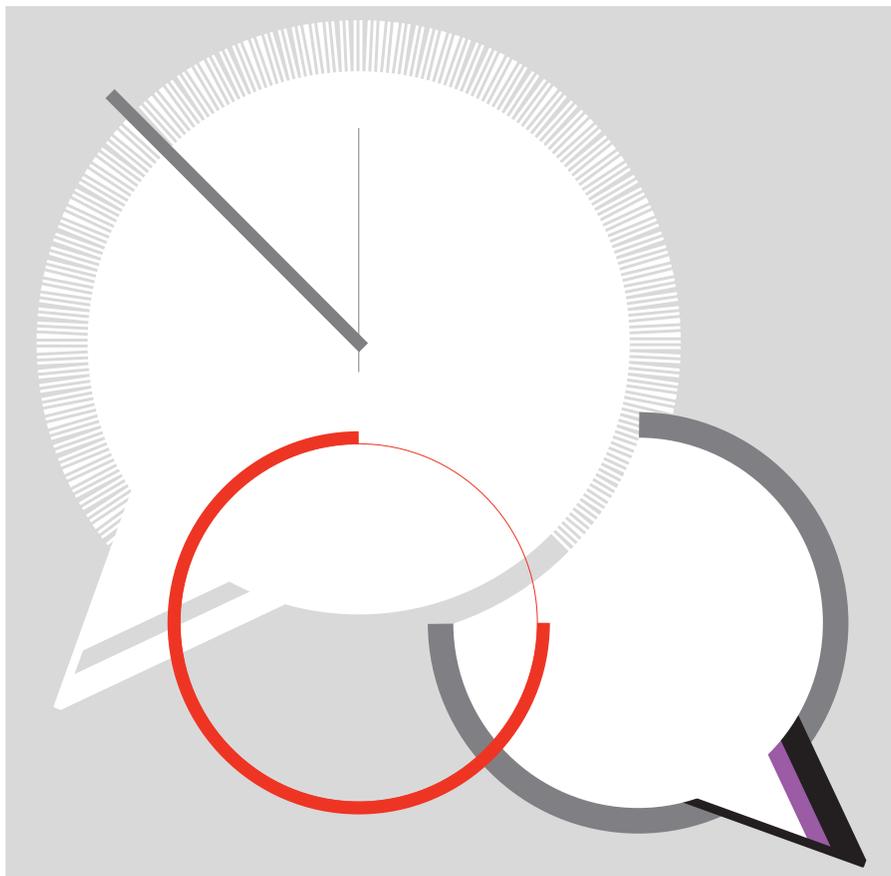


DIÁLOGO ABIERTO ACERCA DEL ESTADO DE IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY N° 26.061

Colección: De incapaces a sujetos de derechos

SIETE



Artículos seleccionados en el **II Concurso de Monografías inéditas** convocado por el Ministerio Público Tutelar de la Ciudad y otros escritos sobre el sistema de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes

**DIÁLOGO ABIERTO ACERCA DEL ESTADO
DE IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY Nº 26.061**

DIÁLOGO ABIERTO ACERCA DEL ESTADO DE IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY Nº 26.061

Colección: De incapaces a sujetos de derechos

SIETE

Artículos seleccionados en el **II Concurso de Monografías inéditas** convocado por el Ministerio Público Tutelar de la Ciudad y otros escritos sobre el sistema de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes



Ministerio Público Tutelar
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



Diálogo abierto : acerca del estado de implementación de la ley 26.061 de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes / coordinado por Ernesto Blanck. - 1a ed. - Buenos Aires : Eudeba, 2011.
240 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-950-23-1885-1

1. Derecho. I. Blanck, Ernesto, coord
CDD 340

© Asesoría General Tutelar
de la Ciudad de Buenos Aires, 2011

Coordinación General: Ernesto Blanck
Coordinación operativa y edición: María Laura Anzorena
Diseño editorial: Lisandro Aldegani y Mariana Piuma
Realización Gráfica: Eudeba

Impreso en Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

Se autoriza la reproducción del contenido de la presente publicación siempre que se cite la fuente.

› **Asesoría General Tutelar**

Asesora General Tutelar

Dra. Laura Cristina Musa

Secretaría General de Coordinación Administrativa

Dr. Rodolfo Medina

Secretaría General de Gestión

Dr. Ernesto Blanck (interino)

Secretaría General de Política Institucional

Dr. Ernesto Blanck

› **Asesorías Generales Adjuntas**

Asesora General Tutelar Adjunta de Incapaces

Dra. Magdalena Giavarino

Asesora General Tutelar Adjunta de Menores

Dra. María de los Ángeles Baliero de Burundarena

› **Asesorías ante el Fuero CAyT**

Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones

Dr. Gustavo Moreno

Asesor Tutelar de Primera Instancia Nº 1

Mabel López Oliva (interina)

Asesor Tutelar de Primera Instancia Nº 2

Dr. Juan Carlos Toselli

Asesor Tutelar de Primera Instancia Nº 3

Dr. Jorge Luís Bullorini

› **Asesorías ante el Fuero PCyF**

Asesor Tutelar de primera instancia Nº 1

Dr. Carlos Bigalli

› **Oficinas por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia**

La Boca - Barracas

Av. Alte. Brown 1250. Tel. 4302-1621

Villa Soldati - Nueva Pompeya

Av. Varela 3301. Tel. 4919-5908

Mataderos - Liniers

Cnel. Cárdenas 2707 / 15. Tel. 2053-9702



ÍNDICE

- 9 PRESENTACIÓN. **LAURA C. MUSA**
- 15 **PRIMERA PARTE.** ARTÍCULOS SELECCIONADOS EN EL II CONCURSO DE MONOGRAFÍAS INÉDITAS: OBSTÁCULOS Y DESAFÍOS PARA LA PLENA VIGENCIA DE LA LEY NACIONAL Nº 26.061
- 17 TEORÍA Y REALIDAD DE LA MEDIDA EXCEPCIONAL DE SEPARACIÓN FAMILIAR EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. EL ROL DEL ASESOR DE MENORES Y DEL ABOGADO DE CONFIANZA PARA ACORTAR LA BRECHA ENTRE LA NORMA Y SU APLICACIÓN. **LAURA RODRÍGUEZ Y ÁNGELA FERNÁNDEZ**
- 49 ATENCIÓN EN SALUD MENTAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ALOJADOS EN “HOGARES” (ONGs) EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. PROBLEMÁTICAS COMPLEJAS E INTERVENCIONES POSIBLES A PARTIR DE LA ARTICULACIÓN INTERSECTORIAL. **ALEJANDRO MICHALEWICZ**
- 69 EL ABOGADO DEL NIÑO Y UNA NECESARIA REFORMULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. **MARTÍN A. FELLER**
- 91 MEDIACIÓN PENAL JUVENIL. UNA PROPUESTA PARA LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. **ROXANA E. SILVA**
- 119 EL DERECHO A SER OÍDOS Y LA CUESTIÓN DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL. **SILVINA L. NOVELLA**
- 139 EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A NO SER INSTITUCIONALIZADOS: LA PRÁCTICA NO INSTITUCIONALIZADA DE UN DERECHO. **CECILIA LAINO Y GABRIELA LAINO**
- 147 LA LEY Nº 26.061, EN ALGUNAS PROVINCIAS DONDE TODAVÍA EXISTE LA CONCEPCIÓN DEL MENOR ¿ES LETRA MUERTA? **MARÍA MÓNICA MOLOUNY**

- 163 **SEGUNDA PARTE.** TRABAJOS SELECCIONADOS DEL CURSO DE ACTUALIZACIÓN ONLINE: *NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y SALUD MENTAL* (JUNIO Y OCTUBRE DE 2011)
- 165 EL MODELO DE INTERVENCIÓN PENAL JUVENIL EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA. NECESIDAD DE SU REFORMA. **MARCOS J. AGUERRIDO**
- 181 EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA EN EL CUMPLIMIENTO DE DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES. NUEVO ROL DEL PODER JUDICIAL Y DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO. **CYNTHIA C. BISTOLFI**
- 191 EL DERECHO A LA CONVIVENCIA FAMILIAR Y LAS NECESARIAS POLÍTICAS PÚBLICAS TENDIENTES A CUMPLIMENTARLO. ESTADO DE SITUACIÓN EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA. **MARÍA ANAHÍ BRARDA**
- 203 EL ACCESO AL DEBIDO PROCESO LEGAL Y LA FIGURA DEL ABOGADO DEL NIÑO. REFLEXIÓN A PARTIR DE UN CASO EN LA PROVINCIA DE MISIONES. **MARIO A. FIORAVANTE**
- 219 EL ROL DE LA DEFENSA PÚBLICA EN LAS INTERNACIONES INVOLUNTARIAS EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA. LA ETAPA PREJURISDICCIONAL Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. **ALFREDO J. BROUWER DE KONING**

PRESENTACIÓN

En materia de derechos humanos, una real incidencia en la vida de las personas de las reformas legislativas requiere que los responsables y efectores de las políticas públicas revisen a conciencia y con ánimos de transformación las propias prácticas institucionales, y propugnen por adecuarlas a la normativa vigente. La plena aplicación de las Leyes Nacionales 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y 26.657 de Salud Mental, debe convocarnos e interpelarnos especialmente a los integrantes del sistema de justicia en tanto que durante décadas las instituciones de las que formamos parte cumplieron funciones nodales dentro del paradigma que hoy el Estado de Derecho nos obliga a dejar atrás.

Sobre la base de este punto de acuerdo, el Ministerio Público Tutelar ha construido relaciones de cooperación con diferentes organismos con competencia en materia de infancia y salud mental del país, a fin de dar impulso a la realización de actividades que abran canales de diálogo, reflexión e intercambio de experiencias e inquietudes entre operadores jurídicos y sociales de distintas regiones del país.

La realización de jornadas interprovinciales; el dictado de cursos de actualización *online*; la convocatoria a concursos de monografías inéditas sobre la temática; la ampliación y consolidación de mecanismos de intercambio de información son algunas de las iniciativas impulsadas, cuya fecundidad se pone de manifiesto, por una parte, en el caudal de personas que participaron y respondieron con interés y, por otra, en la consolidación de las relaciones entre aquellos actores e instituciones que co-organizaron o colaboraron activamente en su organización.

Diálogo abierto acerca del estado de implementación de la Ley 26.061 compila un conjunto de trabajos monográficos producidos en el marco de estas iniciativas. El antecedente de este recorrido, sin dudas, lo constituye una primera experiencia que se plasmó en el libro *Redefiniendo el Rol del Asesor de Menores*. Recordemos que en el año 2009 la Ciudad de Buenos Aires fue sede de las *XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos de la República Argentina*, lo que nos dio la posibilidad de oficiar de anfitriones –junto al Ministerio Públi-

co Fiscal de la Ciudad y a la Defensoría General de la Nación – del encuentro que cada año es convocado por el Consejo de Procuradores, Fiscales, Defensores y Asesores Generales. En aquella oportunidad la convocatoria invitaba a ensayar respuestas a la pregunta *¿Cómo hacer convivir institucionalmente la figura del Asesor de Menores e Incapaces con el nuevo ordenamiento jurídico de Protección Integral de Derechos?*, y los mejores resultados fueron difundidos en la mencionada publicación.

En esta oportunidad, los autores –procedentes de distintas provincias, instituciones y profesiones– abordan cuestiones vinculadas a este proceso de adecuación normativa e institucional en marcha en lo que refiere a los siguientes ejes temáticos:

- La institucionalización de niñas, niños y adolescentes como medida de último recurso. El control de las medidas y de las instituciones de albergue.
- Responsabilidad Penal Juvenil.
- El derecho del niño a ser oído y a contar con un abogado (Art. 27 de Ley 26.061).
- Exigibilidad de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- El acceso a la salud mental de niños, niñas y adolescentes.

La primera parte del libro agrupa los trabajos seleccionados en el II Concurso de Monografías Inéditas *Obstáculos y Desafíos para la plena vigencia de la Ley Nacional 26.061*, convocado durante el 2011. Vale aclarar que la selección de los mismos estuvo a cargo de un comité evaluador conformado por magistrados y funcionarios con una trayectoria destacada en la defensa de los derechos humanos que con generosidad trabajaron en el proceso de evaluación. A la Dra. Rita Custet Llambi, Defensora General de la Provincia de Río Negro, el Dr. Julián Axat, Defensor Penal Juvenil de La Plata, Provincia de Buenos Aires, la Dra. Martha Altabe de Lertora, Secretaria Letrada de la Fiscalía General de la Provincia de Corrientes, y la Dra. Ana Peracca, Secretaria Relatora de la Procuración General de la Provincia de Catamarca agradecemos la forma desinteresada con que aceptaron la invitación y la responsabilidad con que desarrollaron las devoluciones.

Los artículos ganadores abordan temas muy diversos. Laura Rodríguez y Ángela Fernández reflexionan –a partir de la experiencia recogida y sistematizada como abogadas de niños y niñas– sobre “la teoría y la realidad” de las

medidas de protección excepcional de derechos, focalizándose en las diferencias específicas del rol del asesor de menores y del abogado de confianza. También en torno a la figura del abogado del niño y el derecho a ser oído, Martín Feller escribe sobre la necesaria reformulación del Código Civil a la luz de la nueva normativa, mientras que Silvina Novella se detiene específicamente en la noción de “representación” y sus implicancias. La cuestión de la institucionalización de niños es abordado por Cecilia y Gabriela Laino, y también por Alejandro Michalewicz quien concretamente indaga acerca de la accesibilidad a la atención en salud mental de los niños, niñas y adolescentes alojados en “hogares” de la Ciudad de Buenos Aires. Roxana Silva desarrolla en su trabajo una propuesta de sistema de mediación penal juvenil. Por último, Mónica Molouny realiza un esbozo de las políticas públicas de infancia en su provincia y señala la necesidad de dar impulso a las reformas legislativas en aquellas jurisdicciones en las que aún rige el sistema de patronato.

La segunda parte del libro, recoge trabajos destacados en el marco de los *cursos de actualización Niñez, Adolescencia y Salud Mental*, dictados en los meses de agosto y octubre de 2011, de los que participaron más de cien profesionales de distintas provincias. La modalidad *online* permitió saldar las distancias geográficas y facilitar el acceso a los materiales de estudio que forman parte de una biblioteca virtual actualizada así como la reciprocidad en el envío de información novedosa entre los colegas.

Los cursos contaron con el aval del Centro de Formación Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA), la Carrera de Ciencia Políticas de la Facultad de Ciencias Sociales - UBA, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y la Fundación Sur Argentina; y para el desarrollo de cada uno de los cuatro módulos participaron expertos en las temáticas abordadas: el Lic. Leonardo Gorbacz, autor de la Ley Nacional 26.657; el Dr. Gustavo Maurino, Co- director de ACIJ, y el Dr. Emilio García Méndez, presidente de la Fundación Sur Argentina.

Los trabajos publicados, presentados al cierre de la capacitación, fueron seleccionados por el nivel técnico-jurídico de los abordajes y por poner de relieve los problemas específicos que enfrentan en distintas jurisdicciones de país.

