Anhelo continuar mi vida fuera del espacio de una institución y vivir con mi tía[6]. Así lo he manifestado a V.S, expresando mi deseo de egresar con mi tía en forma urgente (VER FS XXX).

A su vez si tenemos en cuenta que la resolución impugnada no aclara el plazo por el cual se decreta la medida de no innovar, sino que lo deja supeditado ''hasta nueva orden judicial en contrario'', podría llegar a presentarse una situación de mayor gravedad a la actual, vulnerándose claramente el debido proceso legal y la provisoriedad de las medidas excepcionales.

Además si la ''nueva orden judicial'' demora un tiempo excesivo es posible que se generen daños irreversibles en mi vida, pues a esta altura mi institucionalización resulta iatrogénica.

Por esta razón es que no se debe dejar de considerar lo contemplado por el Código de Rito, en relación a la provisionalidad de las medidas cautelares.

En este sentido la jurisprudencia ha dicho que ''*... si la índole provisoria que regularmente revisten las medidas cautelares se desnaturalizare por la desmesurada extensión temporal y esa circunstancia resultare frustratoria del derecho federal invocado, en detrimento sustancial de una de las partes y en beneficio de la otra parte afectada por aquel mandato tiene a su alcance las conocidas instancias previstas con carácter genérico por el ordenamiento procesal para obtener de los jueces de la causa*'' (artículos 202 y cc). (Fallos: 314:1202, voto concurrente de los jueces Cavagna Martínez, Barra y Fayt)

Atento lo hasta aquí expuesto es que solicito a V.S se revoque la resolución dictada en fecha XXX y en consecuencia se deje sin efecto la medida de no innovar ordenada.

b) El Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes - Ley 26061.

A partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño con rango constitucional y ahora, en especial, luego de la sanción de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes estamos obligados a adoptar las medidas de protección que promuevan los derechos del niño y que de ninguna manera los vulneren. En definitiva, la ley 26.061 fue sancionada para desterrar formalmente todas aquellas prácticas propias del modelo de la situación irregular. En esta lógica, se deslegitiman los remedios judiciales tutelares; adoptados, tradicionalmente, por los jueces y defensores de menores, en forma conjunta.

Dentro de este contexto puede decirse que la ley 26.061 provoca una alteración sustancial de las leyes internas y políticas públicas que se encuentran basadas en el régimen tutelar, emplean la institucionalización y separación familiar como medida de protección por tiempo indeterminado y no prevén la participación efectiva del niño.

Para no dejar margen de dudas, la ley 26.061 deroga expresamente la ley de Patronato de Menores 10.903 - basada en la consideración del niño como un objeto de tutela- así como también la figura procesal de protección de persona y crea el Sistema de Protección Integral de Derechos, conformado por organismos, entidades y servicios que planifican y ejecutan políticas públicas para la infancia. Conforma los órganos locales de protección de los cuales emanan las medidas de protección integral de derechos.

6 Familiar tomado a modo de ejemplo. Corresponde adaptar según caso concreto.

El sistema trae consigo la revalorización y ampliación de la infraestructura administrativa para una rápida defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Para ello, enumera una seria de medidas que los organismos administrativos pueden y deben adoptar. (Gil Domínguez Andrés, Fama Victoria, Herrera Marisa, *La medida excepcional de separación del medio familiar*; LL 29-06-2007).

Dicho sistema establece que quien dispone la separación de un niño de su familia y el cese de la medida es la **autoridad administrativa** de aplicación de la ley, a través del dictado de una medida excepcional, prevista por el artículo 39 de la ley 26.061.

El mencionado artículo define las medidas excepcionales como "*... aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio.*

Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen."

De la lectura del artículo se desprende que se trata de medidas que se adoptan cuando la persona menor de edad estuviera temporal o permanentemente privada de su medio familiar o su interés superior exija que se lo excluya de dicho medio y que el objetivo es la conservación o recuperación del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y reparación de sus consecuencias. A su vez serán limitadas en el tiempo tal como lo expusiéramos anteriormente.

