

ABOGADAS Y ABOGADOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES



Sara Cánepa

Abogada de niñas, niños y adolescentes

www.saracanepa.com.ar

MARCO NORMATIVO

- Como ya sabemos el marco normativo vigente en la actualidad pretende modificar las prácticas imperantes en virtud de la legislación vigente durante casi dos siglos.
- Es relevante tener presente la realidad histórica, pues ello **impacta directamente en las resistencias** que existen para implementar las modificaciones indispensables a fin de hacer efectivo el ejercicio de los derechos de los cuales niñas y niños son titulares.

Las leyes provinciales que regularon esta materia han sido la Ley N° 4664 (año 1936), la Ley N° 6661 (año 1961–nunca puesta en práctica), el Decreto 10067 (año 1982 al final de la dictadura militar 1976/82) y la Ley nacional 10.903 (año 1919).

Todas ellas derogadas en la actualidad.

Aún tiene vigencia la Ley N° 22.278 con sus modificatorias que da marco al sistema penal punitivo de niños, niñas y adolescentes.

Hay varios proyectos modificatorios en el Congreso de la Nación pero el debate sin acuerdos se refiere a la pretendida baja de la edad de imputabilidad penal, **cuando en realidad podría instalarse un marco normativo pertinente en materia penal sin modificar la edad a partir de la cual un ser humano es punible penalmente.**

Los sistemas represivos y de persecución de niñas, niños y adolescentes provocaron que abogadas y abogados participáramos de los procesos como defensores de derechos humanos

En su Informe Anual de 1998, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resaltó la importancia y la dimensión ética del trabajo que llevan a cabo las personas dedicadas a la promoción, seguimiento y defensa legal de los derechos humanos y las organizaciones a las que muchas de ellas están afiliadas. En dicho informe, la Comisión recomendó a los Estados miembros de la OEA que tomaran las medidas necesarias para proteger la integridad física de los defensores y las defensoras de los derechos humanos y que propiciaran las condiciones para que desarrollaran su labor (Informe Anual 1998, Capítulo 7, Recomendación 4). A partir de la presentación de estas recomendaciones ante los Estados miembros, la Asamblea General de la OEA adoptó la resolución 1671, denominada Defensores de Derechos Humanos en las Américas: apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil para la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas. A través de esta resolución, la Asamblea General encomendó al Consejo Permanente, en coordinación con la Comisión Interamericana, que continuara estudiando el tema de los Defensores y las Defensoras de Derechos Humanos en la región (AG/RES.1671, 7 de junio de 1999) y en 2001, la Asamblea General solicitó a la Comisión que considerara la elaboración de un estudio sobre la materia (AG/RES.1818, 5 de junio de 2001).

Convención de Derechos del Niño
puesta en vigencia en el año 1989,
ratificada por la República Argentina en el año 1990
por la Ley N° 23849

Niño/Niña como sujeto de derecho, derecho a ser oído, mecanismo de efectividad de sus derechos, interés superior del niño, garantía de prioridad en su atención integral.

A pesar de ello, los integrantes de los tres poderes de gobierno (ejecutivo-legislativo-judicial) fueron reticentes a aplicar la Convención y arguyeron diferentes fundamentos que no eran más que pretextos para negarse a aplicar la Ley 23.849 o sancionar un marco normativo acorde al contenido de dicho instrumento internacional.

Reforma de la Constitución de la Nación Argentina (año 1994) incluyendo como facultad del congreso la de *aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

- *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*
- *La Declaración Universal de Derechos Humanos*
- *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*
- *El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*
- *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo*
- *La Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*
- *La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*
- *La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*
- *La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*
- *La Convención sobre los Derechos del Niño*

En las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

El art. 75, inc. 22, sienta, como principio general, el de la supra legalidad de los tratados internacionales de toda clase: los tratados prevalecen sobre las leyes y ello, en la práctica, significa la obligación de adecuar TODA la normativa vigente en el país a los marcos constitucionales. Dicha obligación aún hoy no se ha cumplido a nivel nacional, provincial y municipal.

Instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional)

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Convención Americana de los Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo
- Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (aprobada por Ley 24.584/1995 y con jerarquía constitucional otorgada por Ley 25.778/2003)
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (aprobada por Ley 24.556/1995 y con jerarquía constitucional otorgada por Ley 24.820/1997)

Otros Instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (e.v. 1987)	Aprobada por Ley 23.652/1988; en vigor para la República desde el 30 de abril de 1989.
Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura (e.v. 1989)	Aprobada por Ley 23.652/1988
Convenio sobre los Aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores	Aprobado por Ley 23.857/1990.
Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (e.v. 2001)	Aprobado por Ley 24.071/1992
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer -Belem Do Para- (e.v. 1995)	Aprobada por Ley 24.632/1996; en vigor para la República desde el 03 de agosto de 1996.
Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (e.v. 1997)	Aprobada por Ley 25.179/1999, en vigor para la República desde el 29 de marzo de 2000.
Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (e.v. 2001)	Aprobada por Ley 25.280/2000
Convenio N° 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación (1999).	Aprobado por Ley 25.255/2000; en vigor para la República desde el 05 de febrero de 2002.
Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989).	Aprobada por Ley 25.358/2000; en vigor para la República desde el 16 de marzo de 2001. De acuerdo a lo establecido por la Convención en su artículo 7 inciso II

Reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires

(año 1994), incluye el reconocimiento de derechos como el derecho a la información, recursos como el amparo colectivo, reconoce la protección especial de la familia y cada uno de sus integrantes, entre otras modificaciones (ver art. 36).

- La primera ley de protección integral fue sancionada en la Provincia de Mendoza Ley N° 6354 año 1995, siguieron la Provincia de Chubut Ley 4347 año 1997, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Ley N° 114 sancionada en diciembre de 1998, promulgada en enero de 1999, la Provincia de Neuquén Ley N° 2302 año 1999.
- **En la Provincia de Buenos Aires se elaboró un primer proyecto de reforma** en el año 1997 por el Colegio de Abogados de La Plata con el auspicio de Unicef Argentina y fue presentado al Poder ejecutivo y al Poder legislativo. Los bloques legislativos si bien no votaron dicho proyecto fueron generando otros proyectos.
- En el año 1999 tuvo sanción la Ley N° 12607 que derogó el Decreto 10067. La Procuración General de la Provincia promovió la inconstitucionalidad de la ley, y ante ello la misma se aplicó por unos meses. Y recuperó vigencia el Decreto 10067.

- En el año 2005 se sancionó la **Ley 13.298** cuya implementación generó resistencias en distintos ámbitos.
 - ✓ Desarrolla el contenido de los derechos y libertades, establece los principios de aplicación tales como la prioridad, el interés superior, la familia, la prohibición de separación del grupo familiar o de pertenencia por razones económicas, entre otros.
 - ✓ Designa como autoridad de aplicación a la Secretaría de Niñez y Adolescencia, otrora dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, en la actualidad con autonomía y dependencia directa de la Gobernación.
 - ✓ Crea instancias como la Comisión Interministerial para la Promoción y Protección de los Derechos del Niño, ámbito que debiera tener existencia real y ejecutividad pues debiera ser el conjunto de funcionarios/as que diseñan política pública en materia de niñez y adolescencia. Lamentablemente la comisión se ha reunido en escasas ocasiones y para acciones determinadas que no podrían entenderse como políticas públicas de alcance universal.
 - ✓ También crea el Observatorio social y el Registro de Organizaciones no gubernamentales.
 - ✓ **Crea los Servicios locales de promoción y protección de derechos, en los Municipios, como ámbitos interdisciplinarios instalados en cada territorio, de cercanía con las personas y las familias.**