Dos de ellos realizan un análisis de la modalidad de intervención del sistema de justicia en la provincia de La Pampa. Mientras Marcos Aguerri aborda el modelo de intervención penal juvenil, Anahí Brada se detiene en el derecho a la convivencia familiar. Ambos autores resaltan la necesidad de dar cumplimiento a las exigencias que plantea la legislación nacional de protección inte-

gral de derechos y avanzar hacia la reforma legislativa a nivel local. El trabajo de Cynthia Bistolfi presenta un análisis de un caso exitoso de exigencia judicial del cumplimiento del derecho a la vivienda en la Provincia de Río Negro, que sirve de claro ejemplo de la función que le cabe actualmente a Asesores y Defensores en materia de protección de derechos sociales. Por su parte, a partir de un caso en la provincia de Misiones, la monografía de Mario Fioravante realiza un recorrido sobre la normativa que garantiza el derecho de los niños y niñas a contar con un abogado –como figura por completo diferente al Defensor / Asesor de Menores o el Tutor o Curador ad litem– que necesariamente interpelará a los lectores, en tanto que contar con patrocinio jurídico es una garantía mínima de debido proceso cuya sistemática vulneración en el caso de las personas menores de edad no debe ser naturalizada, y requiere del impulso de acciones de incidencia que lo hagan efectivo. Por último, la intervención de la justicia en las internaciones involuntarias con motivo de salud mental, y la necesidad de adecuar los procedimientos a nueva legislación nacional es el tema elegido para el trabajo que aborda el caso de la provincia de Córdoba, elaborado por Alfredo Brouwer de Koning.

Para terminar, y dar lugar a la lectura de los trabajos presentados, no quisiera dejar de señalar la importancia que han tenido las jornadas de intercambio con Defensores y Asesores de distintas provincias del país, en el marco del necesario debate en torno de la redefinición de las funciones y modalidades de trabajo.

Durante el año 2011 se co-organizaron encuentros en las provincias de Chaco, Corrientes, Santa Cruz y Catamarca, junto a las cabezas de los Ministerios Públicos, al tiempo que tuve el gusto de ser invitada por el Colegio Público de Abogados y Procuradores de la Provincia de Salta a disertar sobre la figura del Abogado del Niño en ocasión de la realización de las XXIV Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos realizado este año en dicha provincia.

A cada uno de estos encuentros asistieron funcionarios de esta Asesoría General Tutelar quienes compartieron paneles junto a colegas de la provincia anfitriona para disertar sobre los distintos temas de central importancia: las características principales de un sistema de protección integral y los diferentes roles y funciones de los organismos que lo integran; la experiencia del proceso de implementación de este sistema en distintas provincias del país; las particularidades de las medidas administrativas de protección excepcional y el rol que ante ellas asume el poder judicial; la necesidad de dar impulso a una ley de responsabilidad penal juvenil; el control de internación de niños, niñas y ado-

lescentes afectados en su salud mental, las acciones de exigibilidad de los derechos sociales.

Además de integrantes de los Ministerios Públicos, en la mayoría de los casos asistieron jueces, funcionarios y profesionales del poder ejecutivo local, y legisladores cuyos aportes y miradas resultaron especialmente ricos, sobre todo en las provincias que, como Catamarca o Chaco, hoy transitan un proceso de revisión de la legislación provincial en materia de protección integral de derechos de la infancia.

El éxito de estos encuentros hay que buscarlos en el compromiso de los Dres Jorge Canteros, Procurador del Chaco; Domingo Fernández, Defensor General de Santa Cruz; Enrique Lilljedhal, Procurador General de Catamarca; César Sotelo, Fiscal General de Corrientes; Claudio Aguirre, Procurador General de la Provincia de Formosa y sus respectivos equipos de trabajo, tanto al momento de diseño y organización de las actividades como durante su desarrollo.

En lo que a este Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires respecta, esperamos que estos hayan sido los primeros pasos de un esquema de trabajo compartido.

Todas estas experiencias resultaron de real importancia para mejorar las herramientas técnicas de nuestra labor cotidiana, en tanto siempre dejan por saldo la apertura de diálogos e intercambio de jurisprudencia, legislación, y en general información sobre acciones innovadoras desarrolladas en distintos lugares del país que puedan servir de incentivo y ejemplo para seguir trabajando en la búsqueda de estrategias institucionales novedosas que redunden en mayor cumplimiento de derechos.

Laura Musa

Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires
Diciembre 2011

PRIMERA PARTE

ARTÍCULOS SELECCIONADOS EN EL II CONCURSO
DE MONOGRAFÍAS INÉDITAS: OBSTÁCULOS Y DESAFÍOS
PARA LA PLENA VIGENCIA DE LA LEY NACIONAL N.º 26.061

TEORÍA Y REALIDAD DE LA MEDIDA EXCEPCIONAL DE SEPARACIÓN FAMILIAR EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

EL ROL DEL ASESOR DE MENORES Y DEL ABOGADO DE CONFIANZA
PARA ACORTAR LA BRECHA ENTRE LA NORMA Y SU APLICACIÓN

LAURA RODRÍGUEZ¹ Y ÁNGELA FERNÁNDEZ²

La Convención no es solo una Carta Magna de los derechos humanos de la infancia-adolescencia; es además la base jurídica concreta para refundar un concepto de ciudadanía más acorde con los tiempos.

Emilio García Méndez - Infancia, Ley y Democracia: Una cuestión de justicia

1. DERECHO Y REALIDAD

A partir de la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN)³ y con la sanción de la Ley Nº 26.061 se produjo un cambio paradigmático en el vínculo entre el Estado y la familia, y se instaló una nueva relación entre el derecho y los niños y adolescentes.

En este nuevo escenario normativo se les ha reconocido a estos últimos como derecho humano fundamental "el derecho a vivir y/o permanecer en su familia de origen" y la obligación estatal de asistirle para cumplir su rol.

Esta obligación de establecer medidas de protección de derechos a favor de los niños y sus familias, previo a la sanción de la Ley Nº 26.061 estaba ya consagrada en la normativa internacional con jerarquía constitucional, a través

¹ Abogada, especialista en derechos del niño (Posgrado UBA).

² Abogada (UBA)

³ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la Nación como Ley Nº 23.849 el 27 de septiembre, promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990 y con rango constitucional desde el año 1994 en virtud del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. En adelante CDN o Convención.

del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴ y los artículos 18, 19, 20 y 27 de la CDN⁵ –además los artículos 14 bis y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional–.

Sin perjuicio de lo cual hasta ese entonces la “protección de los menores” se había convertido en un tema marginal en la problemática del derecho de familia⁶, omitiéndose prestar atención a aquellos procedimientos que se referían a la adopción de medidas civiles de “protección” frente a situaciones de amenaza o vulneración de derechos. Medidas civiles de protección que –a través de la figura de la protección de persona y la ley de Patronato de Menores– resultaban vulneratorias de fundamentales derechos constitucionales de los niños y sus familias.

La Ley № 26.061 derogó expresamente la Ley de Patronato de Menores 10.093⁷ y la figura de la protección de personas –ambas basadas en la consideración del niño como un objeto de tutela–, al tiempo que creó un Sistema de Protección Integral de Derechos, conformado por organismos, entidades y servicios que planifican y ejecutan políticas públicas para la infancia. Conformó los

4 “19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

5 “18. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”.

“19. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Las medidas de protección deberán comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

“20. 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado... 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

6 Cf. Herrera, M.: *¿El paradigma de la estigmatización en sede civil? Una mirada crítica sobre el proceso de “protección de persona”*, en la página web de la Fundación Retoño: <http://www.fundacionretoño.org.ar/contenidos/articulos/juris4.doc>, consultada en diciembre de 2005.

7 Idem. La “protección de persona” ha proliferado a partir del dictado de dos Acordadas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la № 837 de fecha 11 de diciembre de 1987 y la №. 869 de fecha 13 de marzo de 1991. En forma sintética, ambas normativas dispusieron la obligatoriedad para responsables del área de la salud, de denunciar ante el Asesor de Menores e Incapaces –actuales Defensores–, toda situación donde se encontraran involucradas personas menores de edad “en riesgo” –práctica que, sin ningún aval normativo, se extendió a los ámbitos educativos–.

órganos locales de protección, de los cuales emanan las medidas de protección integral de derechos⁸.

Mediante la ley citada se creó un sistema en el que se articulan medidas de protección de derechos en general y medidas de protección excepcional de dichos derechos. Estas últimas, en teoría, son subsidiarias y excepcionales en cuanto a su aplicación y puesta en marcha, pero muchas veces se transforman en la regla de un sistema de protección desvirtuado por la incorrecta interpretación y aplicación de sus fines y objetivos.

Una mirada crítica sobre la teoría y la realidad de la medida excepcional de separación del medio familiar en la Ciudad de Buenos Aires forma parte del análisis de este texto que intenta reforzar la idea rectora de la Ley Nº 26.061, esto es, la conformación de un sistema de protección integral que garantice a los niños el acceso a políticas públicas y, por ende, evite la judicialización e institucionalización de la pobreza.⁹

En esta línea argumental se desarrolla el rol del asesor de menores y del abogado del niño como límite a estas intervenciones arbitrarias y garante del cumplimiento irrestricto del debido proceso legal para la procedencia de la medida excepcional, garantizando de este modo el derecho de los niños a vivir con su familia de origen.

2. DERECHO A VIVIR Y/O PERMANECER EN LA FAMILIA DE ORIGEN COMO DERECHO HUMANO Y OBLIGACIÓN ESTATAL DE ASISTIR A LA FAMILIA PARA QUE PUEDA CUMPLIR SU ROL

El desarrollo de los derechos sociales, su impronta protectora y la exigibilidad y el respeto acordado internacionalmente por los diferentes Estados tornó al “derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen” en una prerrogativa individual y una obligación estadual. Ésta posee una impronta inclusiva y contenedora que considera a la familia “como el elemento natural y fundamental

8 Estas Medidas de Protección Integral tienen por objeto garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos de los niñas, niños y adolescentes, reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los cuales la Nación sea parte.

9 Ley Nº 26.061, art. 32.— Conformación. El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional

de la sociedad”, donde se erigen principios, derechos y garantías que aseguran al niño, niña y/o adolescente la obtención de una buena calidad de vida¹⁰.

Para ello, “vivir y/o permanecer en familia” resulta indispensable y revalorizado a la luz de la denominada doctrina internacional de los derechos humanos.¹¹

La Ley № 26.061 no ha hecho más que ajustar al plano normativo todos aquellos atributos y características que individualizan y distinguen al niño, niña o adolescente y lo insertan en sociedad con una identidad propia, única e irremplazable que adquiere relevancia. La mencionada ley también le impone al Estado¹² la obligación de garantizar a los niños, las niñas y los adolescentes todos aquellos derechos humanos fundamentales que le corresponden por su sola existencia como verdadero sujeto de derechos.

Sin embargo, la práctica indica que la actividad estatal respecto al resguardo de los derechos de los niños se convierte muchas veces en un fin en sí mismo más que en un medio provisorio¹³ de ayuda para los niños en problemas.

Por tales razones, se recurre a la medida considerada más rápida, ágil y menos dificultosa, pero también a las más vulneratoria de derechos fundamentales. Esto es, la institucionalización del niño y su desprendimiento de la familia de origen, con la consiguiente afectación a su derecho humano fundamental de “vivir y/o desarrollarse en familia”.

3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL

Con el cambio de la consideración del niño como objeto de tutela-represión a sujeto de derechos y con el objetivo de reconocerlo como verdadero ciudadano¹⁴ se instala este nuevo modelo de Protección Integral de Derechos sobre cuya base se asientan las políticas públicas universales o de acceso masivo.

10 Ley № 26.061, art. 8.—Derecho a la vida. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida.

11 La Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 16, inc. 3: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, art. 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio (...) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”

12 Así el Estado como principal garante de esos derechos, a través de la Ley № 26.061, exige la implementación de políticas, planes y programas para la protección de dichos derechos, fijando los organismos administrativos y judiciales de control, junto con el procedimiento aplicable.

13 Y se olvida de que la Ley tiene como centro la implementación de políticas sociales tendientes al fortalecimiento del rol de la familia a fin de que sea ésta la institución que pueda efectivizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

14 Cf. Baratta, A. (1998): “Infancia y democracia”, en García Méndez, Emilio y Beloff, M. (comps.): *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis/ Depalma, Bogotá, pp. 31/57.

Dentro del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires estas políticas públicas para la infancia tienen como órgano de articulación al Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes¹⁵, una entidad especializada que tiene a su cargo la promoción y protección integral de dichos derechos.

La práctica nos demuestra que estas políticas públicas –en su gran mayoría– no son implementadas, o lo son en forma aparente y de modo deficiente. Estas intervenciones están asociadas a una vieja idea heredada del Patronato que considera al niño como un mero objeto de protección/represión y a su familia como peligrosa. Ello desvirtúa la nueva arquitectura institucional creada a través de la Ley Nº 26.061¹⁶, cuyo esquema general ordena que las medidas de protección sean implementadas ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varios niños, niñas o adolescentes, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias.

Pero en ningún caso la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización¹⁷.

Asimismo, el artículo 35 de la Ley Nº 26.061 dispone: “Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares”.

No obstante, se suelen desconocer los preceptos contenidos en la Ley de Protección Integral de Derechos y se continúa sosteniendo, en sintonía con el mo-

15 Órgano creado en 1998, a través de la Ley 114.

16 Exige la implementación de políticas, planes y programas tendientes a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de todos los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, sin distinción alguna, y en un plano de absoluta igualdad, garantizando el efectivo goce de esos derechos en el contexto de su familia de origen.

17 Ley Nº 26.061, art. 33. Medidas de protección integral de derechos. Son aquéllas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias.

La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente.

La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.

delo del Patronato derogado, que los problemas para asumir la crianza de los niños e incluso las dificultades económicas llevan como condición sine qua non la institucionalización y consiguiente vulneración del derecho a la identidad. Para agravar más las vulneraciones de derechos, en muchos casos, se descarta de plano –sobre la base de apreciaciones prejuiciosas– la posibilidad de que los niños permanezcan temporariamente con su familia ampliada. De este modo, el sistema de protección integral se convierte en un sistema vacío de contenido, que escapa a sus fines garantistas.

No debemos olvidar que la Ley Nº 26.061 consagra la centralidad de políticas sociales en el fortalecimiento del rol de la familia, sea nuclear o ampliada. El Estado debe primero utilizar sus recursos para asistir a aquellas familias en riesgo, con el objeto de que puedan mantenerse unidas, proveyéndolas de un amplio espectro de servicios de ayuda¹⁸. En ese sentido se enmarcan las medidas administrativas de protección de derechos de los artículos 36 a 38 de la mencionada ley.

El artículo 36 establece expresamente que las medidas de protección en ningún caso podrán consistir en la privación de libertad –interpretándose privación de libertad de acuerdo al criterio establecido en el artículo 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad–, que el artículo 19 inciso c) tercer párrafo incorpora. Se culmina, así, con la privación de libertad, entendida como medida de protección y mencionada eufemísticamente como internación. No obstante, en la práctica, como ya fue dicho, ante la ausencia de una política pública de fortalecimiento familiar eficaz, se recurre a la institucionalización cuando los niños no pueden permanecer con su familia nuclear de origen, en vez de asistir a miembros de su familia ampliada para que asuman provisoriamente la crianza, convirtiéndose la institucionalización en una privación ilegal de la libertad.

Por su parte, el artículo 37 de la ley citada enuncia en forma no taxativa las medidas que deben adoptarse, comprobada la amenaza o violación de derechos. Estas son:

- a. aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;
- b. solicitud de becas de estudio o para jardines maternos o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
- c. asistencia integral a la embarazada;

18 Cf. Goldstein, J. (2000): "El porqué del régimen de familias sustitutas: ¿para quién y por cuanto tiempo?", en Beloff, M. (comp.); *Derecho, infancia y familia*, Gedisa, Barcelona, p. 134.

- d. inclusión de la niña, el niño, el adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;
- e. cuidado de la niña, el niño y el adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, el niño o el adolescente a través de un programa;
- f. tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, el niño o el adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;
- g. asistencia económica.

No obstante, en la práctica, conforme surge del análisis pormenorizado de la Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, se observa una ausencia de trabajo coordinado y transversal dirigido a garantizar a todo niño, niña y adolescente el acceso a los dispositivos de asistencia habitacional, de salud, educación y atención integral en general. Donde su verdadera implementación podría contribuir para el cumplimiento de los principios normativos de no institucionalización por pobreza y excepcionalidad y brevedad de las institucionalizaciones¹⁹.