En este contexto resulta claro que el objeto de la medida está orientado a la cesación de la vulneración de los derechos de la persona menor de edad y la reparación de los daños ocasionados y que la naturaleza (excepcionalidad) se configura por su limitación temporal en donde rige el concepto que lo distinto a lo normal no puede ser permanente y que su fin último es posibilitar que con la adopción de medias integrales se pueda regresar a la normalidad (Gil Domínguez, ob citada).

En la Ciudad de Buenos Aires, conforme Acta acuerdo oportunamente celebrada en el Ejecutivo Nacional y Local, aprobada por ley 2339, publicada en BOCBA Nº 2706 del 15/06/2007, el órgano competente para el dictado de las medidas adoptadas en autos es el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes por medio de su Presidente.

Así lo ha hecho en el caso de marras donde dictó la Resolución XXX que fuera sucesivamente prorrogada hasta la actualidad.

A su vez, el artículo 40 de la norma citada prevé que **el control de legalidad de las medidas excepcionales de protección de derechos será realizado por "... la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción...".**

Del análisis del artículo señalado precedentemente se desprende que el control de legalidad está limitado a la evaluación respecto de la existencia y validez de los elementos que componen el acto administrativo, a fin de verificar que el acto bajo análisis no sea nulo.

En este contexto, el actual esquema revierte el papel otorgado antiguamente por la ya derogada ley 10903, en cuanto a que la autoridad administrativa ocupa un nuevo rol, pues ya no es más "auxiliar de la justicia" sino que se convierte en el responsable de tomar la medida excepcional, definir la estrategia de egreso y decidir su cese.

En síntesis, a partir de la ley 26061, la revisión judicial del acto administrativo se agota en la verificación de la validez del mismo y de la revisión del cumplimiento de los objetivos de la medida excepcional en el momento de llevarse a cabo una prórroga de la misma y no en la determinación de la estrategia a seguir, pues cualquier actividad jurisdiccional desplegada en ese sentido resulta excesiva respecto de las facultades otorgadas por la nueva legislación.

Es por ello que a la luz de lo expuesto, la medida adoptada por V. S. no resulta ajustada a derecho por no ser del ámbito de su competencia el dictado de dichas medidas.

Habida cuenta de lo expuesto y toda vez que la medida no fue renovada por la **autoridad de aplicación** –la **defensoría zonal**– es que debe cesar mi institucionalización, debiendo retornar la convivencia con mi tía.

III. Apelación en subsidio

Para el supuesto que V.S. no haga lugar al recurso de revocatoria y en virtud del gravamen irreparable que me causa la providencia recurrida al cercenarme el derecho de defensa garantizado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, vengo a interponer el recurso de apelación en forma subsidiaria.

IV. Derecho

Fundo el recurso interpuesto en el artículo 238 del CPCC; en la Constitución Nacional, artículos 1, 5, 14, 16, 18,31, 33, 75 inciso 22 y 23; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos: 1, 2, 3, 7, 8 y 10; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos: I, II, XVIII; XXV y XXXIII; en la Convención Americana de Derechos Humanos, Preámbulo; artículos: 1, 7, 8, 11, 13, 19, 24 y 25; en la Declaración de los Derechos del Niño, Preámbulo, Principios, 1, 2, 5 y 10; en la Convención de los Derechos del Niño, Preámbulo, artículos: 2, 3, 4, 5, 8, 9, 12, 14, 19, 20, 21, 37, 40 y 41; en las Reglas de Beijing, Principios Generales, artículos: 2, 3, 5, 7, 8, 10, 15, 20, 22; en las Directrices de Riad, Preámbulo, artículos I, II, III, IV, V y VI; en la Resolución Nro. 45/ 113 ONU, artículos: 2, 5, 6 y normas concordantes vigentes.

V. Mantenimiento de la cuestión federal constitucional

Hago expresa reserva de la cuestión federal, en cuanto una resolución contraria a lo solicitado viola los artículos 14, 16, 18, 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica; y los artículos 3, 5, 12 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño, con fundamento en las razones expuestas precedentemente a las que brevitatis causae, me remito.