ARTICULO 18.- *En cada municipio la Autoridad de Aplicación debe establecer órganos desconcentrados denominados Servicios Locales de Protección de Derechos. Serán unidades técnico operativas con una o más sedes, desempeñando las funciones de facilitar que el niño que tenga amenazados o violados sus derechos, pueda acceder a los programas y planes disponibles en su comunidad. En los casos en que la problemática presentada admita una solución rápida, y que se pueda efectivizar con recursos propios, la ayuda se podrá efectuar en forma directa. Les corresponderá a estos servicios buscar la alternativa que evite la separación del niño de su familia o de las personas encargadas de su cuidado personal, aportando directamente las soluciones apropiadas para superar la situación que amenaza con provocar la separación.*

ARTICULO 19.- (Texto según Ley 14537) *Los Servicios Locales de Protección de los derechos del niño tendrán las siguientes funciones:*

- a) Ejecutar los programas, planes, servicios y toda otra acción que tienda a prevenir, asistir, proteger, y/o restablecer los derechos del niño.*
- b) Recibir denuncias e intervenir de oficio ante el conocimiento de la posible existencia de violación o amenaza en el ejercicio de los derechos del niño.*
- c) Propiciar y ejecutar alternativas tendientes a evitar la separación del niño de su familia y/o guardadores y/o de quien tenga a su cargo su cuidado o atención, teniendo como mira el interés superior del niño.*
- d) Participar activamente en los procesos de declaración de la situación de adoptabilidad y de adopción, y colaborar en el trámite de guarda con fines de adopción, con los alcances establecidos en la Ley respectiva.*

Establece mecanismos de abordaje intersectoriales, asumiendo el marco de corresponsabilidad en el respeto y efectividad de los derechos y libertades de niñas, niños y adolescentes.

En el año 2007 se promulgó la **Ley N° 13634** que diseña y comprende los procesos judiciales en el ámbito del fuero de familia con juzgados unipersonales con el desarrollo de una etapa previa ante la/el consejera/o de familia,

la vía recursiva ante las cámaras con competencia civil y genera el llamado sistema de responsabilidad penal juvenil.

La Ley 13.634 disuelve los Tribunales de Menores y crea los Juzgados de Garantías del Joven y los Juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil (órgano de juzgamiento).

Asimismo crea cargos de agentes fiscales y defensores oficiales especializados en el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil. En relación a este nuevo fuero, cada departamento judicial tendrá un Cuerpo Técnico Auxiliar único integrado por médicos, psicólogos y trabajadores sociales “a fin de asistir profesional y exclusivamente, tanto a los órganos jurisdiccionales como a los del Ministerio Público”. Los recursos de apelaciones serán resueltos por las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal especializadas (aún pendiente de creación).

Con respecto a los nuevos Juzgados de Familia, se crean en reemplazo de los Tribunales de Familia. Cada juzgado está integrado por un juez de primera instancia, un consejero de Familia y un Equipo Técnico Auxiliar integrado por un médico psiquiatra, un psicólogo y un trabajador social. Entre otras cuestiones, los jueces de Familia son competentes en: la suspensión, privación y restitución de la patria potestad, designación, suspensión y remoción del tutor, tenencia y régimen de visitas, emancipación, violencia familiar, la permanencia temporal de niños en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social, entre otros.

Ley nacional N° 26061 año 2005, marco normativo general de la llamada protección integral de niñas, niños y adolescentes – Replica el marco normativo de la Convención de Derechos del Niño –Ley 23849- desarrolla el ejercicio de derechos como el derecho a ser oído, patrocinio letrado, prioridad de atención, capacidad progresiva, derecho a vivir en familia.

Ley N° 14.528 establece el procedimiento de adopción en la Provincia.
La ley de fondo continúa siendo el Código Civil y Comercial.

Ley N° 14.568 crea la figura del Abogado del niño.

El Poder Ejecutivo Provincial, a través de resoluciones de la Autoridad de aplicación de la Ley 13298 o a través de la reglamentación de las leyes específicas, tiene la práctica de distorsionar las leyes y generar instancias de aplicación y procedimientos que no están contemplados en las mismas.