Lo cierto es que estas medidas de protección culminan casi siempre con la imposición coactiva de la separación del niño de su grupo familiar y el consiguiente control judicial de legalidad, que muchas veces llega tarde y no logra remediar la pérdida de lazos familiares fundamentales sufrida por los niños en todo este proceso²⁰.

4. TEORÍA DE LA MEDIDA EXCEPCIONAL. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA Y PROCEDIMIENTO

A modo preliminar es necesario aclarar que la medida excepcional tuvo como finalidad reemplazar a la derogada protección de persona²¹. Por tales razones, la Ley Nº 26.061 establece la prohibición absoluta de separación de los niños de su familia por su situación de pobreza y establece límites precisos de

19 Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2010): *Las políticas públicas de infancia y salud mental. Un análisis en la Ciudad de Buenos Aires desde una perspectiva de derechos (2005-2010)*, Editorial Eudeba, p. 33.

20 Autos: M. M. S. c/ C.A sobre régimen de visitas – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil con competencia en Familia Nº 8

21 Cuyo eje rector fue la separación familiar de los niños más vulnerables socialmente –tomada como primera medida y hasta la mayoría de edad de las personas involucradas– al margen de todas las garantías constitucionales de los niños y sus familias.

procedencia y también límites precisos temporales, en sintonía con el estricto respeto del principio constitucional de legalidad, sumado al establecimiento de un debido proceso legal que supone el respeto riguroso de la defensa técnica de los niños y sus familias.

En este escenario, según el artículo 39 de la Ley Nº 26.061, las medidas excepcionales de protección serán adoptadas cuando el interés superior del niño exija no permanecer en su medio familiar.

El Decreto reglamentario 415/2005 establece que se entenderá que el interés superior del niño exige esta separación cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental del niño y/o cuando el mismo sea víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resulte posible la exclusión del agresor. Es decir, la reglamentación ha dispuesto criterios interpretativos para acotar un artículo que ha sido considerado de tipo abierto por cierto sector de la doctrina²².

Asimismo, la Ley Nº 26.061 establece pautas a seguir para el procedimiento de aplicación de las medidas excepcionales, es decir, contempla un debido proceso legal y prescribe: "Declarada procedente la medida excepcional, será la autoridad local de aplicación quien decide y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de 24 horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción. La autoridad competente de cada jurisdicción; en protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de 72 horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que esta implemente las medidas pertinentes".

Sin lugar a dudas, es la autoridad administrativa local la que adopta la medida y decide el procedimiento a seguir, decisión que es comunicada al juez para su control de legalidad. Como lógica consecuencia, aunque no comprendido de modo absoluto por el sistema de protección integral de derechos en la Ciudad, es la autoridad administrativa quien decide el egreso.

No obstante, se registraron supuestos en los que el Consejo de Derechos, luego de haber adoptado la medida, solicitó al Poder Judicial el egreso institucional. Éstos serán analizados en el presente trabajo²³.

22 Basset, U. (2005): "La inveterada costumbre de legislar inconstitucionalmente. El reciente ejemplo de la Ley Nº 26.061 y su decreto reglamentario", en *Revista ED*, 5 de mayo, página 1

23 JH N sobre control de legalidad, en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia con competencia en Familia Nº 88

Aunque la competencia administrativa para el dictado de tales medidas ha sido cuestionada por la doctrina²⁴, la delimitación de funciones previstas en el artículo 40 no es producto de caprichos o invenciones. En este orden de ideas, cuando el artículo 9 de la CDN (fuente directa de la norma antes citada) hace referencia a revisión judicial de la medida de separación del medio familiar, remite indefectiblemente a una decisión adoptada por un órgano administrativo distinto del que revisa, dado que de lo contrario la norma sería intangible²⁵.

Sin embargo, la ley no inhibe a los jueces de decidir guardas provisionarias de niños, niñas y adolescentes, fundándose para ello en las cautelares genéricas reguladas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y/o en las medidas cautelares protectorias de la Ley de Protección contra la Violencia Familiar. No obstante, en su aplicación deben atenderse por lo menos a cumplir con tres imperativos: primero, el interés superior del niño; segundo, el principio de no discriminación; tercero, la conciencia de que la protección de persona significó el principal instrumento mediante el cual el Estado ejerció la potestad tutelar en sede civil, lo que provocó la judicialización de las cuestiones sociales.

En este contexto, la Ley Nº 26.061 establece a la administración límites precisos para la procedencia de las medidas excepcionales. Límites precisos que también deberán ser acatados por los jueces al discernir guardas provisionarias con sustento en las normas procesales y/o en las leyes de violencia familiar. Cuando no se respetan estos límites, la intervención judicial se convierte en una forma de burlar la excepcionalidad y provisoriedad de la medida excepcional.

5. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA MEDIDA EXCEPCIONAL

El Decreto reglamentario 415 reduce los márgenes de discrecionalidad y ambigüedad en la aplicación del principio rector del interés superior y dispone que la medida solo podrá adoptarse ante circunstancias graves que causen perjuicio a la salud física o psíquica del niño, o cuando el mismo fuera víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare procedente la exclusión del hogar de aquella persona que causare el daño. En igual perspectiva, el citado decreto reglamentario procura cesar las frecuentes prácticas

24 Zononi, E.: "El Patronato del estado y la reciente Ley Nº 26.061", LL, 2005-F, 923; Belluscio, A.: "Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la Ley Nº 26.061", LL, 2006-B-701

25 Lerner, G.: "La redefinición de las funciones de los órganos administrativos y judiciales de protección de derechos de los niños por la Ley Nº 26.061", en *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia* Nº 35, p. 43.

revictimizantes en las que sin implementarse medidas eficientes para la exclusión del agresor se separaba al niño de su medio familiar²⁶.

Asimismo, el artículo 40 de la Ley Nº 26.061 prescribe que solo serán procedentes las medidas excepcionales cuando previamente se hayan implementado las medidas de protección integral de derechos, contempladas en el artículo 37. Tal artículo ha sido objeto de severas críticas por parte de la jurisprudencia, al punto de haberse declarado su inconstitucionalidad bajo el argumento de que ante la urgencia de proteger a un niño no puede quedar supeditada la actividad del juez a un previo agotamiento de medidas administrativas²⁷.

Creemos que comprobada la urgencia e imposibilidad de agotar las medidas de protección integral podrá adoptarse la medida excepcional en primer término, la cual deberá ser acompañada de las medidas integrales. Es decir, ante la imposibilidad de agotar las medidas integrales, éstas y las excepcionales serán adoptadas simultáneamente. Pero aquí cobra trascendencia la implementación inmediata de medidas de protección integral eficaces y sostenidas tendientes a lograr el regreso familiar²⁸.

En este sentido, la resolución 1234/06 de la Defensoría General de la Nación ha recomendado que salvo supuestos muy graves, urgentes y que no admitan ninguna dilación, se opere un exceso funcional en la judicatura cuando las llamadas medidas excepcionales se dicten de entrada, prescindiendo de las medidas de protección integral.

Es decir, solo en casos muy graves y urgentes –debidamente probados– se podrá invertir el orden legal de prelación de las medidas integrales sobre las excepcionales.

Ahora bien, según tajantes disposiciones de la Ley 26.061, en su artículo 41 inciso f), ante la inexistencia o ineficacia de una política pública de fortalecimiento familiar no se podrá recurrir como *solución* compensatoria a las medidas excepcionales.

Continuando con el artículo 41 de la ley, la medida excepcional se efectivizará en la familia ampliada del niño. Solo en forma excepcional, subsidiaria y por el lapso más breve posible puede recurrirse a una forma convivencial alternati-

26 Ídem, p. 39.

27 Juzgado Nacional Civil N° 92, de fecha 6 de junio de 2006, "AC s/ proteccion especial"

28 Al respecto, coincidimos con Kielmanovich en que no parece acertado que una medida urgente como las excepcionales deba quedar condicionada a que con anterioridad se hayan efectivizado las medidas de los artículos 33 y 37, lo cual conspiraría con la celeridad y efectividad de los derechos que se pretenden asegurar en la ley. No se duda de que el legislador ha querido establecer que estas medidas excepcionales deban intentarse como último recurso, mas hubiera bastado con establecer que deberán adoptarse previamente las medidas de protección integral salvo casos de urgencia, debidamente acreditados.

va a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de los niños, niñas y adolescentes a su medio familiar o comunitario.

De modo inexorable, la medida excepcional deberá interpretarse junto con el artículo 27 de la Ley N° 26.061, que garantiza al niño su calidad de parte en todo proceso administrativo o judicial que lo afecte. Es que una medida que puede resultar tan afectatoria de derechos fundamentales, como es la de separar a un niño de sus progenitores, solo podrá adoptarse cumpliendo con el debido proceso legal²⁹.

6. CONTROL DE LEGALIDAD DE LA MEDIDA EXCEPCIONAL DE SEPARACIÓN DEL MEDIO FAMILIAR

En este contexto, el juez efectuará el control de legalidad de la medida adoptada. Es decir, deberá verificar que se hayan agotado las medidas de protección integral de derechos, o que se haya acreditado la imposibilidad de agotarlas atento a la gravedad y urgencia; que se haya garantizado el derecho de defensa material y técnica del niño y se haya agotado la posibilidad de permanencia del niño con su familia ampliada.

Para realizar tal control de legalidad, el juez deberá citar a los padres a fin de oírlos y permitirles producir pruebas, según los expresos imperativos del artículo 40. Aunque no surja expresamente del artículo en análisis, el juez también deberá oír al niño, representado por su abogado de confianza. Al respecto, es obligación del juez sentenciar según el interés superior del niño, siendo una guía para determinarlo su derecho a ser oído. Por otra parte, la eficacia del derecho a ser oído dependerá en gran medida de la presencia del abogado de confianza que preste sus conocimientos técnicos para avalar la postura de la persona menor de edad. De este modo, la defensa técnica contribuirá a que las manifestaciones del niño no adquieran cualquier sentido para el intérprete, sino solo aquel tendiente a la irrestricta defensa de sus intereses particulares.

Algunos autores han querido ampliar el alcance de este control de legalidad alegando que se trata también de un control³⁰ de admisibilidad y conveniencia³¹.

29 Lerner, G.: op. cit., p.37.

30 Gil Domínguez, Fama y Herrera sostienen que el juez está facultado constitucionalmente para realizar el control sobre la idoneidad de las medidas adoptadas. Gil Domínguez, A.; Fama, M. y Herrera, M. (2007): *Las medidas excepcionales previstas en la Ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, La Ley, p. 6

31 Kielmanovich, J., op. cit., p. 994.

En esta línea se propone que en caso de declarar la ilegalidad o inadmisibilidad, el órgano judicial deberá establecer las medidas a seguir y derivar el caso a la autoridad administrativa para que las implemente³².

De modo contrario entendemos que si se declarase la ilegalidad de la medida el juez deberá derivar el caso al órgano administrativo para que sea este último quien adopte una nueva medida conforme a derecho.

Ahora bien, en caso de haber declarado legal la medida, el Poder Judicial, en su rol de contralor de ésta puede ordenar al poder administrador el cambio de estrategia de revinculación y restitución familiar si se demuestra su ineficacia.

Sin lugar a dudas, la administración se encontrará legitimada para apelar la declaración de ilegalidad. Pero queda sin respuesta en el ordenamiento jurídico si este recurso será concedido con efecto suspensivo o devolutivo. Tal cuestión deberá ser respondida conforme a pautas claras que definan quién ejercerá la custodia del niño en situaciones graves de violencia y ante desacuerdos entre el poder administrativo y el Judicial, relativos a la mejor forma de proteger los derechos de los niños. Entendemos que, aplicando analógicamente las pautas recursivas de las medidas cautelares, el recurso de apelación deberá ser concedido con efecto devolutivo.

Asimismo, la declaración de legalidad podrá ser apelada por el niño, sus padres, los miembros de su familia ampliada y por el asesor de menores.

Por su parte, la Ley № 26.061 dispone que las medidas excepcionales sean limitadas en el tiempo y solo puedan prolongarse mientras persistan las causas que les dieron origen. En sintonía, el Decreto reglamentario 415 establece el tiempo de duración de la medida excepcional en 90 días. Agrega que en aquellos casos en que persistan las causas que dieron origen a la medida excepcional y sea necesaria una prórroga temporal, ésta no podrá exceder los 90 días, deberá ser jurídicamente fundada y notificada a todas las partes. Es de destacar que la ley establece que las medidas excepcionales podrán ser prorrogadas por un término de 90 días, mas no aclara cuántas veces podrán serlo, lo cual podría llegar a originar las prórrogas indefinidas que precisamente se pretenden evitar. Éstas se han registrado en la práctica cotidiana y de ellas se dará cuenta a la largo de este trabajo.

De modo evidente, la prórroga de la medida excepcional deberá estar sujeta a control de legalidad, dados los derechos constitucionales en juego. Además de verificar la subsistencia de las causas que dieron origen a la medida, el juez deberá indagar sobre la aplicación de medidas de protección integral de

32 Ídem.

derechos. En caso de ser necesario, deberá ordenar que se sustituyan por otras más idóneas.

Entonces, de acuerdo con el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen, se deberá focalizar la intervención al reintegro del niño a su familia en su sentido amplio, según el artículo 7 del Decreto 415/06. Es decir, a los progenitores, a algún miembro de la familia ampliada o a un referente afectivo del niño³³.

A lo manifestado se suma el hecho de que le cabe al Poder Judicial supervisar la medida excepcional a cuyos fines le requerirá a la autoridad administrativa se le brinden los informes pertinentes. En este sentido, resulta clara la disposición del inciso c) del artículo 41 cuando dice: "Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo interviniente local competente y judicial interviniente. Tales controles periódicos permitirán verificar si las causas que le dieron origen a la medida han cesado o subsisten. En el primer caso, se deberá ordenar el inmediato cese de las mismas. En el segundo, se deberá redefinir la estrategia de vinculación familiar para posibilitar el pronto regreso de los niños a su medio familiar"³⁴. En los casos que no sea posible la restitución familiar se deberá analizar la posibilidad de declarar al niño en estado de adoptabilidad.

Pero aquí debemos ser muy cautos y advertir los supuestos en los cuales la adopción se entiende como una *solución compensatoria* ante el fracaso en la implementación de la medida excepcional por la ausencia de políticas públicas eficaces que evita la institucionalización prologada de niños, pero vulnera de modo grosero su derecho a la identidad y a la permanencia en su familia de origen.

En este marco argumental se suele enfatizar de modo falaz la oposición entre institucionalización y adopción, presentándose esta última como la solución mágica para evitar la primera. En realidad, la implementación oportuna de medidas de fortalecimiento garantiza al niño su permanencia familiar y evita la vulneración de su derecho a la identidad.

Por último, para armonizar el instituto de la adopción con el Paradigma de Protección Integral de Derechos que trae consigo la ley, se deberá respetar en este proceso el derecho de defensa material y técnica del niño y de su familia de origen.

7. LA MEDIDA EXCEPCIONAL EN LA REALIDAD

Lo cierto es que en la realidad la excepción se convierte en regla, la diada pobreza-institucionalización inciden en la dinámica familiar y las medidas excep-

33 Gil Domínguez, A.; Fama, M. y Herrera, M. (2007): op. cit., p. 4

34 Ídem, p. 7

cionales se convierten en un aparente remedio contra la pobreza que termina desmembrando a la familia, vulnerando groseramente el derecho a la identidad de los niños involucrados y despojando al poder administrador de su deber de asistir a la familia para que sea ésta la que pueda asumir la crianza de los niños.