VI. Solicita audiencia

Sin perjuicio de todo lo expuesto y para el supuesto que V.S. lo estime pertinente y a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 27 de la ley 26.061 solicito a V.S. fije una audiencia a la que deberán comparecer todas las partes intervinientes en autos.

VII. Petitorio

Por todo lo expuesto a V.E. solicito:

1. Se tengan por interpuestos los recursos en legal tiempo y forma.
2. Se revoque la providencia recurrida.
3. Se haga lugar a la audiencia solicitada.
4. Se tenga presente la reserva del caso federal.

PROVEER DE CONFORMIDAD QUE,
SERA JUSTICIA

Capítulo X: Cuando las internaciones psiquiátricas se convierten en privaciones ilegales de la libertad

X.a. Introducción

Por último, quienes defendemos a niños, niñas y adolescentes sabemos que la institucionalización, mas aún si es por tiempos prologados, produce serios deterioros en la salud psíquica.

Dentro de este marco, muchos niños, niñas y adolescentes, ante la falta de debida contención y reiteradas vulneraciones de sus derechos culminan con internaciones psiquiátricas.

Una vez que tienen el alta del equipo de salud, los institutos que los albergaban se niegan a recibirlos nuevamente, continuando institucionalizados en dispositivos de salud mental aún contando con el alta del equipo tratante.

Además de la seria discriminación que ello conlleva es fundamental tener presente que se configura una privación ilegal de la libertad.

Dentro de este marco es obligación del abogado iniciar las pertinentes acciones de amparo a fin que se intime a la Dirección General de Niñez a otorgar una vacante de modo urgente en un hogar convivencial.

Es esta la finalidad del modelo que se comparte.

X.b. Modelo X

Promueve Acción de Amparo

Sr. Juez:

XXX, por derecho propio, con el patrocinio letrado de XXX, constituyendo domicilio procesal en XXX-, a V.S respetuosamente me presento y digo:

I. Objeto

Vengo a promover acción expedita, rápida y gratuita de amparo, a mi favor, toda vez que no existe otro medio judicial más idóneo que torne efectivos mis derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las leyes dictadas en su consecuencia.

La presente acción se interpone en los términos del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; artículo 2 de la ley 2145 y artículo 43 de la Constitución Nacional, y va dirigida contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con domicilio en Uruguay 458 de esta Ciudad, para que a través: de la Dirección General de Niñez y Adolescencia dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, y del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, dependiente de la Jefatura de Gobierno cese en su omisión arbitraria y de ilegalidad manifiesta y me otorgue una vacante en una institución conviviencial en la Ciudad de Buenos Aires.

Dicha omisión que de manera actual lesiona, restringe y altera mis derechos consiste en omitir proporcionarme una institución convivencial donde alojarme, toda vez que a la fecha me encuentro en un hospital psiquiátrico monovalente, con alta médica desde fecha XXX.

El derecho a contar con la debida protección de mi salud, en forma íntegra, digna y humana, exige garantizar mi alojamiento en un dispositivo convivencial pues mi alojamiento en un hospital psiquiátrico se traduce en una privación ilegal de la libertad, conforme la normativa internacional y nacional que se citara en la presente acción.

La falta o la insuficiencia de recursos no debe ser excusa para la omisión arbitraria e ilegal de la cual estoy siendo víctima

Me encuentro internado/a en el ''Hospital XXXX y cuento con alta médica, indicada por los profesionales de salud desde el mes XXX.

Desde mi alta permanezco en un establecimiento psiquiátrico, privado/a arbitraria e ilegalmente de mi libertad, afectando con ello seriamente mi salud integral (art. 21, Inc. 12 Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y art. 24 CIDN), el derecho a disfrutar de una vida plena y decente (art. 23 CIDN), contando con la educación (art. 28 CIDN), el esparcimiento (art. 31 CIDN) y la libertad ambulatoria apropiada, a mi estado físico y psíquico (art. 37 CIDN).