Véase al respecto el fallo en la causa B. 71.532, "Municipalidad de La Plata contra Ministerio de Desarrollo Social Provincia de Buenos Aires. Conflicto de poderes art. 161 inc. 2º Const. prov." y su acumulada B. 71.464, "Municipalidad de La Plata contra Ministerio de Desarrollo Social Provincia de Buenos Aires. Conflicto art. 196 Const. Prov. (ex Fiscal de Estado denuncia confr. art. 196 Const. prov.)" la SCJBA dispuso anular la Disposición 332/09 del Director Provincial de Promoción y Protección de Derechos del Niño y las demás dictadas en su consecuencia, en tanto contraviene lo establecido en el Sistema de Promoción y Protección de Derechos del Niño normado en la ley 13.298 y modificatorias, especialmente en su art. 35 inc. "h". En la actualidad reformado por la Ley Nº 14537.

Decreto Nº 300/05 reglamentario de la Ley 13298;

Decreto Nº 177/14 en relación a las reformas introducidas por la Ley Nº 14537;

Resolución Nº 3391 de la SCJBA de fecha 18 de diciembre de 2013, a raíz de los impedimentos y dificultades que se reflejan en los considerandos y que dieran lugar a la comunicación que la Suprema Corte hiciera al Señor Secretario y a la remisión de las actuaciones a la Procuración General ante la posible comisión de un delito de acción pública.

La Convención de los Derechos del niño crea el
Comité de los Derechos del Niño

que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes.

El Comité también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. **Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años.**

El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales".

La República Argentina presentó su último informe en el año 2010, que mereció las recomendaciones que pueden encontrarse en el sitio http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.ARG.CO.3-4_sp.pdf

El Comité examina los informes adicionales que deben presentar los Estados que se han adherido a los dos protocolos facultativos de la Convención.

El Comité también puede examinar denuncias de los particulares, en virtud del Tercer protocolo facultativo de la CDN. También se pueden plantear cuestiones relacionadas con los derechos del niño ante otros comités con competencia para examinar denuncias de los particulares.

El mismo se reúne en Ginebra y normalmente celebra tres períodos de sesiones al año que constan de una sesión plenaria de tres semanas y un grupo de trabajo anterior al período de sesiones que se reúne durante una semana.

También publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas y organiza días de debate general.

Resulta útil para la aplicación de la normativa tener en cuenta el contenido de las observaciones generales.

En esta ocasión copiamos con destacados algunos párrafos de la Observación general N° 14 que trata el principio del interés superior del niño.

Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño

5. La plena aplicación del concepto de interés superior del niño **exige adoptar un enfoque basado en los derechos**, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de **garantizar** la integridad física, psicológica, moral y espiritual **holísticas** del niño y promover su dignidad humana.

6. El Comité subraya que **el interés superior del niño es un concepto triple:**

a) **Un derecho sustantivo:** el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) **Un principio jurídico interpretativo fundamental:** si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) **Una norma de procedimiento:** siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

7. En la presente observación general, la expresión "el interés superior del niño" abarca las tres dimensiones arriba expuestas.

Garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño

85. Para garantizar la observancia efectiva del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial a que se atienda, **se deben establecer y aplicar algunas salvaguardias procesales que estén adaptadas a sus necesidades.**

El concepto de interés superior del niño es en sí mismo una norma de procedimiento (véase más arriba el párrafo 6 b).

86. Mientras que las autoridades públicas y las organizaciones que toman decisiones que afectan a los niños deben llevar a cabo su cometido respetando la obligación de evaluar y determinar el interés superior del niño, no se espera que las personas que adoptan a diario decisiones concernientes a los niños (por ejemplo, los padres, los tutores y los maestros) sigan estrictamente este procedimiento de dos fases, aunque **las decisiones que se toman en la vida cotidiana también deben respetar y reflejar el interés superior del niño.**

87. **Los Estados deben establecer procesos oficiales**, con **garantías** procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan, incluidos mecanismos de evaluación de los resultados. Los Estados deben establecer procesos **transparentes y objetivos** para todas las decisiones de los legisladores, los jueces o las autoridades administrativas, en especial en las esferas que afectan directamente al niño o los niños.