A continuación se citan diversos supuestos de solo aparentes medidas excepcionales, vacías de contenido y dictadas en franca colisión con los principios rectores de la norma.

7.1. CUANDO LA MEDIDA EXCEPCIONAL ES DECIDIDA POR EL PODER JUDICIAL CORRE EL RIESGO DE DEJAR DE CONSTITUIR MEDIDA EXCEPCIONAL

Previo a la sanción de la Ley Nº 26.061, los niños, niñas y adolescentes, en especial los pertenecientes a los sectores más socialmente vulnerables, eran institucionalizados como consecuencia de decisiones jurisdiccionales, recurriendo como fundamento a normas procesales referidas a la protección de persona – artículos 234 y 237 del CPCCN³⁵.

Como consecuencia del cambio normativo, muchos niños se encontraban institucionalizados por decisión adoptada por el órgano judicial al momento de sancionarse la Ley Nº 26.061. Si bien no caben dudas que la ley se aplica a las situaciones jurídicas pendientes de resolución, en los términos del artículo 70 de la citada ley y el artículo 3 del Código Civil, estas disposiciones han sido absolutamente desconocidas por el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y no completamente comprendidas por el Poder Judicial.

35 Art. 234: PROCEDENCIA.- Podrá decretarse la guarda: 1. De mujer menor de edad que intentase contraer matrimonio, entrar en comunidad religiosa o ejercer determinada actividad contra la voluntad de sus padres o tutores. 2. De menores o incapaces que sean maltratados por sus padres, tutores, curadores o guardadores, o inducidos por ellos a actos ilícitos o deshonestos o expuestos a graves riesgos físicos o morales. 3. De menores o incapaces abandonados o sin representantes legales o cuando éstos estuvieren impedidos de ejercer sus funciones. 4. De los incapaces que estén en pleito con sus representantes legales, en el que se controvierta la patria potestad, tutela o curatela, o sus efectos.

Art. 235: JUEZ COMPETENTE.- La guarda será decretada por el juez del domicilio de la persona que haya de ser amparada, con intervención del asesor de menores e incapaces. Cuando existiese urgencia o circunstancias graves, se resolverá provisionalmente sin más trámite”.

Art. 236: PROCEDIMIENTO.- En los casos previstos en el artículo 234, incisos 2, 3, y 4, la petición podrá ser deducida por cualquier persona, y formulada verbalmente ante el asesor de menores e incapaces, en cuyo caso se labrará acta con las menciones pertinentes, la que será remitida al juzgado que corresponda”.

Art. 237: MEDIDAS COMPLEMENTARIAS.- Al disponer la medida, el juez ordenará que se entreguen a la persona a favor de quien ha sido ordenada, las ropas, útiles y muebles de su uso y profesión. Ordenará, asimismo, que se le provea de alimentos por el plazo de TREINTA (30) días, a cuyo vencimiento quedarán sin efecto si no se iniciare el juicio correspondiente. La suma será fijada prudencialmente por el juez, previa vista a quien deba pagarlos y sin otro trámite.”

En este sentido, el Dictamen 1.138 del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes sostiene que a dichos niños no se les aplica la medida excepcional de separación del medio familiar –contemplada en el artículo 39 de la Ley Nº 26.061–, marcando una clara vulneración del principio constitucional de igualdad, dejando a aquel grupo étnico –que mayor protección de sus derechos requiere por su situación de institucionalización prolongada– fuera del sistema de protección integral y consiguientemente ajeno al beneficio consecuente derivado de la implementación de políticas públicas de fortalecimiento y asistencia familiar y de las garantías del debido proceso legal que trae consigo la medida excepcional.

La aplicación jurisprudencial del citado dictamen ha sido plasmada de manera disímil.

Si bien algunos juzgados han derivado estos casos al órgano local de protección para que este adopte la medida excepcional, aplicando rigurosamente la Ley Nº 26.061 e ignorando el dictamen citado, tal proceder no ha sido mayoritario en los juzgados del fuero³⁶. Reviste gravedad el hecho de que en los casos en que se ha efectuado la derivación al Consejo de Derechos éste se ha negado a asumir sus funciones como órgano de protección³⁷.

7.2. MEDIDAS EXCEPCIONALES DICTADAS POR LA SITUACIÓN DE POBREZA DE LAS FAMILIAS INVOLUCRADAS Y SIN AGOTAR LA POLÍTICA PÚBLICA

El análisis jurisprudencial nos muestra cómo frente a la falta o la ineficiencia de políticas públicas de contención y asistencia familiar se recurre muchas veces a la medida excepcional.

Llegados a este punto es preciso manifestar que la implementación de este último recurso –extremo, transitorio y excepcional– en forma regular, y previo a agotar las instancias de políticas públicas previas, desequilibra gravemente la relación entre el derecho formal y la realidad, con el consecuente menoscabo del derecho de identidad de los niños involucrados.

En este marco, del análisis de casos surge que la pobreza continúa siendo causal de la separación familiar en sintonía con el derogado modelo tutelar.

Ello se desprende de que se suele justificar la medida excepcional con afirmaciones estigmatizantes tales como:

³⁶ Autos: G sobre protección de persona, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, con competencia en Familia Nº 81

³⁷ Ídem.

- Que una abuela no puede hacerse cargo de sus nietos porque es el único sostén de su familia y además tiene un hijo discapacitado. Por ende, es preferible que los niños sean institucionalizados³⁸.
- Que por no poseer una vivienda y vivir al lado de las vías del tren San Martín (encontrándose el padre enfermo y la madre con problemas psicológicos)³⁹ es necesario institucionalizar a dos hermanos.
- Que la madre ha demostrado dificultades para abocarse a los niños de manera adecuada y que el padre se encuentra desocupado y en situación de calle⁴⁰. En los citados autos del Cuerpo Médico Forense se ha dicho que “el padre tiende a adoptar un estilo pasivo, conformista, poco ambicioso respecto a su propia realidad –situación de calle– la cual acepta como natural”.

Tales afirmaciones resultan a todas luces arbitrarias y desvirtúan el verdadero sentido plasmado por la Ley Nº 26.061 porque las medidas excepcionales exigen la implementación de políticas, planes y programas que permitan a esa abuela, a ese padre y esos niños estar juntos, para evitar de este modo continuar judicializando la pobreza.

Cabe preguntarse qué hubiera pasado si las políticas públicas de asistencia y fortalecimiento familiar, hubieran dado:

- A la abuela un subsidio adecuado para hacerse cargo también de sus otros nietos.
- A esos padres sin vivienda y con problemas de salud, la inclusión en planes de vivienda y la asistencia médica necesaria para criar a sus hijos.
- A esa madre con dificultades la ayuda necesaria para aprender y mejorar su rol y al padre un estímulo suficiente de trabajo estable y vivienda para hacerse cargo de su familia.

38 Autos: A.E.Y y A.L.L. sobre control de legalidad – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil con competencia en Familia Nº 38

39 Autos: D. A y L. A sobre Protección especial – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil con Competencia en Familia Nº 23

40 Autos: R.L y R.A sobre Protección de persona – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil con Competencia en Familia Nº 23

Llegados a este punto es preciso afirmar que la regla es la implementación de políticas gubernamentales adecuadas para el desarrollo de la familia y solo como excepción y en casos extremos la institucionalización.

En este sentido es deber ineludible del Estado adoptar las medidas necesarias para ayudar a los padres y a otras personas responsables del niño a efectivizar el derecho a la convivencia familiar y, en caso necesario, proporcionar asistencia material y programas de apoyo, en los términos de los artículos 18, 19 y 27.3 de la CDN y 37 de la Ley Nº 26.061, siendo responsables por su omisión.

Pero la realidad muestra que en general todo el peso se pone en las dificultades y carencias materiales de las familias, desconociendo y ocultando las carencias estructurales del sistema que no cuenta con recursos para elaborar estrategias de permanencia familiar.

Afirmar que “la Defensoría zonal actuante intentó acordar estrategias previas con el entorno familiar conformado por madre, padre y abuela materna pero que resultó de gran complejidad –en el caso de la abuela– porque su domicilio está en la provincia de Buenos Aires”⁴¹ evidencia a todas luces la carencia estructural.

Estas menciones cualitativas muestran sin eufemismos que se continúa separando a los niños de sus familias por cuestiones de pobreza. Las mismas se corroboran con datos estadísticos de la Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires.

En este escenario, uno de los datos alarmantes, en tanto reproduce patrones propios del tutelarismo, es que la pobreza es la variable común y a veces el indicador exclusivo que motiva la implementación de las institucionalizaciones. En otros casos, la violencia, el abuso⁴², las adicciones y los problemas psiquiátricos se convierten en el síntoma emergente que justifica la institucionalización, cuando ellos se producen en el marco de familias pobres.⁴³

Independientemente de esta práctica, consistente en “confundir y asociar” pobreza con violencia, en forma lisa y llana, las carencias habitacionales representan un 38,1% de los casos de institucionalización. Esta última situación es un caso testigo de que, para algunos niños, el Gobierno de la Ciudad de Buenos

41 Autos: C.L sobre control de legalidad- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 85

42 Es sabido que el abuso y la violencia, así como las adicciones y los conflictos familiares trascienden a todas las clases sociales, sin embargo, sólo cuando estas problemáticas se producen en el escenario de familias pobres, se convierten en el antecedente ideal para la institucionalización de niños. En este escenario, la institucionalización aparece como la única oferta de abordaje para este universo de la población infantil.

43 Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2005/2010): op. cit., p. 51

Aires responde con la institucionalización de la pobreza en los mismos términos en que históricamente lo hizo el Patronato⁴⁴.

De la misma muestra se observa que, en más del 50% de los casos, la administración no justifica debidamente la institucionalización en tanto no da pautas de haber arbitrado otros mecanismos para restablecer el derecho vulnerado del niño⁴⁵.

7.3. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA

Sin dudas, dentro del marco de la Ley Nº 26.061 se exige adoptar medidas que cumplan con el debido proceso legal, asegurando la defensa material y técnica de los niños, sus padres y los miembros de la familia extensa.

Para ello, resulta necesario, por aplicación del artículo 40 de la Ley Nº 26.061, resolver la legalidad de la separación del medio familiar, con citación y audiencia de los representantes legales.

Asimismo debe garantizarse el derecho a la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes, conforme lo dispone el artículo 27 de la Ley Nº 26.061, debiendo el Estado asignarles de oficio un letrado que patrocine a todos aquellos niños que carezcan de recursos para contratar uno.

Sin embargo, al presente muchos niños permanecen institucionalizados sin que se respete su derecho de defensa técnica ni el de sus padres.

Al respecto la Asesoría General Tutelar ha manifestado que la experiencia de 2008 da cuenta de que la Ciudad corre el riesgo de reproducir en la práctica el modelo del patronato abolido normativamente. Ello se da pues en el universo de medidas de separación del medio familiar no se observa un procedimiento acorde con las garantías mínimas del debido proceso legal. Así, en el 36.5% de las causas no existen evidencias respecto del cumplimiento del derecho a ser oídos. Por otra parte, en la casi totalidad de los casos (96.6%) la medida no fue notificada ni al niño ni a su abogado.

De lo dicho se puede desprender que el Consejo de Derechos no concibe el mandato del artículo 27 de la Ley Nº 26.061 como un límite a sus propias actuaciones y como garantía del debido proceso. Ello por dos motivos: a) El Consejo no asigna abogados en todos los casos y decide discrecionalmente a quién y cuándo se garantiza el acceso a un abogado; b) El sistema al que apela el Consejo para asignar abogados, en los pocos casos que así lo decide, es cuestionable en tanto

44 Idem.

45 Ibidem, p. 52

se trata, como ya fue dicho, de servicios que financia el propio consejo a través de una terciarización que realiza con profesionales de organizaciones no gubernamentales. No parece muy auspiciosa esta modalidad de implementación del artículo 27, en tanto no es esperable que un profesional que depende financieramente del Consejo litigue libremente para cuestionar, en caso de ser necesario, el procedimiento o las medidas tomadas por su propio órgano financiador⁴⁶.

En otras palabras, el Consejo concibe la defensa técnica de niños como un servicio filantrópico en contraposición a una garantía del debido proceso legal irrenunciable e indispensable, a fin de dotar de legitimidad a la actuación del poder administrativo. Lo dicho adquiere sentido cuando muchos de estos abogados se desempeñan ad honorem, lo que genera inevitablemente sucesivas renunciaciones y el consiguiente debilitamiento de la estrategia de defensa.

Estos porcentajes empeoran en el periodo 2009. Respecto de la designación de abogado del niño en el marco de los procedimientos administrativos donde se dispone la institucionalización, la Asesoría General Tutelar requirió la debida designación de esta garantía en el 78% de los casos relativos a institucionalizaciones correspondientes al período 2009. Sin embargo, el Consejo lo concedió solo en un 8.2% de los casos⁴⁷.

En la totalidad de los casos en los que se ha reunido evidencia que confirma la designación del abogado en los términos del artículo 27 inciso c) de la Ley Nº 26.061 (12,2%) su nombramiento siempre tuvo lugar después del dictado de la medida especial o excepcional, cuando debió ser una garantía desde el inicio del proceso administrativo⁴⁸.

7.4. CUANDO LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES SE EFECTIVIZAN EN INSTITUTOS Y EXISTE FAMILIA AMPLIADA SE ESTÁ PRIVANDO ILEGALMENTE DE LA LIBERTAD A LOS NIÑOS

Un análisis pormenorizado de diferentes casos de institucionalización de niños, niñas y adolescentes nos muestra burdos intentos de borrar los vínculos afectivos mediante la adopción de una medida excepcional con la excusa de ser la única vía de reconocimiento y garantía de los derechos fundamenta-

46 Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2011): *Niñez, Adolescencia y Salud Mental en la Ciudad de Buenos Aires. Experiencias, avances y desafíos. Informe de gestión del Ministerio Público Tutelar*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, p. 56.

47 Ídem p. 51

48 Ibidem.

les de aquellos. Esto convierte a una práctica excepcional en un procedimiento usual que desnaturaliza el propio fin de resguardo y protección derivado de La Ley Nº 26.061.

Siguiendo algunos casos podemos hacer referencia a supuestos en los cuales se ha optado por la institucionalización cuando la familia ampliada solicitaba asumir la crianza provisoria de los niños.

Entre ellos hacemos mención:

- A la negativa del sistema de protección, frente a la ausencia de los padres, de permitir a dos niños vivir con su abuela, cuando ésta ha manifestado su voluntad y deseo de hacerse cargo de los niños ⁴⁹.
- La negativa de dar en guarda a un niño a su abuela que ha sido evaluada positivamente para hacerse cargo de él⁵⁰.
- La falta de búsqueda de familia ampliada de dos hermanitos que por estar sus padres en situación de calle se los institucionaliza como única solución posible⁵¹. Vale aclarar que la tía de los niños por su propio impulso fue la que se presentó en el juzgado solicitando su guarda pero no hubo ninguna acción del Consejo al respecto y fue el juzgado quien la otorgó.
- La negativa del órgano administrativo de permitir a una abuela criar a sus nietos, imponiendo una medida excepcional en un supuesto de violencia familiar en el marco de la familia nuclear⁵².

Los casos citados demuestran la evidente deficiencia en la implementación del sistema de protección integral y el abuso de implementación de medidas de excepción, los cuales, habiendo alternativas menos lesivas, se convierten en privaciones de la libertad prohibidas por la ley.