''La institucionalización de un paciente, cuando no medie, de manera innegable, un propósito terapéutico debe interpretarse como un tratamiento arbitrario, una verdadera detención'' (S.M.C. c/ Ministerio de Justicia – Poder Judicial – Estado Nacional – de fecha 1/9/09 – voto de Zaffaroni, Fayt y Lorenzetti).

II. Competencia

La competencia del Tribunal se fundamenta en el art. 7 de la ley № 2145, que dispone: ''Cuando la acción de amparo sea dirigida contra autoridades públicas de la Ciudad, será competente para conocer el fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad''.

Supletoriamente, se aplican los artículos 1 y 2 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

Artículo 1 del Código Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires: ''Se consideran autoridades administrativas de la Ciudad de Buenos Aires la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades otorgadas por las leyes de la Ciudad de Buenos Aires''.

Artículo 2 del Código Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires: ''Son causas contenciosos administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado...''

Por lo expuesto, V.S. resulta competente para tomar conocimiento en las presentes actuaciones.

III. Legitimación

Conforme el art. 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ''todo habitante'' y/o ''persona'' está legitimada para interponer la acción de amparo siempre y cuando se acredite la procedencia de todos los requisitos previstos en el dispositivo legal que serán expuestos en el acápite V.

IV. Procedencia de la figura del abogado del niño

Conforme surge del art. 22 y 26 de la ley 26.657 se establece que toda persona internada involuntariamente tiene derecho a designar un abogado, entres ellas sin dudas, las personas menores de edad, pues según la normativa citada nuestras internaciones siempre se consideran involuntarias. Asimismo advierte la norma que tratándose de niños, niñas y adolescentes deberá procederse de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos.

En este contexto, el artículo 27 de la ley 26.061, titulado garantías mínimas del procedimiento judicial y administrativo establece que los organismos del Estado deberán garantizar a la niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento administrativo y judicial que los afecte, el derecho 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 el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.

Al respecto ha sostenido el Dr. Néstor Solari que tanto el derecho a ser oído como el del patrocinio letrado debe ser respetado cualquiera fuera la edad del niño. Lo que cambia, en todo caso, es la consideración subjetiva que va a adoptar el juzgador y no la viabilidad de tales derechos. La asistencia de un letrado especializado no está condicionada a la edad del niño pues constituye una garantía mínima del procedimiento. La capacidad progresiva del sujeto se refiere a la mayor o menor influencia de su voluntad en las cuestiones a resolver y no al derecho a contar con un abogado (Solari Néstor, *Elección del Abogado del niño*; LL 18-05-2009, página 409).

El derecho de defensa técnica como garantía del debido proceso parece surgir -nada más y nada menos- del antecedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos ''GMS c/ JVL'', de fecha 26-10- 2010. Dice expresamente el Defensor ante la Corte: ''las niñas como sujetos de derecho tienen derecho a opinar y a ser escuchadas (cf. art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño- art. 75 inc. 22 C.N.- y arts. 19, 24 y 27 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes № 26.061), garantizando su derecho a participar en el proceso; de tal manera que puedan ejercer eficazmente su derecho constitucional a defenderse y a probar (cf. art. 18 C.N, 75, inc. 22 CN, art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 27 incs. c), d), y e) de la Ley № 26.061)''.

V. Requisitos formales de admisibilidad

Los requisitos formales de admisibilidad del artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina y del artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se verifican en cuanto:

a) **Existe una omisión de autoridad pública:** ya que se trata de una omisión y/o inacción del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires– a través de dos de sus órganos: Dirección General de Niñez y Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

b) **Que en forma actual, lesiona, restringe y altera derechos y garantías** que me son reconocidos en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales, en las leyes de la Nación, en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las leyes dictadas en su consecuencia: toda vez que al no procurarme una institución convivencial y mantenerme encerrado/a en un psiquiátrico contando con alta médica desde hace XXX meses, veo en forma permanente y actual lesionados, restringidos y alterados mis derechos, en particular mi derecho a la libertad ambulatoria.