88. El Comité invita a los Estados y a todas las personas que se hallen en situación de evaluar y determinar el interés superior del niño a que presten atención especial a las salvaguardias y garantías siguientes.

a) El derecho del niño a expresar su propia opinión

89. Un elemento fundamental del proceso es la comunicación con los niños para lograr que participen de manera provechosa en él y determinar su interés superior. En el marco de esa comunicación, entre otras cosas, se debería **informar a los niños sobre el proceso y los posibles servicios y soluciones duraderas, reunir información proporcionada por los niños y pedirles opinión.**

90. Cuando el niño desea expresar su parecer y este derecho se ejerce mediante un representante, la obligación de este último es comunicar con precisión las opiniones del niño. Cuando la opinión del niño entra en conflicto con la de su representante, se debe establecer un procedimiento para que el niño pueda acudir a una autoridad a fin de determinar otra fórmula de representación (por ejemplo, un curador *ad litem*), si es necesario.

91. El procedimiento para la evaluación y la determinación del interés superior de los niños **como grupo** es, en cierta medida, diferente a la de un niño en particular. Cuando estén en juego los intereses de un gran número de niños, las instituciones públicas deben encontrar maneras de conocer la opinión de una muestra representativa de niños y tener debidamente en cuenta su punto de vista al planificar medidas o adoptar decisiones legislativas que afecten directa o indirectamente al grupo de que se trate, con el fin de garantizar que se abarquen todas las categorías de niños. Hay muchos ejemplos de cómo hacerlo; entre otras, las audiencias para niños, los parlamentos de los niños, las organizaciones dirigidas por niños, las asociaciones de la infancia u otros órganos representativos, los debates en la escuela y los sitios web de redes sociales.

b) La determinación de los hechos

92. Los hechos y la información pertinentes para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del interés superior del niño. Entre otras cosas, se pueden mantener entrevistas con personas cercanas al niño, con personas que estén en contacto con el niño a diario y con testigos de determinados incidentes. La información y los datos reunidos deben verificarse y analizarse antes de utilizarlos en la evaluación del interés superior del niño o los niños.

c) La percepción del tiempo

93. Los niños y los adultos no tienen la misma percepción del paso del tiempo. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños. Por tanto, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o les afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. El momento en que se tome la decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión. Todas las decisiones sobre el cuidado, el tratamiento, el internamiento y otras medidas relacionadas con el niño deben examinarse periódicamente en función de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo (art. 25).

d) Los profesionales cualificados

94. Los niños constituyen un grupo heterogéneo, y cada cual tiene sus propias características y necesidades que solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente. Por ese motivo, **el proceso de evaluación oficial debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro por profesionales capacitados, entre otras cosas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva.** En la medida de lo posible, en la evaluación del interés superior del niño debería participar un **equipo multidisciplinario de profesionales.**

95. La evaluación de las consecuencias de las distintas soluciones debe basarse en los conocimientos generales (es decir, en las esferas del derecho, la sociología, la educación, el trabajo social, la psicología, la salud, etc.) de las posibles consecuencias de cada posible solución para el niño, dadas sus características individuales y las experiencias anteriores.

e) La representación letrada

96. El niño necesitará representación letrada adecuada cuando los tribunales y órganos equivalentes hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. En particular, cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior, el niño debe disponer de representación letrada, además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión.

f) La argumentación jurídica

97. A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, **cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada**. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones. Es preciso tener en cuenta las circunstancias en que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial (véase más arriba el párrafo 38).

g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones

98. Los Estados deben establecer mecanismos en el marco de sus ordenamientos jurídicos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación del interés superior del niño o los niños. Debería existir siempre la posibilidad de solicitar una revisión o recurrir una decisión en el plano nacional. Los mecanismos deben darse a conocer al niño, que ha de tener acceso directo a ellos o por medio de su representante jurídico, si se considera que se han incumplido las garantías procesales, los hechos no son exactos, no se ha llevado a cabo adecuadamente la evaluación del interés superior del niño o se ha concedido demasiada importancia a consideraciones contrapuestas. El órgano revisor ha de examinar todos esos aspectos.