Al respecto, según tajantes disposiciones normativas, en los términos del artículo 41 de la citada ley, la adopción de una medida excepcional de protección que deriva en institucionalización debe efectivizarse solamente en aquellos supuestos donde ya se haya descartado la viabilidad –previa asistencia estatal, de ser necesario– de respetar el derecho humano fundamental del niño de per-

49 Autos: A.E.Y y A.L.L. sobre control de legalidad – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil con competencia en Familia Nº 38

50 C sobre control de legalidad – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 85.

51 Autos: D. A y L. A sobre Protección especial – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil con Competencia en Familia Nº 23

52 R F sobre protección de persona, Juzgado Nacional Civil con competencia en Familia Nº 84

manecer en su familia de origen, en este caso, ampliada y/o su referente afectivo más directo.

7.5. FALTA DE LA PRÓRROGA DE LA MEDIDA EXCEPCIONAL Y POR ENDE VULNERACIÓN DE LA PROVISORIEDAD Y DERECHO DE DEFENSA TÉCNICA

En el ámbito real, en muchos casos, los niños, niñas y adolescentes permanecen institucionalizados sin marco jurídico que lo avale, convirtiéndose su situación en un supuesto expresamente prohibido por el artículo 33 de la Ley Nº 26.061.

La ausencia de este marco contenedor nos permite ver el incumplimiento de sus funciones en el que incurre el órgano ejecutor, como responsable de la aplicación de medidas de protección que surgen de modo expreso de la Ley Nº 26.061. Esto deja a los niños en situación de absoluta indefensión, al desconocerse los fundamentos de la institucionalización y ante la existencia o inexistencia de estrategias de egreso institucional.

Así vemos como:

- Las niñas M y A, fueron albergadas en un instituto de manera excepcional, pero dicha medida no solo fue repetida en dos oportunidades –en noviembre de 2007 y en marzo de 2008– sino que la última vez permanecieron en el centro convivencial donde se encontraban albergadas sin medida de excepción debidamente dictada y fundada al respecto. Por tales razones, debió mediar una intimación de la asesora de menores, en sintonía con la resignificación de su función a la luz del nuevo paradigma, para dar un encuadre o marco jurídico a la situación que de hecho se había transformado en permanente y no fundada⁵³.
- Desde similar perspectiva, dada la falta de prórroga de la medida excepcional por el término de un año, la adolescente S S le solicitó al poder judicial, a través de su abogado de confianza, intimar al Consejo de Derechos para que se expida sobre la prórroga de la medida excepcional⁵⁴.

Vale insistir en que un niño, niña o adolescente nunca puede estar sujeto a una medida excepcional sin un marco jurídico contenedor que lo justifique y revele. Su impronta excepcional y transitoria, como su justificación jurídica, deben

53 Autos: R.M y A sobre control de legalidad, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 26.

54 SS sobre control de legalidad, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 26

estar siempre presentes como únicos garantes de la protección integral emergente del sistema.

7.6. INCUMPLIMIENTO DE LA PROVISORIEDAD

Conforme el artículo 39 de la Ley Nº 26.061, las medidas excepcionales son limitadas temporalmente.

Prorrogar en forma recurrente la implementación de las mismas implica revertir la norma general y desvirtuar el carácter excepcional para erigirse como parte de la situación normal.

Vale recordar que la subsistencia indeterminada en el tiempo nos remite a la concepción de la infancia del derogado patronato de menores, cuyas medidas se extendían hasta la mayoría de edad de las personas involucradas.

La realidad nos demuestra que, a pesar de la toma de conciencia de la limitación temporal de las medidas, existen numerosas situaciones en que niños, niñas y adolescentes ven desvirtuados sus derechos por la implementación consecuente de medidas excepcionales que tornan cotidiana una situación de excepción con absoluta ligereza y liviandad. Así:

- Los hermanos H y R han sido objeto de una medida excepcional por cuarta vez consecutiva, 18/11/09, 23/02/10, 17/06/10 y 20/10/10.⁵⁵
- Las hermanas M y A fueron albergadas en un instituto de manera excepcional desde 2007 hasta hoy. Es decir, siguen en la misma situación de indefensión y exclusión, pese a los reclamos de su madre por la implementación de medidas tendientes al reintegro de las niñas a su familia⁵⁶.

La normativa vigente postula la institucionalización como último recurso y por el plazo más breve posible. Sin embargo, el promedio de duración de las institucionalizaciones correspondientes al Consejo de Derechos es de aproximadamente dos años⁵⁷, al tiempo que si se considera el total de ingresos correspondientes al GCBA, el índice de egreso representa solamente el 30% de las institucionalizaciones registradas desde mediados de agosto de 2007⁵⁸.

55 Autos: D. A y L. A sobre Protección especial – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil con Competencia en Familia Nº 23

56 Autos: R.M y A sobre control de legalidad, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 26

57 Conforme Base de Actuaciones AGT – 2010 – Cabe destacar que para los casos de adopción de medidas de protección especial de derechos, se han registrado hasta siete prórrogas, siendo cada una de 90 días hábiles.

58 Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2011): op. cit., p. 73.

Sin lugar a dudas, la prórroga indefinida de estas medidas, más aún cuando ello conlleva la vulneración del derecho propio a un verdadero derecho adjetivo de control, no hace más que demostrar los errores, desaciertos y manifiestas ilegalidades en la aplicación del sistema.

7.7. LA NECESARIA FUNDAMENTACIÓN DE LA PRÓRROGA DE LA MEDIDA EXCEPCIONAL Y LA CARENCIA DE FUNDAMENTACIÓN EN LA PRÁCTICA

La realidad demuestra que la gran mayoría de las medidas excepcionales son prorrogadas con un simple auto que declara la legalidad de la medida, violando así el Decreto 415/06 que establece en su artículo 39 que en aquellos supuestos que persistan las causas que le dieron origen a la medida excepcional y se resuelva prorrogarla, deberá fijarse un nuevo plazo de duración, mediante acto fundado.

Contrariando dicha manda, la prórroga de la medida se resuelve de la siguiente manera: “En atención a lo solicitado, lo resuelto por el Consejo y las constancias de autos, RESUELVO: 1) Declarar la legalidad de la prórroga de la medida”⁵⁹, desvirtuando así la subsidiariedad y excepcionalidad por la que fueron implementadas.

8. LA MEDIDA EXCEPCIONAL EN NÚMEROS

“Conforme surge del Informe de Gestión del Ministerio Público Tutelar - Período 2010, sobre un total de 1.212 niños, niñas y adolescentes –sin tomar en cuenta los 81 adolescentes internados en comunidades terapéuticas– en el 51% de los casos (620 de ellos) su institucionalización fue determinada por el GCBA, particularmente por el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes como autoridad de aplicación de la materia; un 17% corresponde a institucionalizaciones dispuestas por el Poder Judicial –sea con competencia nacional o provincial– con posterioridad a la sanción de la Ley Nacional Nº 26.061; otro 17% integra la categoría de transferidos de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (Sennaf); y el restante 15% corresponde a casos en los cuales no existe certeza sobre la autoridad que dispuso la institucionalización, debido a la ausencia de respuesta por parte de las instituciones obligadas legalmente a hacerlo.

59 Autos: D.H y L. A sobre protección especial – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 23 - Autos: R.M y A sobre control de legalidad, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 26

Al centrarnos en el encuadre jurídico que recibieron las 620 institucionalizaciones dispuestas por el CDNNyA, observamos que el 67% cuenta con medidas excepcionales (art. 39 de la Ley Nº 26.061), el 24% responde a medidas de protección especial (art. 44 de la Ley Nº 114), el 6% consiste en situaciones de guarda preadoptiva, el 2% corresponde a niños institucionalizados inicialmente por el Consejo de Derechos y luego derivados a Provincia de Buenos Aires y el 1% a medidas de Guardia Permanente de Abogados.

Se identifica un aumento progresivo en la adopción de las medidas excepcionales proporcional a la disminución del dictado de medidas de protección especial de derechos⁶⁰.

La normativa vigente postula la institucionalización como último recurso y por el tiempo más breve posible, sin perjuicio de lo cual el índice de egreso representa solamente el 30% de las institucionalizaciones registradas desde el año 2007⁶¹.

Ello demuestra lo pendiente del sistema y los deberes legales y obligaciones internacionales ineludibles sobre los cuales el Estado debe trabajar, a fin de garantizar a todo niño, niña y/o adolescente su derecho a vivir y desarrollarse en su familia de origen.

9. VÍNCULO ENTRE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES Y LA ADOPCIÓN: CUANDO LA MEDIDA EXCEPCIONAL SE CONVIERTE CON FRECUENCIA EN ADOPCIÓN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN FRACASA

Llegados a este punto podemos afirmar que la Ley Nº 24.779 muestra puntos de conexión con la medida excepcional de separación del medio familiar y, por ende, en algunos casos permite una posible armonización, pero en la mayoría genera espacios para el debate⁶².

Al respecto, si algo reflejan en común estos institutos es estar originados en ciertas dificultades en la relación parental entre el niño y su familia biológica. Sin embargo, las diferencias son profundas, tanto en el aspecto temporal (la duración de la medida de protección es transitoria, mientras que la adopción es permanente) como en su finalidad (las medidas de protección buscan la reinserción del niño en su familia de origen, mientras que la adopción implica su separación).

60 Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2011): op. cit., p. 59.

61 Ídem, p. 73.

62 Fernández, S. (2009): "Medidas de protección de derechos de infancia y adopción. A propósito de un fallo de la CSJN", La Ley.

Siguiendo con este razonamiento es necesario precisar que las medidas excepcionales son mecanismos tendientes precisamente a impedir o al menos mitigar situaciones en las cuales las separaciones transitorias de los niños de sus familias culminan en adopciones.⁶³

Aquí resulta trascendente remarcar que la regla es que los niños reingresen a su medio familiar. Mientras que lo excepcional y subsidiario debería ser que el niño ingrese en estado de preadoptabilidad.

Sin embargo, la realidad demuestra que, muchas veces, esta medida de excepción pierde su esencia al concebirse como paso previo al dictado de una resolución que decreta al niño en estado de preadoptabilidad.

Ello vulnera todos sus derechos y esconde en sus entrañas una práctica que, lejos de verse beneficiada por este cambio, no hace más que desvirtuar los valores reales que emergen del sistema de protección integral de derechos en general y de la medida excepcional de protección en particular.

Identificar la medida excepcional como la antesala de la adopción implica desconocer el proceso de identidad propio de cada individuo.

En la actualidad no solo se siguen decretando medidas excepcionales de separación familiar por la pobreza y dada la inexistencia de la política pública de fortalecimiento familiar, sino que también se siguen declarando a los niños en estado de adoptabilidad por idénticas cuestiones. De este modo, la adopción aparece como una *solución compensatoria* ante la ineficiencia del sistema de protección integral de derechos que no aplica medidas eficaces que garanticen la excepcionalidad de la separación familiar y permitan a los niños regresar a sus familias.

Así en la práctica judicial:

- La falta de posibilidades materiales de los padres de un niño de hacerse cargo de él, y la negativa estadual de permitir a su abuela hacerse cargo de su nieto, llevaron a que SS declare en estado de preadoptabilidad a un niño, que tiene una familia a la que se la margina por su pobreza económica y la negativa de recurrir a la familia ampliada⁶⁴ expresada la siguiente manera: “Estrategias previas a la vinculación de L. con su entorno familiar han resultado de gran complejidad porque la abuela del niño tiene su domicilio en provincia de Buenos Aires”.

63 Fernández, S.: op. cit.

64 Autos: C sobre control de legalidad – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil con competencia en Familia Nº 85.

- La falta de recursos económicos de la madre y de la carencia de asistencia terapéutica adecuada provocaron la institucionalización de dos niños recién nacidos, declarando el estado de preadoptabilidad de ellos, aún cuando la abuela materna solicitó en reiteradas oportunidades la guarda de los niños.⁶⁵ Se argumentó de la siguiente manera: “Con relación a la familia extensa, la abuela manifestó en la audiencia que quiere hacerse cargo de sus nietos, pero también ha manifestado que es el único sostén de su familia”.
- La escasez de recursos económicos y la falta de vivienda de los padres de dos hermanitos incidieron en la institucionalización de ambos y resultaron el eslabón forzado de una declaración de preadoptabilidad que de ninguna manera se condice con la voluntad de sus padres, quienes exigen de modo reiterado la implementación de medidas de fortalecimiento y asistencia familiar.

10. EL ROL DEL ASESOR DE MENORES COMO LÍMITE AL EJERCICIO ABUSIVO DEL PODER ESTATAL. CONTROL DE LEGALIDAD DE LA MEDIDA EXCEPCIONAL DE SEPARACIÓN DEL MEDIO FAMILIAR

Este apartado parte de la premisa de que hasta tanto se reformule normativamente la figura del asesor de menores, el órgano especial instaurado por el Código tendrá que velar por el cumplimiento irrestricto de los derechos reconocidos a los niños y niñas, cuidando que se respete su desarrollo autónomo en el marco de la capacidad progresiva que incorporen tras su actuación cotidiana. Así, el asesor de menores deberá ser reinterpretado como un plus de protección o sistema de garantías *extra* para los niños que están incluidos en un litigio judicial.⁶⁶ Este enfoque cambia el eje de la representación basado en la incapacidad por el de la intervención necesaria y obligada del órgano que el Estado ha instaurado para el cumplimiento de los derechos reconocidos a las personas menores de edad en el respeto de su capacidad progresiva.

Cualquiera sea la denominación que reciban, los procesos para la adopción de medidas de protección implican el ejercicio del poder del Estado, lo cual significa la intromisión, aunque sea por motivos muy loables, en la vida del niño

65 Autos: A.E.Y y A.L.L. sobre control de legalidad – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil con competencia en Familia N° 38

66 Pignato, N.: “El acceso a la justicia de los niños en la Ciudad coquetea con la ideología del patronato”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo Perrot.

y su familia. Esta intromisión debe siempre considerar las garantías del debido proceso para su legitimación frente a la comunidad.

En este sentido, si bien la sanción de la Ley Nº 26.061 establece límites precisos para la procedencia administrativa de la medida excepcional y para su control judicial de legalidad, cabe tener presente que abusos y extralimitaciones del Estado pueden provenir tanto del poder administrativo como del Poder Judicial. Es que el llamado tutelarismo es susceptible de ser ejercido por ambos poderes⁶⁷.

En este marco, cobra relevancia la función de control de legalidad que la Ley Nº 26.061 le acuerda al Poder Judicial. También adquieren transcendencia las funciones del asesor de menor –resignificadas a partir de la ratificación de la Convención y posterior sanción de la Ley Nº 26.061– pues obligan al asesor de menores a tener un rol activo en pos del cumplimiento del debido proceso legal para el dictado de las medidas excepcionales de separación del medio familiar, que supone el respeto irrestricto de los supuestos de procedencia, límites temporales y defensa técnica de los niños involucrados.

Para contribuir al respeto irrestricto del debido proceso legal puede y debe hacer uso de la legitimación que le acuerda el Código Civil (art. 59) que lo considera parte en todo proceso judicial en que está involucrado un niño y las facultades procesales que le acuerda la Ley de Ministerio Público Nacional Nº 24.946 (art. 54, inc. a) que lo faculta para interponer acciones en forma conjunta o independiente de los representantes legales del niño, peticionar medidas para la protección de los derechos de los niños (art. 54, inc. f) y emitir dictámenes (art. 54, inc. b). Llegados a este punto vale insistir en que las facultades citadas serán ejercidas con el fin exclusivo de garantizar el debido proceso legal y el cumplimiento riguroso de los requisitos de procedencia de las medidas excepcionales, en sintonía con la resignificación de la función de los asesores de menores ya analizada.

En este marco, previo a la declaración judicial de legalidad, el Poder Judicial tiene la obligación de dar intervención al asesor de menores a fin de que dictamine sobre la procedencia o improcedencia de la medida.

En el supuesto de que la medida no responda a las situaciones taxativamente previstas en el artículo 39 y su decreto reglamentario –es decir, situaciones de violencia grave con imposibilidad de excluir al agresor– el asesor de menores deberá emitir dictamen, solicitando la declaración de ilegalidad de la medida (art. 54, Ley Nº 24.946).