c) **De manera arbitraria y con ilegalidad manifiesta:** toda vez que los derechos reconocidos por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, las Leyes de la Nación, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las leyes dictadas en su consecuencia están vulnerados por la autoridad pública de la Ciudad, de manera arbitraria, esto es, de manera contraria a la justicia, a la

razón y a las leyes, elude su deber y responsabilidad frente a todo niño, niña y adolescente. Y asimismo, de manera manifiesta transforma su omisión y/o inacción en ilegal, por cuanto es su deber como órgano administrativo arbitrar todos los medios necesarios para que todo niño, niña y adolescente goce plenamente de ''todos'' y ''cada uno'' de los derechos que les son reconocidos constitucionalmente.

d) **Inexistencia de otro remedio judicial idóneo:** No existe otro remedio judicial alternativo que sea rápido y expedito a fin de garantizar mis derechos.

Debe dejarse constancia que la presente acción se torna imprescindible y como único remedio alternativo, al no contar con respuesta de parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en los autos civiles del control judicial de mi internación, pese a haber sido debidamente intimados a otorgarme una vacante en un hogar convivencial.

A esto se suma que estamos ante una cuestión de pleno derecho, conforme surge del alta del equipo de salud.

La omisión partió no sólo de la Dirección General de Niñez y Adolescencia como órgano encargado de otorgarme la vacante sino también por parte del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que debería haberle exigido a dicha Dirección la vacante, en lugar de mantenerse pasiva ante la privación arbitraria de mi libertad.

VI. Fundamentación normativa y fáctica del empleo del amparo como única vía expedita y rápida para el restablecimiento de mis derechos vulnerados

VI.a. El paradigma derivado del Sistema de Protección Integral de Derechos.

Con la ratificación y posterior adquisición constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño se inicia el tránsito de la Doctrina de la Situación Irregular al Paradigma de la Protección Integral de Derechos.

Así el Estado asumió la obligación, a nivel nacional e internacional, de establecer políticas públicas que garanticen el respeto, la protección y satisfacción de los derechos y garantías de todos los niños.

Tanto a nivel nacional como a nivel local, a través de las leyes 26.061 y 114, se introdujeron cambios que repercutieron directamente sobre la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Se puso en cabeza del Poder Ejecutivo la generación de programas y políticas tanto focalizadas como universales para el acceso de los niños y/o adolescentes a todos sus derechos.

Ahora bien, ante la inacción del Poder Ejecutivo resulta necesario que exista algún recurso por el cual se ponga en marcha un mecanismo de exigibilidad que garantice el cumplimiento y respeto de esos derechos, en caso de vulneración.

Para ello se puso en cabeza del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes la obligación de instar el cumplimiento de políticas públicas necesarias para la restitución inmediata de derechos amenazados y/o vulnerados. Y en caso de incumplimiento de los ejecutivos locales es pertinente la acción de amparo.

VI.b. Los antecedentes fácticos que derivaron en la interposición de la presente acción.

Desde fecha XXX me encuentro institucionalizado/a con medida excepcional dictada por el Consejo de Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes.

Como consecuencia de la medida fui derivado/a a un hogar convivencial y a raíz de una descompensación psíquica fui internado/a psiquiátricamente.

A la fecha me encuentro internado/a con alta médica dada por el Equipo de Salud.

Ello equivale a afirmar que me encuentro privado/a ilegalmente de mi libertad.

VI.c. La privación ilegal de la libertad cuando la internación se prolonga pese a la existencia del alta de los equipos de salud.

La internación involuntaria es una privación de la libertad, en los términos del artículo 482 del Código Civil.

Por su parte, la regla 12 B de las Reglas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad define por ''privación de libertad toda forma de (...) internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública''. Cabe agregar que las citadas reglas son de aplicación obligatoria en el derecho interno pues son receptadas por la ley 114, en el artículo 12 y por el decreto 415 reglamentario de la ley 26.061, en su artículo 19.