h) La evaluación del impacto en los derechos del niño

99. Como se ha señalado más arriba, la adopción de todas las medidas de aplicación también debe seguir un procedimiento que garantice que el interés superior del niño sea una consideración primordial. La evaluación del impacto en los derechos del niño puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño. La evaluación del impacto debe incorporarse a todos los niveles y lo antes posible en los procesos gubernamentales de formulación de políticas y otras medidas generales para garantizar la buena gobernanza en los derechos del niño. Se pueden aplicar diferentes metodologías y prácticas al llevar a cabo la evaluación del impacto. Como mínimo, se deben utilizar la Convención y sus Protocolos facultativos como marco, en particular para garantizar que las evaluaciones se basen en los principios generales y tengan especialmente en cuenta los efectos diferenciados que tendrán en los niños la medida o medidas que se examinen. La propia evaluación del impacto podría basarse en las aportaciones de los niños, la sociedad civil y los expertos en la materia, así como de los organismos públicos correspondientes, las investigaciones académicas y las experiencias documentadas en el propio país o en otros. El análisis debería culminar en la formulación de recomendaciones de modificaciones, alternativas y mejoras y ponerse a disposición del público.

Significado e implicancias de la Creación de un Sistema de Promoción y Protección integral de los Derechos de NNA.

- ✓ Políticas públicas con un enfoque de derechos con perspectiva de infancia;
- ✓ Retos a los poderes de gobierno: organismos administrativos – organismos judiciales;
- ✓ Afecta a la comunidad, la familia, organizaciones sociales;
- ✓ Interpela las prácticas profesionales;
- ✓ Interpela la formación universitaria;
- ✓ Requiere la práctica profesional ética;
- ✓ Garantizar derechos de Niñas Niños Adolescentes;
- ✓ Participación de NNA en las cuestiones que les incumben y/o afectan.

LA CDN vino a conmover los principios desde los cuales se atiende a NNA. Pero no describe los modos de efectivizarlos.

Ley 26.061 (28 de septiembre de 2005)

NO INTRODUCE CAMBIOS EN LA CONDICIÓN JURIDICA DE LA INFANCIA –
REMITE A LA “LEGISLACION VIGENTE”.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha comenzado a resignificar la responsabilidad parental y la capacidad

ARTICULO 27. — GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. 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 ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- 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;
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

- Sujeto de derechos
- Capacidad progresiva para ejercerlos
- Derecho al debido proceso legal
- Derecho al acceso universal e igualitario a políticas públicas.
- 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 el asesoramiento y patrocinio niñas, niños y adolescentes es una realidad normativa. No obstante, aún debemos promover y propiciar la figura en pos de garantizar la tutela judicial efectiva y reforzada.

Resistencias a la implementación de la figura.

- ✓ Abogado del niño
- ✓ Cualquiera sea su edad
- ✓ Defensa técnica
- ✓ Garantía mínima del procedimiento
- ✓ Comunicación abierta
- ✓ Estrategias idóneas
- ✓ Resistencias
- ✓ Capacidad progresiva

El artículo 27 de la ley 26.061 debe ser interpretado a la luz del principio pro persona. 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 sino el sistema de derechos y garantías de la Constitución se esteriliza cuando la legitimación no le facilita andamio, 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).

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 **accederá a transmitir su postura** de parte en los procesos administrativos o judiciales 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, una niña, en ejercicio de su capacidad progresiva, elige abogado y transmite al juez su postura de parte.

Se funda el escrito en el marco constitucional y convencional que, sin dudas, debe prevalecer sobre el criterio rígido de discernimiento de acuerdo a la franja etaria.

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.

El nuevo Código Civil y Comercial promueve la aplicación del marco convencional en los artículos 1 y 2.