67 Gil Domínguez, A.: op. cit., p. 878

Así, el Poder Judicial –haciéndose eco de lo dictaminado por el ministerio público de menores– declaró la ilegalidad de la medida de separación del medio familiar, atento la intervención arbitraria del poder administrador⁶⁸.

Desde similar perspectiva, el asesor de menores debería dictaminar en contra de la declaración de legalidad de la medida, en caso de falta de agotamiento de la política pública, salvo que se hubiera acreditado la imposibilidad de agotarla ante una situación realmente grave y urgente.

Además, deberá solicitar la declaración de ilegalidad cuando la misma se efectivice en institutos mientras existan miembros de la familia ampliada en condiciones de asumir la crianza provisoria de los niños.

Asimismo, deberá solicitar la declaración de ilegalidad de la medida en caso que el niño no haya contado con abogado al momento de dictarse la norma.

De modo lamentable, ésta no es práctica habitual de los asesores de menores nacionales, quienes en ocasiones dictaminan en contra de la procedencia de la figura de abogado del niño.⁶⁹

Retomando el rol del asesor de menores como garante del debido proceso legal cabe agregar que si –a pesar de la solicitud de declaración de ilegalidad de la medida– la separación familiar es convalidada por el juzgado, el asesor de menores esta obligado a apelar la declaración de legalidad (art. 59 del Código Civil y art. 54, inc. c de la Ley Nº 24.946).

Asimismo, una vez que la medida fue declarada legal, y durante su vigencia, el asesor de menores está facultado para pedir informes al poder administrador sobre qué estrategias de egreso institucional está implementando.⁷⁰ De modo evidente, en caso de inexistencia de estrategia de egreso, deberá solicitar al juzgado se intime al poder administrador a fin que implemente una estrategia de egreso eficaz.

Cabe agregar que en caso de que existan prórrogas infundadas de la medida excepcional que respondan a la omisión del poder administrador de aplicar medidas de fortalecimiento familiar, el asesor de menores está obligado a apelarlas.

68 En el caso que se comenta, el órgano administrativo había decretado esta medida en un supuesto de violencia familiar, sin haber considerado que el agresor había sido excluido del seno familiar y, por ende, resultaba improcedente la adopción de esta medida, en los términos del artículo 39 del Decreto 415, reglamentario de la ley 26.061. RF sobre protección de persona, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil con competencia en Familia Nº 84.

69 Autos: I.T c/ V.H s/ Filiación – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 84

70 Ley 24.946, art. 54, inc i

Se han registrado supuestos⁷¹ en los que el poder administrador no había solicitado la prórroga de la medida pero los niños continuaban en instituciones. Por ende, éstas se convirtieron en ilegales. En estos supuestos, en sintonía con el nuevo rol del asesor de menores, se ha solicitado al juzgado libre oficio al poder administrador para aclarar la situación jurídica de las personas menores de edad involucradas.

Asimismo, en el supuesto de que la ausencia de regreso familiar responda a la inacción del poder administrador en la aplicación de políticas públicas de fortalecimiento y asistencia familiar y en los términos de la Ley de Ministerio (art. 54, inc a, c y f) el asesor de menores debe interponer las pertinentes acciones de amparo.

Resta aclarar que además de controlar la legalidad de la medida de separación familiar es función del asesor de menores controlar las condiciones materiales de detención.

Al respecto, el inciso j del artículo 54 de la Ley de Ministerio Público Nº 24.946 pone en cabeza de los defensores de menores la inspección periódica de los establecimientos de internación, guarda y tratamiento de menores.

En este escenario, en caso que las condiciones materiales de detención no sean contestes con los estándares internacionales, deberá interponer los pertinentes habeas corpus correctivos.

En general esta función es incumplida por los asesores de menores. Así, en un supuesto de niños víctimas de violencia institucional el traslado fue solicitado por la abogada de los niños, dada la inacción del asesor de menores⁷².

11. ACORTANDO LA BRECHA ENTRE LA TEORÍA Y LA REALIDAD. EL ROL DEL ABOGADO DE CONFIANZA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

A modo preliminar resta manifestar que el rol del abogado de confianza es similar en algún punto al rol del asesor de menores, resignificado a la luz del nuevo paradigma de Protección Integral de Derechos. Sin embargo, en función de que más allá del nuevo paradigma los asesores de menores en general continúan actuando según la lógica tutelar, cobra relevancia la misión del abogado del niño como garante del debido proceso legal de la medida excepcional y como límite a intervenciones administrativas y judiciales arbitrarias.

71 Autos: R.M y A sobre control de legalidad, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 26, Autos: S. S. s/ control de legalidad – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 26...

72 Autos: P. C y G sobre protección de persona – Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 102

Ahora bien, en el supuesto de que los asesores resignifiquen sus funciones y por ende, en algún punto, éstas sean similares a las del abogado de confianza, es imprescindible manifestar que en caso de divergencias entre el niño y el asesor de menores sobre la mejor estrategia defensiva prevalecerá siempre la postura del niño, pues de lo contrario sería letra muerta su capacidad progresiva, derecho a ser oído y participación activa y personal en el proceso.

Resta analizar el rol del abogado de niños, niñas y adolescentes en el proceso de control de la legalidad de la medida excepcional.

Entendemos que su presencia irrestricta contribuirá a que se respeten los requisitos de procedencia, límites temporales, garantías procesales y finalidad de la medida excepcional, es decir, el regreso familiar.

En este escenario, cuando las medidas excepcionales respondan a la situación de pobreza, a la falta de agotamiento de las medidas integrales o a la falta de agotamiento de la posibilidad de permanencia con la familia ampliada, el abogado deberá apelar la declaración de legalidad e intimar al Consejo a que aplique medidas de protección que garanticen la permanencia del niño en la familia nuclear o ampliada.

En los casos en que la medida sea confirmada deberá continuar con la exigencia de inclusión del niño, sus padres y, de ser necesario, su familia ampliada en programas de apoyo y asistencia familiar, para generar las condiciones del egreso institucional.

Aquí cobra relevancia destacar que es el niño el protagonista en el diseño de su estrategia de egreso. En especial, el niño tiene derecho a opinar y que su opinión sea primordialmente considerada en relación a con qué miembro de su familia extensa egresar, cuando es imposible el egreso con la familia nuclear.

A esta altura es preciso afirmar que cuando la prórroga de la medida responda a la inacción del poder administrativo el abogado de confianza del niño deberá solicitar la ilegalidad de la prórroga e intimar al Consejo para que elabore e implemente en forma inmediata una estrategia eficaz de regreso familiar.

En caso que la intimación no sea suficiente deberá, sin dudas, iniciar las correspondientes acciones de amparo que garanticen el acceso general a políticas públicas universales que hagan realidad el derecho a vivir en familia.

12. PALABRAS FINALES

Si bien es cierto que la Ley Nº 26.061 limitó notablemente la procedencia de la separación familiar, no es menos cierto que en la práctica los límites formales

no son respetados. Por tales razones, en su implementación, las medidas excepcionales se asemejan a las derogadas protecciones de personas.

Sin embargo, es preciso aclarar que la Ley Nº 26.061 no solo estableció límites para la procedencia de las medidas excepcionales sino también garantías procesales para asegurar su cumplimiento. Entre ellas, adquiere relevancia para acortar la brecha entre la teoría y la realidad el derecho material de defensa y la defensa técnica del niño.

No obstante, queda pendiente la reformulación normativa y práctica del rol del asesor de menores, tendiente a que este funcionario estatal también cumpla un rol dirigido a garantizar el debido proceso legal para la procedencia de la medida excepcional, haciendo realidad el derecho de los niños a crecer en sus familias de origen con la debida asistencia estatal de ser necesario.

ATENCIÓN EN SALUD MENTAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ALOJADOS EN “HOGARES” (ONGs) EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

PROBLEMÁTICAS COMPLEJAS E INTERVENCIONES POSIBLES A PARTIR
DE LA ARTICULACIÓN INTERSECTORIAL

ALEJANDRO MICHALEWICZ¹

Difícilmente la psicopatología sola pueda dar cuenta de la complejidad de los problemas que atraviesan las infancias y adolescencias actuales, su utilidad como herramienta para la clínica se desvanece cuando se le requiere ser explicación única y, más aún, cuando sucumbe a la lógica de la medicalización. Existe el riesgo de que la tutela del patronato, que se deslegitimó frente al paradigma de la protección integral de derechos, retorne bajo el disfraz de la atención psiquiátrico psicológica.
Alicia Stolkiner - Niños y adolescentes e instituciones de Salud Mental

1. INTRODUCCIÓN

En 2005 la sanción de la Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Nº 26.061, –y la consecuente derogación de la Ley Nº 10.903/19, denominada “Ley de Patronato”– consolidó en la Argentina un cambio de paradigma en relación a las políticas de infancia, el cual implicó esencialmente el pasaje de la protección del niño como eje de las políticas, a la protección de los derechos del niño².

1 Licenciado en Psicología (UBA). Psicólogo Residente del Hospital Infanto-Juvenil Carolina Tobar García. Docente e investigador de la Cátedra II de Salud Pública/Salud Mental de la Facultad de Psicología de la UBA. Becario Estímulo UBACyT 2008-2010 para el proyecto “Accesibilidad y dignidad en la atención en salud mental de los niños, niñas y adolescentes alojados en hogares convivenciales (ONG) en convenio con la DGNyA de la CABA.”

2 Luciani Conde, L. (2008): “La problematización social de la infancia: las políticas destinadas a la niñez y adolescencia como cuestión de Estado”, en Luciani Conde, L. & Barcala, A. (organizadores), *Derechos en la niñez: Políticas públicas y efectivización del derecho a la salud en el contexto de la protección integra*, Buenos Aires, Teseo.

Este pasaje del Modelo de la Situación Irregular al Paradigma de la Protección Integral fomentó un proceso de redefinición de los roles y funciones de las instituciones con competencia en temas de infancia, cuyo origen, razón de ser y funcionamiento institucional respondieron orgánicamente durante décadas al modelo que se pretendía dejar atrás.³ Si bien este nuevo escenario plantea las posibilidades de ajustar las políticas sociales de niñez/adolescencia a una perspectiva basada en la garantía de derechos, esto se enfrenta –entre otras cosas– con la dificultad que presenta la deconstrucción de un modelo de prácticas naturalizadas por los actores del campo.⁴

El presente trabajo hará referencia a un escenario que podría ubicarse en el entrecruzamiento entre dos campos: el de las políticas de infancia y el de la salud mental. Podría decirse del segundo lo mismo que se ha planteado acerca del primero: aún cuando la sanción a fines de 2010 de la Ley Nacional Nº 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental constituya una valiosa herramienta para el logro de una necesaria reforma en las prácticas de atención en salud mental en la Argentina, el desafío consiste en la concreción de estas transformaciones, lo que requiere la ruptura de prácticas institucionalizadas cuyos actores tienden a mantenerlas en función de intereses sectoriales.⁵ El campo de la salud mental puede caracterizarse en la actualidad a partir de la heterogeneidad de los discursos y prácticas que lo constituyen, así como por el alto nivel de disputa entre actores con fuertes intereses corporativos.

Este trabajo se propone –a partir de datos obtenidos en una investigación llevada adelante por el autor– reflexionar acerca del respeto, la protección y la satisfacción del derecho a la atención en salud mental de los niños, las niñas y los adolescentes que, en función de la aplicación de una medida de protección excepcional de derechos, se encuentran temporal o permanentemente privados de su medio familiar. Dicho grupo establece un particular interés ya que se constituye como una población doblemente vulnerable respecto a la satisfacción de este derecho: por el hecho de tratarse de niños, niñas y adolescentes –lo que hace que para acceder a la atención en salud mental dependan de los adultos a cargo de su cuidado– y porque al encontrarse alojados en hoga-

3 Ministerio Público Tutelar de la CABA (2010): *Redefiniendo el rol del asesor de menores. Monografías seleccionadas en las XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos 2009*, Buenos Aires, Eudeba.

4 Luciani Conde, L.: Op. Cit.

5 Stolkner, A. y Solitario, R. (2007): "Atención Primaria de la Salud y Salud Mental: la articulación entre dos utopías.", en Maceira, D. (comp.) *Atención Primaria en Salud-Enfoques interdisciplinarios*, Buenos Aires, Ed. Paidós.

res dicha dependencia se complejiza, al no ser sus padres ni sus familiares cercanos los adultos a cargo.

Los objetivos de este escrito son describir cómo se configuran las problemáticas que se constituyen como demandas de atención en salud mental en dicho grupo y analizar las distintas respuestas que se producen en efectores de salud mental.

Poner el foco en las implicancias de las diversas modalidades en que puede abordarse el sufrimiento psíquico de los niños, niñas y adolescentes permitiría prevenir la paradoja de que su acceso a la atención en salud mental pueda terminar constituyendo una violación de sus derechos.

1.1. METODOLOGÍA

El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación UBACyT: "Accesibilidad y dignidad en la atención en servicios de salud mental de Ciudad de Buenos Aires y conurbano bonaerense en el periodo 2002-2010: subjetividad, representaciones de derechos y sistemas de atención"⁶, particularmente en un trabajo de investigación llevado adelante por el autor a partir de una Beca Estímulo cuyo objetivo general consistió en describir y analizar las diferentes dimensiones de la accesibilidad y dignidad en la atención en salud mental de los niños, niñas y adolescentes alojados en hogares convivenciales a cargo de Organizaciones No Gubernamentales (ONGs), en convenio con la Dirección General de Niñez y Adolescencia de la CABA (en adelante, DGNyA).

El proyecto de investigación marco indagó acerca de la *accesibilidad y dignidad* en la atención en servicios de salud mental en la Ciudad de Buenos Aires y el conurbano bonaerense, detectando las situaciones de *exclusión en salud*. Estos son componentes de la Protección Social en Salud definida por la OMS/OIT (2002). Se define a la *accesibilidad* como el vínculo que se construye entre los sujetos y los servicios de salud, que surge de una combinatoria entre las condiciones y discursos de los servicios y las condiciones y representaciones de los sujetos, y se manifiesta en la modalidad particular que adquiere la utilización

6 Proyecto UBACyT P040 que lleva a cabo uno de los equipos de investigación de la Cátedra II de Salud Pública/Salud Mental, de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires. Dicho proyecto consiste en un estudio interdisciplinario que aplica los componentes de la Investigación en Sistemas y Servicios de salud al campo de la salud mental. Tiene como objetivos, describir la oferta de servicios de salud mental del área definida, indagar las dimensiones de accesibilidad, seguridad financiera y dignidad en la atención en servicios públicos de salud mental y estudiar los componentes subjetivos de representación de derechos en los usuarios y personas implicadas en los servicios. El período en estudio corresponde a las políticas en salud posteriores a la crisis. La metodología combina niveles de análisis macrocontextuales, locales y microsociales.

de los servicios⁷. La *accesibilidad* constituye el extremo más deseable de ingreso al sistema de salud, es decir, el de la posibilidad de acceder, mientras que existe un extremo poco o nada deseable: las *barreras*. Estas pueden clasificarse de acuerdo a las siguientes dimensiones: *geográficas, económicas, organizacionales y simbólicas*⁸. A su vez el concepto de *dignidad*, cuyo cumplimiento forma parte de las estrategias para la protección social en salud que promueve la OPS, significa que la atención en salud se brinde con calidad y en condiciones de respeto a los derechos y a las características raciales, culturales y económicas.