Por su parte, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de su Libertad en las Américas definen como privación de la libertad a las internaciones psiquiátricas.

Una vez aclarado que la internación psiquiátrica -aunque tenga carácter terapéutico- implica privación de la libertad es necesario precisar que la misma deviene en una privación ilegal de libertad, cuando la persona internada cuenta con alta médica.

Por último cabe mencionar que la internación psiquiátrica ha sido equiparada a la privación de la libertad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los siguientes términos ''La institucionalización de un paciente, cuando no medie, de manera innegable, un propósito terapéutico debe interpretarse como un tratamiento arbitrario, una verdadera detención'' (S.M.C. c/ Ministerio de Justicia – Poder Judicial – Estado Nacional – de fecha 1/9/09 – voto Zaffaroni, Fayt y Lorenzetti).

VI.d. Los derechos de las personas con padecimientos psíquicos.

La ley Nacional de Salud Mental 26.657 adecua la legislación nacional a los principios y tratados internacionales de derechos humanos de los cuales la Argentina es parte y donde se reconoce a la salud mental como ''un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales biológicos y psicológicos y enfatiza la necesidad de una dinámica de construcción social a fin de lograr la consecución de los derechos humanos y sociales'' (art. 3 – Ley 26.657).

Asimismo considera a la internación como una alternativa de último recurso y breve que sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios que el resto de las intervenciones desarrolladas en el medio familiar, social y comunitario. Por su parte, la internación en salud mental se debe realizar en hospitales generales y por plazos breves (Feirstein Nancy, *Acciones necesarias para la implementación de la ley de salud mental* – Revista de Familia de La ley – octubre 2011).

Cobra trascendencia en la ley el derecho de defensa técnica de las personas con padecimientos psíquicos, como elemento integrante del debido proceso legal.

Dentro de este contexto, el derecho de defensa técnica permite que las personas sean protegidas también del accionar del Estado puesto que, al desempeñar esta función, éste puede cometer irregularidades.

VII. Derecho

Fundo esta acción en la Convención de los Derechos del Niño y en las leyes 26657 y 26.061.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño específicamente establece en su artículo 24: ''Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios''.

Asimismo, el art. 25 hace referencia a la obligación estatal frente a este universo de niños, al manifestar: ''Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación''.

VIII. Solicita medida cautelar innovativa

En atención a la situación planteada y como única manera de evitar que el tiempo propio de todo proceso cause agravios irreparables solicito se haga lugar al pedido de una tutela cautelar innovativa, obligando al Poder Ejecutivo de la Ciudad a otorgarme una vacante en un dispositivo convivencial.

El artículo 117 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que: ''Las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso (...) aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida. Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho este pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable puede solicitar las medidas urgentes....''.

Los requisitos exigidos por el art. 15 de la ley 2.145 para el otorgamiento de la medida cautelar que se encuentran acreditados en mi caso son:

1. Verosimilitud del derecho invocado: El ''fumus bonis iuris'' o ''apariencia del buen derecho'' surge inequívocamente de la lectura de los hechos expuestos.
2. Las medidas cautelares no exigen de los magistrados un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. Es más el juicio de verdad en este materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Corte Suprema de la Justicia de la Nación – ''Albornoz Evaristo c/ Nación Argentina'' Fallos 306:2060 – LL t 1985 – B – pág 212).
3. Peligro en la demora: Los plazos que rigen el curso de un expediente judicial –cualquiera sea el trámite del cual se trate- provoca un riesgo cierto consistente en que la resolución del conflicto resulte tardía. Atento a que por razones obvias la privación de la libertad existiendo alta medida resulta iatrogénica, mas iatrogénica aun resulta si se prolonga en el tiempo.
4. No frustración del interés público: El dictado de la medida cautelar solicitada ordenando mi alojamiento en un centro acorde a mis derechos no generará una frustración del interés público, sino que por el contrario impedirá que continúe la vulneración de derechos del niño y logrará de esta forma la restitución de los mismos, lo que sin duda es beneficioso para el interés público.
5. Contracautela: Ante la urgencia del caso dejo desde ya prestada la caución juratoria que se me pudiera requerir.