Pero lamentablemente no describe situaciones concretas con respecto al asesoramiento legal y patrocinio jurídico de niñas, niños y adolescentes.

Por ello resulta necesario:

Que se incremente el número de abogados y abogadas que asesoren y litiguen en defensa de los derechos de NNyA, y que dichos profesionales adquieran mayores conocimientos y capacitación a fin de elaborar estrategias eficaces, que permitan dejar atrás las citadas resistencias.

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 las/los abogadas/os respetar su voluntad y actuar de acuerdo a ella; poder oponerse a las medidas que no reconocen las vivencias de niñas, niños y adolescentes que constituyen su subjetividad; 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 en lugares adecuados a una vida digna y que permita un proyecto que atienda integralmente su persona; solicitar todas las demás medidas de protección que resulten necesarias.

ES INDISPENSABLE comprender que estamos hablando del diseño de políticas públicas y el abordaje de las prácticas **DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS CON PERSPECTIVA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**

La vigencia de la Ley 13298 y de la Ley 13634 impone:

REMOCIÓN DE OBSTÁCULOS;

MODIFICACION DE PROCEDIMIENTOS;

CUESTIONAMIENTO DE ESTRUCTURAS DE PENSAMIENTO;

La Ética Aplicada;

Poder judicial con altísimo nivel de formación, independiente y activo;

**EDUCACIÓN JURÍDICA DE GRADO Y POSGRADO QUE INTEGRE
CUESTIONES DE INFANCIA;**

**Implementación de políticas públicas que garanticen la protección real y
universal de la infancia.**

Convención Derechos del Niño,
Constitución Nacional,
Constitución Provincial,
Ley N° 13.298,
Ley N° 13.634,
Comité Derechos del Niño ONU:

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/index.htm>

OBSERVACIÓN GENERAL N° 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44);
OBSERVACIÓN GENERAL N° 7 (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia; OBSERVACIÓN GENERAL N° 8 (2006) El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros);
OBSERVACIÓN GENERAL N° 9 (2006) Los derechos de los niños con discapacidad; OBSERVACIÓN GENERAL N° 10 (2007) Los derechos del niño en la justicia de menores; OBSERVACIÓN GENERAL N° 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado; OBSERVACIÓN GENERAL N° 13 (2011) Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia; OBSERVACION GENERAL N° 14 (2013) Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH

Relatoría Niñez <http://cidh.oas.org/countryrep/Infancia2sp/Infancia2indice.sp.htm>

Justicia juvenil y derechos humanos en las Americas

<http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos - CoDH

Opinión Consultiva OC – 17/2002

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Jurisprudencia

Caso Forneron e hija vs. Argentina

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_242_esp.pdf

OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14 DE 19 DE AGOSTO DE 2014.

DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/observaciones>

Comisión Interamericana Derechos Humanos – Relatoría Niñez - <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/>

Medidas cautelares <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/proteccion/cautelares.asp>

MC 423/10 – X, Argentina

El 24 de octubre de 2011, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de X, en Argentina. Su identidad se mantiene en reserva debido a que se trata de un menor de edad. En la solicitud de medida cautelar se alegó que el niño padece de encefalopatía crónica no evolutiva y otras enfermedades, y que la asistencia médica proporcionada por el Estado sería deficiente, poniendo en riesgo su vida y el desarrollo de sus músculos y huesos. La Comisión solicitó al Estado adoptar medidas urgentes a fin de garantizar efectivamente las condiciones médicas necesarias y suficientes para que el beneficiario pueda desarrollar una vida con calidad y dignidad, en la que no se vea afectada de forma irreparable su derecho a la vida, y concertar las medidas a adoptarse con su familia.

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).

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)

Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.2).

Kielmanovich.Jorge, “Reflexiones Procesales sobre la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, LL 7-11-05).

"Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. S. M. en la causa M., G. cl P., C. A.H

AG., M. S. c/ J. V., L. s/ divorcio vincular

CSJN en los fallos G.1961 del 26/10/2010 y M.394 del 26/06/2012