Durante la fase de trabajo en terreno, se decidió ampliar el universo de análisis a partir de que en 2008 se produjera un cambio de escenario en el campo en el cual se desarrollaba esta investigación: el inicio de un trabajo de articulación intersectorial entre la DGNyA (dependiente de la Secretaría de Desarrollo Social del GCABA) y el Programa de Atención Comunitaria de Niños y Niñas con Trastornos Mentales Severos (dependiente de Salud Mental). Dicha articulación está orientada a mejorar la atención en salud mental de los niños, niñas y adolescentes alojados en hogares (particularmente en hogares de atención especializada, debido a que allí se encuentran los casos de mayor severidad). La importancia y novedad de esta situación fundamentó la decisión de incluir en el universo de análisis a los hogares de atención especializada.

Finalmente, se tomaron como unidad de análisis a los hogares convivenciales y de atención especializada en convenio con la DGNyA ubicados en la Ciudad de Buenos Aires. Se trató de un estudio de tipo exploratorio en el que se utilizó una estrategia metodológica cualitativa.

Las técnicas de producción de datos consistieron en:

- Un estudio documental cuyo *corpus* estuvo compuesto por: la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley Nº 23.849/90 de Aprobación de dicha Convención, la Ley Nacional Nº 26.061/05 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la Ley Nº 114/98 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la CABA, el Decreto 874/GCABA/04 que modifica el Proyecto de Convenio a celebrarse entre el GCABA y las ONGs que atienden la problemática de niñas, niños y adolescentes y el Programa de Atención Integral de Niños, Niñas y Ado-

7 Stolkner, A. y Otros (2000): "Reforma del Sector Salud y utilización de servicios de salud en familias NBI: estudio de caso", en Domínguez Mon, A. y otros (compiladores) *La Salud en Crisis- Un análisis desde la perspectiva de las Ciencias Sociales*, Buenos Aires, Dunken.

8 Comes, Y. (2004): "La accesibilidad: una revisión conceptual", Documento laboris del Proyecto de investigación P077 - UBACyT.

lescentes perteneciente al Área de Supervisión y Monitoreo de Instituciones Conveniadas de la DGNyA de la CABA, elaborado en 2007.

- Cuatro entrevistas a informantes clave de la DGNyA y del Programa de Atención Comunitaria a Niños, Niñas y Adolescentes con Trastornos Mentales Severos (en adelante PAC)
- Ocho entrevistas semidirigidas a directores y coordinadores de los equipos técnicos de hogares convivenciales y de atención especializada en convenio con la DGNyA. Se incluyó en la muestra un hogar de cada tipo ubicado en cada una de las Regiones Sanitarias de la Ciudad de Buenos Aires.

La elección de las unidades de análisis estuvo basada en el criterio de muestreo teórico⁹. La cantidad de entrevistas se definió utilizando el criterio de saturación. Se trabajó con el consentimiento informado de los entrevistados. Las entrevistas realizadas se analizaron en base a la selección de fragmentos discursivos significativos, los cuales fueron agrupados conformando distintas categorías para el análisis. Se utilizó el software Atlas ti.

2. DEMANDAS DE ATENCIÓN EN SALUD MENTAL

Los hogares que son objeto del presente trabajo son ONGs que atienden la problemática de niñas, niños y adolescentes, enmarcada en el Paradigma de la Protección Integral. Las mismas establecen convenios con la Dirección General de Niñez y Adolescencia (en el marco del Decreto 874/GCABA/04) para constituirse en espacios de atención personalizada para niños, niñas y adolescentes que se encuentren transitoriamente desvinculados de su grupo familiar. Según la Ley Nacional Nº 26.061/05 y la Ley Nº 114/98 de la Ciudad de Buenos Aires, recurrir a una forma convivencial alternativa al grupo familiar del niño o niña constituye siempre una medida excepcional, la cual en ningún caso puede consistir en privación de la libertad.

Los hogares convivenciales y los hogares de atención especializada son dos de las distintas modalidades de atención según las cuales se clasifican las ONGs en convenio con la DGNyA, diferenciándose principalmente en función de la definición de su población objetivo. Según la DGNyA, los hogares convivenciales

9 Strauss y Corbin (1994): "Grounded Theory Methodology", en Denzin y Lincoln (comps.), *Handbook of Qualitative Research*, California, Sage.

están dirigidos a niños, niñas y adolescentes que presentan una autonomía y maduración psicofísica acorde a su edad, la cual les permite desarrollar una vida cotidiana socialmente integrada. En cambio, los hogares de atención especializada están destinados a niños, niñas y adolescentes que presentan cuadros psicopatológicos que requieren de un abordaje especializado en salud mental¹⁰. En función de ello, la cantidad de profesionales y operadores con los que se conforman los equipos en los hogares de atención especializada es mayor que en los hogares convivenciales, además de incluir de manera obligada un médico psiquiatra¹¹.

A partir de los datos recabados, puede afirmarse que recurrir a la atención psicológica y/o psiquiátrica constituye un recurso frecuente en el abordaje que se ofrece desde los hogares a las problemáticas de los niños, las niñas y los adolescentes allí alojados. De esta manera, se constituyen demandas de atención en salud mental que se dirigen a efectores pertenecientes tanto al subsector estatal como al privado. En función de caracterizar dichas demandas, a continuación se describirá la modalidad en que se presentan en la actualidad las problemáticas que padecen los niños, niñas y adolescentes que son objeto del presente trabajo.

De las entrevistas realizadas se desprende que entre las problemáticas que presentan los niños, niñas y adolescentes alojados en hogares existe una gran prevalencia de situaciones de abuso y maltrato en el ámbito familiar. En cambio, no pareciera existir en este grupo una alta prevalencia de trastornos mentales severos, siendo mencionados sólo algunos casos por institución. Según una profesional de un hogar de atención especializada, “los chicos que están en los hogares no es porque tengan una patología psiquiátrica, psicológica, o mental sino por situación de maltrato grave; (...) Las patologías que los chicos presentan, muchas están asociadas con sintomatología positiva de lo que se ha descrito como indicadores de maltrato, algunos casos donde esto es mucho más grave. En términos generales, hay un nene o dos con autismo, hay algunos con una patología, una psicosis muy compensada”. La directora de otro hogar de atención especializada lo explica de la siguiente manera: “Son chicos

10 Dirección General de Niñez y Adolescencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2007): Programa de Atención Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, “Área de Supervisión y Monitoreo de Instituciones Conveniadas”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

11 Michalewicz, A. (2010): “Accesibilidad a la atención en salud mental de los niños, niñas y adolescentes alojados en hogares convivenciales (ONG) en convenio con la DGNyA de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en *Revista del Instituto de Investigaciones de la Facultad de Psicología, Investigaciones en Psicología*, año 15, Nº 2, ISSN 0329-5893.

que vienen derivados por juzgados, por situaciones de alta vulnerabilidad: maltrato, abuso, abandono familiar. Esas son las características de los chicos. Algunos con dificultades o patologías psiquiátricas."

El consumo de sustancias ilegales aparece mencionado en algunas entrevistas; sin embargo, en los hogares convivenciales y de atención especializada, dicho consumo no suele ser lo central en la problemática. Esto se debe a que los casos más graves al respecto son atendidos en dispositivos específicos.

La mayoría de los entrevistados atribuye las problemáticas de este grupo de niños y niñas a aquello que llaman "lo social". Según la directora de un hogar de atención especializada: "Nuestros pibes, en el 50%, de lo que padecen es una cuestión de disfunción social. Aún en los casos más complejos, digamos, se han enfermado por esa disfunción social." O en palabras de una profesional de un hogar convivencial: "De un tiempo a esta parte los casos se han complejizado muchísimo por cuestiones sociales".

Uno de los principales factores de esta situación tiene que ver con la carencia de adultos significativos que presentan los niños, niñas y adolescentes que llegan a los hogares (no sólo en el ámbito familiar sino también en el comunitario). Esto fue mencionado enfáticamente por la mayoría de los directores de los hogares y profesionales entrevistados. Según la directora de un hogar de atención especializada, "un común denominador entre los pibes es el alto abandono, abandono de adultos, es decir, faltan figuras de adultos. Esa es la problemática más compleja, aparece como simple pero no es nada simple porque bueno, ello conlleva a un montón de otras situaciones, ¿no? No estar escolarizado, no haber recibido nunca un tratamiento psicológico..."

Los entrevistados describen la forma en que esta situación se fue incrementando en los últimos años; según una psicóloga de un hogar de atención especializada, "antes había alguna situación de abandono, ahora hay momentos en que las chicas no tienen ningún referente afuera y eso hace que la complejidad del caso cambie porque uno tiene que trabajar en función de armar proyectos que no tienen que ver con un retorno a la familia sino que por ahí las chicas tienen 15 años y tenés que pensar en un alojamiento a larguísimo plazo para poder armar un proyecto de autovalimiento".

La directora de otro hogar de atención especializada pone en contexto esa imposibilidad de contención de las familias hacia sus niños, niñas y adolescentes haciendo referencia a que, en la Argentina, las situaciones de pobreza y marginalidad han llegado en la actualidad a abarcar varias generaciones: "Ya vienen de generaciones con situaciones de abandono, de consumo de sustan-

cias, es como que la patología se hubiera agravado, me parece. Antes por ahí uno encontraba más recursos... en las personas, en los chicos que venían, más contención familiar. Ahora vienen de familias que ya vienen de generaciones de abandono, de consumo, de mucha pobreza, lo que hace que no tengan acceso a determinadas cuestiones como la alimentación y la salud. Hay una agudización de la falta de acceso a determinados recursos.”

En un trabajo escrito en plena implementación en la Argentina de la reforma neoliberal de la economía y las instituciones, Alicia Stolkiner planteaba la existencia de una tendencia a la labilización de la estructura familiar –la cual se ponía de manifiesto particularmente en los grandes conglomerados urbanos– en estrecha relación con la fragilización de los vínculos barriales, los de vecindad y los familiares extensos. Esta autora describía cómo, al no contener el tejido social a las familias, éstas no podían brindar un marco de sustento a sus miembros más frágiles o dependientes¹². Podría pensarse –de acuerdo a lo expresado por los entrevistados– que esta tendencia no se ha revertido y que muchas de las “problemáticas sociales” que se observan en la actualidad tienen que ver con las consecuencias del mantenimiento de esta situación a lo largo del tiempo.

Robert Castel, al referirse a los factores que previenen el deslizamiento de las personas en la vulnerabilidad, da una importancia central a la inserción social del individuo, la cual depende al mismo tiempo de su inscripción en la familia y en una red relacional más amplia¹³. Según este autor, “las poblaciones [...] no solamente están amenazadas por la insuficiencia de sus recursos materiales, sino también fragilizadas por la labilidad de su tejido relacional”¹⁴.

Ante un escenario social caracterizado por la labilización de los vínculos familiares y comunitarios, con la consecuente imposibilidad de las familias de contener a sus miembros más débiles, el alojamiento en instituciones como los hogares se constituye en casi la única respuesta existente para la situación de un importante número de niños, niñas y adolescentes. Según el Ministerio Público Tutelar (MPT) de la Ciudad de Buenos Aires, gran parte de las intervenciones del Sistema de Protección Integral de Derechos de la Ciudad consisten en medidas de internación o alojamiento en instituciones que prestan servi-

12 Stolkiner, A. (1994): “Tiempos ‘Posmodernos’: Procesos de Ajuste y Salud Mental”, en Saidon, O y Troianovsky, P. (comps.), *Políticas en Salud Mental*, Buenos Aires, Lugar Editorial.

13 Castel, R. (1991): “La dinámica de los procesos de marginalización: de la vulnerabilidad a la exclusión”, en *El Espacio Institucional*, Buenos Aires, Lugar Editorial.

14 Castel R., (1991): “Los desafiados: la precariedad del trabajo y la vulnerabilidad Relacional”, en *Revista Topía*, año 1, Nº 3, Buenos Aires.

cios de albergue, convivencial o terapéutico, constituyéndose la institucionalización como la principal respuesta a la problemática de niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad social en la Ciudad de Buenos Aires en la actualidad. En diciembre de 2009, había 1.261 niñas, niños y adolescentes institucionalizados en dispositivos de albergue, siendo el 90% de estos últimos dependientes de ONGs¹⁵.

Tanto la Ley Nacional Nº 26.061 como la Ley Nº 114 de la CABA (ambas basadas en el paradigma de protección de derechos) caracterizan al alojamiento en hogares como una *medida excepcional*, acotada en el tiempo. Sin embargo, en función de la complejidad de la situación social y de la imposibilidad de las prácticas asistenciales existentes de propiciar una rápida reinserción al contexto familiar y/o comunitario, en muchos casos la estadía de los niños, niñas y adolescentes en los hogares adquiere una prolongación en el tiempo que es contraria al espíritu de la legislación vigente.

A su vez, cuando las problemáticas que supuestamente deberían ser excepcionales comienzan a constituirse en la norma para un importante sector de la sociedad, la implementación de estas medidas como "*excepcionales*" resulta tergiversada.

Las demandas de atención en salud mental que surgen de los hogares convivenciales y de atención especializada tienen que ver con problemáticas que, si bien implican a este grupo de niños y niñas altos grados de sufrimiento psíquico, difícilmente puedan abordarse desde las categorías psicopatológicas tradicionales. Podrían enmarcarse en lo que Galende ha definido como *nuevas demandas en salud mental*, las cuales se encuentran íntimamente relacionadas con las dinámicas de integración-exclusión social y ponen en evidencia la limitación de las solas acciones de salud mental para abordarlas¹⁶.

Estas demandas se caracterizan por su complejidad, no refiriendo este término únicamente a lo "complicado" de su abordaje, sino más bien a la diversidad de los factores que interactúan en la conformación de las problemáticas. El concepto de *sistemas complejos* trabajado por Rolando García¹⁷ resulta adecua-

15 Ministerio Público Tutelar de la CABA (2009): *Niñez, adolescencia y salud mental en la CABA. Informe de gestión del período 2009*, Buenos Aires, Eudeba.

16 Galende, E. (1997): *De Un Horizonte Incierto Psicoanálisis y Salud Mental en la sociedad actual*, Buenos Aires, Paidós.

17 Rolando García define a los *sistemas complejos* como producidos por la confluencia de múltiples procesos cuyas interrelaciones constituyen la estructura de un sistema que funciona como una totalidad organizada. Éstos se caracterizan por su heterogeneidad, así como por la interdefinibilidad y mutua dependencia que cumplen sus elementos dentro del sistema total. Ver: García, R. (1986): "Interdisciplinariedad y Sistemas Complejos", en *Educación en Ambiente para el Desarrollo Sustentable*, Buenos Aires, CTERA.

do para dar cuenta de su modo de presentación. A modo de ejemplo, se citará el caso de una adolescente que llegó al PAC mientras se encontraba viviendo en un hogar. Este caso fue relatado en una entrevista por una informante clave de dicho programa: "Una chica que queda embarazada, con un embarazo de alto riesgo porque tenía trastornos de la alimentación y estaba descompensada médicamente y psiquiátricamente (tenía mucho riesgo la piba). Los hogares terapéuticos no toman chicas embarazadas y los hogares maternos, como son convivenciales, no toman chicas con un componente tan complejo". Ejemplos como éste muestran que existe, en ciertos casos, una dificultad para encuadrar las demandas en los dispositivos de atención existentes.

Barcala define como *deriva institucional* al circuito de exclusión y ausencia de anclaje que se produce cuando los servicios de salud no logran alojar las problemáticas de un grupo en particular.¹⁸ En el grupo que es objeto de este trabajo esta *deriva institucional* adquiere características particulares al incluir no únicamente servicios de salud, sino también dispositivos del área de desarrollo social. Muchos niños, niñas y adolescentes se ven sometidos así a un largo y profuso recorrido por instituciones tanto de salud mental como de "Niñez", en el cual los hogares constituyen tan sólo una escala. Este recorrido produce marcas particulares en la subjetividad de quienes lo padecen; tal como lo describe una entrevistada: "Hay un grupo de pibes que son *usuarios del sistema de Niñez*; saben cuándo llamar al equipo móvil, al 108, es decir, saben los números, se saben el nombre de los operadores..."