IX. Prueba

Se ofrece como medio de prueba el expediente caratulado: ''XXX''.

X. Formula reserva

Dado el caso constitucional y la índole federal de gran parte de los argumentos desarrollados en la presente (Derecho a la salud integral art, 21 inc. c de la Constitución Local, art. 24 CIDN); derecho del niño mental o físicamente impedido al disfrute de una vida plena y decente (art. 23 CIDN, art. 75 inc. 22 de Nuestra Carta Magna), derecho a la libertad ambulatoria (art. 37 CIDN), derecho de defensa (artículo 18 de la CN y 27 de la ley 26.061), derecho a la protección estatal mediante políticas publicas (artículos 18 y 27 de la CDN y artículo 33 y siguientes de la ley 26.061) es que formulo la reserva de interponer oportunamente el caso constitucional ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (art. 10 de la Constitución de la Ciudad) y recurso extraordinario federal ante la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14 de la ley 48), para el supuesto improbable en que dichos planteos no fueran aceptados por V.S.

XI. Petitorio

Por todo ello solicito:

1. Se me tenga por presentado/a, por parte y por constituido el domicilio.
2. Se tenga por ofrecida la prueba.
3. Se haga lugar a la medida cautelar innovativa solicitada.
4. Se de traslado de la presente acción al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
5. Oportunamente se haga lugar a la acción de amparo interpuesta.
6. Se tenga por hecha la reserva del caso federal.

PROVEER DE CONFORMIDAD
SERA JUSTICIA

ASESORÍA GENERAL TUTELAR | CABA

Alsina 1826 |C1090AAB
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
tel (+5411) 5297-8000

agt@jusbaires.gov.ar
www.asesoriatutelar.gob.ar/publicaciones

FEPESNA

Paraná 858 | C1017AAR
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
tel/fax (+5411) 4813-5614

info@fepesna.com.ar
www.fepesna.com.ar

F.E.P.E.S.N.A

Desde su creación, año 1994, la Fundación de Estudios Políticos, Económicos y Sociales para la Nueva Argentina, **FEPESNA**, ha realizado varias investigaciones y desarrollado varios programas con el fin de fortalecer a las Instituciones Gubernamentales.
Por tal motivo, dichos programas fueron elaborados con vistas a lograr una sociedad democrática más inclusiva y representativa, con instituciones fortalecidas que permitan a sus ciudadanos un ejercicio pleno y efectivo de sus derechos.

Estamos convencidos que la articulación entre los sectores de la sociedad y el Estado es de vital importancia y relevancia para garantizar los procesos democráticos.

Consideramos que todo ciudadano argentino, sin importar su edad, debe hacer valer su derecho de contar con un abogado que actúe como garante de sus derechos, y no debe alcanzar solo a los ciudadanos adultos, sino también a las niñas, niños y adolescentes.
Por ello se considera necesario impulsar la consolidación de la figura del "abogado del niño", con vistas a alcanzar una adecuada capacidad política, técnica y operativa, que transforme a sus ciudadanos en verdaderos motores de cambio para la equidad.

Convencidos de ello, en esta oportunidad decidimos trabajar de manera conjunta con la Asesoría General Tutelar con el objetivo de potenciar y contribuir a la construcción de una ciudadanía más amplia e inclusiva.

MPT

El **Ministerio Público Tutelar** es una institución que integra el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Su misión principal es promover la justa aplicación de la ley, la legalidad de los procedimientos y el respeto, la protección y la satisfacción de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y de las personas afectadas en su salud mental.

Para ello, la **Asesoría General Tutelar** se ha propuesto una intervención estrictamente vinculada al control de la política pública local a través de acciones de monitoreo, interpelación, articulación y seguimiento del debido funcionamiento de las instituciones del Estado.