En el texto citado anteriormente, Stolkiner se proponía como objetivo formular hipótesis y abrir interrogantes sobre las formas particulares de producción de subjetividad y/o padecimiento inherentes a las transformaciones económicas, sociales y culturales ocurridas en la Argentina en los años 90¹⁹. Hoy, más de 15 años después, es preciso pensar las formas en que se expresa el padecimiento subjetivo en los niños, niñas y adolescentes en relación a dichas transformaciones y a su desarrollo en el tiempo. Tal como lo destacaba una de las entrevistadas, las problemáticas con que hoy se encuentran quienes trabajan en los hogares tienen que ver con situaciones de pobreza, marginalidad y desafiliación sostenidas en el tiempo, a través de varias generaciones.

18 Barcala, A. (2010): "El impacto de las políticas neoliberales de los 90 en el ámbito de la salud mental.", en Benasayag - Dueñas Comp. *Malestares en la cultura contemporánea y sus efectos complejos en salud y educación. Mitos-Realidades-Negocios. Desafíos y propuestas*, Buenos Aires, Editorial Noveduc.

19 Stolkiner, A. (1994): Op. Cit.

Analizar los modos de padecimiento subjetivo en relación a las formas de organización que se da una sociedad en una época determinada nos previene de caer en reduccionismos psicologistas que atribuyen sólo a lo individual –o a lo sumo a lo familiar– las causas últimas de los padecimientos de los sujetos.

3. INTERVENCIONES DESDE EL CAMPO DE LA SALUD MENTAL

En un trabajo anterior²⁰ se abordó la accesibilidad a la atención en salud mental de los niños, niñas y adolescentes alojados en hogares convivenciales observándose en las conclusiones que la asistencia de este grupo tenía lugar predominantemente en servicios especializados en problemáticas de abuso y maltrato, ya sea del subsector estatal o privado. A su vez, en los casos en que se buscaba sostener su atención en servicios "no especializados" del subsector estatal, la estrategia utilizada desde los hogares consistía en la construcción de redes informales de derivación con profesionales que se mostraran dispuestos a alojar las particularidades de la situación.

Al incorporar en el universo de análisis a los hogares de atención especializada, las problemáticas observadas resultaron más complejas, creciendo por lo tanto la heterogeneidad de las intervenciones a las que dan lugar. En dicha heterogeneidad se expresan contradicciones intrínsecas al campo de la salud mental, las cuales pueden pensarse como la pugna entre una tendencia a objetivar por la vía de la medicalización y la reducción causal, versus una tendencia subjetivante a reconocer a estas personas en etapa vital de infancia o adolescencia como sujeto pleno de derechos²¹.

3.1. MEDICALIZACIÓN DE LA INFANCIA

El concepto de medicalización refiere al proceso progresivo mediante el cual el saber y la práctica médica incorporan, absorben y colonizan áreas y problemas de la vida social y colectiva que anteriormente estaban reguladas por otras instituciones, como la familia o la religión. Su consecuencia más trascendente es retraducir las dificultades humanas a cuestiones individuales, omitiendo o relegando la naturaleza social de los fenómenos y obturando otros niveles

20 Michalewicz, A. (2010): Op. Cit.

21 Stolkner, A. (2009): "Niños y adolescentes e instituciones de Salud Mental.", en Calveyra, S. & De Gemmis, V. (compiladores) *Del Invento a la Herramienta, segunda edición*, Buenos Aires, Polemos.

de intervención posibles²². A partir de este proceso la medicina se torna una estrategia biopolítica²³, permitiendo el control social en nombre de la salud.²⁴

Según Barcala, en los últimos años se viene instalando progresiva y velozmente un proceso de medicalización del sufrimiento psíquico en la infancia.²⁵ En el campo de la salud mental, esto se manifiesta en la psicopatologización extrema de las problemáticas infantiles y la creciente prescripción medicamentosa no siempre fundamentada.²⁶ Se desprende de las entrevistas realizadas que algunas de las prácticas con que se aborda la atención en salud mental de este grupo podrían incluirse en dicha tendencia.

En primer lugar, puede considerarse la utilización excesiva y/o innecesaria de medicación psiquiátrica. Faraone ha propuesto el término de *medicamentación* para referirse a una de las formas que adopta la medicalización: la utilización de fármacos como respuesta exclusiva y naturalizada.²⁷ Según datos del MPT, el 56% de los hogares *de tipo convivencial* asume contar con población medicada psiquiátricamente.²⁸ Según una informante clave, la medicación psicofarmacológica es utilizada en algunos hogares como forma de control: "Para que no joroben en el hogar los empastillan". Esto tiene graves consecuencias; según la directora de un hogar de atención especializada, "hay pibes *adictos a la medicación*; tenemos pibes que piden a gritos 'medicame boludo, medicame boludo'. Claro, eso no se describe como adicción... Pibes que por ahí no pueden bancarse las normas, los hábitos, y después lo que te piden es la medicación".

Otra expresión de la forma particular en que el proceso de medicalización de la infancia se manifiesta en este grupo de niños, niñas y adolescentes la constituye la internación en hospitales monovalentes por "causas sociales", denunciada tanto por el MPT como por varios entrevistados. He aquí el testimonio de la directora de un hogar convivencial: "Yo noto que los hospitales terminan abarrotados de cuestiones sociales más que psiquiátricas. Son hospitales psiquiátricos y, por ahí, los chicos terminan quedándose porque no hay un lugar

22 Faraone, S. et al. (2010): "Medical discourse and marketing strategies of the pharmaceutical industry in the process of medicalization of childhood in Argentina.", *Interface - Comunic., Saude, Educ.*, v.14, n.34, p.xxx-xx, jul./set. 2010.

23 Foucault, M. (1996): *La vida de los hombres infames*, Buenos Aires, Altamira.

24 Conrad, P. (1982): "Sobre la medicalización de la anormalidad y el control social", en Ingleby, D. (Ed.), *Psiquiatría crítica: la política de la salud mental*, Barcelona, Crítica-Grijalbo.

25 Barcala, A. (2010): Op. Cit.

26 Stolkiner, A. (2009): Op. Cit.

27 Faraone et al. (2010): Op. Cit.

28 Ministerio Público Tutelar (2009): Op. Cit.

a donde salir, porque no hay una familia que los reciba, porque no se cuenta con los recursos para apoyar a una familia que sostenga a un chico que sale del hospital. Entonces noto que se ha convertido en un lugar donde reciben problemáticas que tienen que ver más con el orden de las dificultades sociales."

El Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires denunció en su Informe de Gestión de 2009 la permanencia de niños, niñas y adolescentes internados en el Hospital Infanto Juvenil Tobar García y en el Hospital de Emergencias Psiquiátricas Torcuato de Alvear, a pesar de contar con alta médica de internación.²⁹ Esto tiene que ver con que dichos hospitales se han convertido en una suerte de "última escala" en la *deriva institucional* de ciertos niños que, debido a sus características disruptivas, no son aceptados en ninguna otra institución. Así lo describe la directora de un hogar: "Los chicos que vienen de externaciones del Tobar García o del Alvear son casos complejos siempre, porque por ahí las altas hospitalarias para la urgencia son adecuadas y es lo correcto pero para el dispositivo de hogar a veces nos excede. Son chicos que requieren por ahí un acompañante las 24 horas. Nosotros no podemos recibirlos a veces porque no están dadas las condiciones de un hogar para sostener este tipo de chicos. Son chicos que a veces requieren de contención física porque se van a lastimar y bueno, en el hogar no hacemos eso".

Los hogares de atención especializada se constituyen muchas veces como el único alojamiento posible para algunos niños, niñas y adolescentes que deben ser externados de hospitales monovalentes y no tienen una familia que los pueda recibir. El hecho de que estas instituciones sean organizaciones de la sociedad civil suma un factor determinante a la situación. Según una informante clave, "los hogares, al ser privados, son ONGs, se reservan el derecho de admisión y permanencia y muchas veces cuando son chicos externados del Tobar ninguno los quiere alojar, es complejo. Es complejo también pensar políticas de infancia con un Estado que en lugar de hacerse cargo convenia con instituciones que tienen muchas veces intereses privados." La existencia de un marco normativo que delega en las ONGs algunas responsabilidades que corresponden al Estado en su función de garante de derechos configura un escenario en el cual la aplicación de las *medidas excepcionales de protección de derechos* por parte del GCABA depende, en lo concreto, de la acción de instituciones de la sociedad civil. Las particularidades inherentes a que sean ONGs las que sosten-

29 Ídem.

gan la puesta en práctica de una política pública han sido desarrolladas en un trabajo anterior.³⁰

3.2. UNA ESTRATEGIA DE ABORDAJE DESDE LA ARTICULACIÓN INTERSECTORIAL

En 2008 se inició una experiencia de articulación intersectorial entre la Dirección General de Niñez y Adolescencia y el Programa de Atención Comunitaria a Niños, Niñas y Adolescentes con Trastornos Mentales Severos (PAC). Su objetivo inicial consistió en mejorar la accesibilidad a la atención en salud mental de niños, niñas y adolescentes alojados en hogares propiciando prácticas de atención respetuosas de sus derechos que puedan dar respuesta al modo particular en que se presentan los padecimientos subjetivos en este grupo. Según una informante clave del PAC esto ha implicado “un cambio realmente notorio en la articulación de infancia y salud.”

El PAC es un programa dependiente del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad, el cual se implementó en 2007 con el objetivo de crear un sistema de atención altamente especializado en la atención comunitaria del trastorno mental severo en la infancia, integrado en la Red de Servicios de Salud Mental de los Hospitales Generales y Pediátricos y los Centros de Salud y Acción Comunitaria. Sus acciones se articulan alrededor de tres ejes: a) la atención interdisciplinaria; b) la conformación de redes y c) la capacitación de recursos humanos.³¹ Si bien en la primera etapa del programa el equipo tiene sede Centro de Salud Mental Nº1, está proyectada la formación de cuatro equipos interdisciplinarios, uno en cada una de las zonas sanitarias. La implementación de los otros tres equipos se encuentra, según los entrevistados, a la espera de los recursos necesarios.

La articulación del PAC con la DGNyA se inició a partir de un pedido realizado por la coordinadora del Programa de Atención a la niñez y adolescencia en situación de vulnerabilidad social. Cuenta una informante clave del PAC: “Iniciamos así: ellos tenían muchas dificultades para que aceptaran a los chicos de los hogares, con el modo en que se presentaban los chicos de los hogares, y nosotros podíamos colaborar con eso”

En un principio, la DGNyA convocó a los profesionales del PAC como asesores; la primera intervención realizada fue el establecimiento de reuniones quin-

30 Michalewicz, A. (2010): Op. Cit.

31 Barcala, A.; Torricelli, F.; Álvarez Zunino, P. (2008): “Programa de Atención Comunitaria a Niños/ as y Adolescentes con Trastornos Mentales Severos: Una construcción que articula la experiencia clínica, la investigación académica y su transferencia al sistema sanitario”, Publicación Premio Facultad de Psicología Universidad de Buenos Aires 2008, Dispositivos en Salud Mental, Aportes de la Psicología.

cenales de supervisión con los supervisores de los hogares. El primer objetivo de estas reuniones fue, según un informante clave "pensar cómo trabajar con los operadores cómo pensar un niño, cómo pensar la subjetividad". Actualmente se trabajan casos o dudas puntuales y se supervisan situaciones de crisis.

Luego, surgió el pedido de que el programa empiece a intervenir con los niños, niñas y adolescentes alojados en los hogares. Explica un informante clave del PAC: "La condición que le pusimos a Niñez en ese momento para empezar a intervenir como programa fue que todos los chicos de hogares en los que nosotros interviniéramos fueran asistidos en el efector público; por lo cual nosotros también tenemos que garantizar después que el efector público les diera atención, y que los chicos tienen que ser medicados por el efector público." Esto concuerda con la política propuesta por la DGNyA, desde donde se intenta promover que la atención en salud mental de este grupo de niños y niñas se realice en efectores públicos.³²

El PAC comenzó así a intervenir de dos maneras: por un lado, realizando evaluaciones de niños cuyos casos generaran dudas a los supervisores de la DGNyA acerca de su diagnóstico y tratamiento; por otro, generando estrategias para favorecer la accesibilidad de este grupo de niños a la atención en salud mental en efectores públicos, preferentemente cercanos a los hogares. Según un informante clave del PAC, muchas veces en los hospitales o en los CESAC no atienden a niños que se presentan con problemáticas complejas por no tener a un psiquiatra o una psicopedagoga disponible, o por no existir en dichos efectores equipos interdisciplinarios. En esos casos, el programa realiza una apoya-tura interdisciplinaria al equipo tratante, proporcionándole espacios de supervisión así como profesionales que se acercan a dicho efector para atender allí mismo al niño en cuestión.

En concordancia con dos de los ejes que organizan el trabajo del PAC, la capacitación de recursos humanos y el trabajo en red, existe una política para incluir en el trabajo con los hogares a los psiquiatras residentes que se encuentran rotando por el PAC, quienes acompañan a los supervisores en las visitas a los hogares, aportando una mirada disciplinaria que no se encuentra representada en los equipos de supervisión de la DGNyA. Esto es de gran importancia, por ejemplo, en la evaluación de la medicación psiquiátrica que se administra a los niños allí alojados.

Un informante clave de la DGNyA hizo hincapié en que se trata de la primera vez en que existe una articulación formal entre esta Dirección y Salud Men-

32 Michalewicz, A. (2010): Op. Cit.

tal: “Hay una articulación más institucional, que es lo que queremos que perdure en el tiempo. Si no, con el cambio de gestiones se van cortando los canales y tenés canales informales nada más. (...) Cuanto más cosas abrís, más instalas la cuestión del canal formal y después no va a ser tan fácil desinstalarlo.”

Por tratarse el PAC de un programa orientado hacia niños con trastornos mentales severos, la mayoría de los casos que les llegan provienen de hogares de atención especializada. Sin embargo, en la presentación de los casos, el *trastorno mental severo* es considerado por los profesionales del PAC como sólo uno de los componentes de una situación compleja. Según un informante clave del Programa, “después de los 90’ las problemáticas eran tan complejas que no alcanzaba sólo con favorecer un muy buen tratamiento con los chicos, que había que pensar esto que Galende habla de esta dimensión de inclusión/exclusión social para pensar las problemáticas en los niños”. Al tornarse insuficientes los tratamientos psicoterapéuticos para afrontar la complejidad de ciertas situaciones, se planteó una modalidad de abordaje comunitaria con un fuerte componente interdisciplinario e intersectorial y el énfasis puesto en el abordaje en red.

Una informante clave describe el viraje que se dio en la manera de concebir la problemática, resumiendo cuál es la orientación del PAC para pensar un abordaje posible: “Se pasó de trabajar mayormente con trastornos mentales severos a trabajar con situaciones complejas en la infancia. *Pasamos de pensar la cura a pensar modos de alojamiento*”.

4. CONCLUSIONES

Los niños, niñas y adolescentes alojados en hogares en la Ciudad de Buenos Aires constituyen –por sus características de desamparo y desafiliación social– un grupo de riesgo en relación al derecho a la salud mental. A su vez, el riesgo de objetivación que implica el proceso de medicalización de la infancia –el cual se expresa de una manera particular en este grupo– supone la necesidad de un extremado cuidado en función de que la atención de sus problemáticas en los efectores de salud mental se realice con un profundo respeto por los derechos humanos. El reconocimiento de su derecho a la salud incluye, entre otras cosas, el derecho a la no medicalización de la vida.³³

El abordaje de las modalidades de sufrimiento psíquico que muchos de ellos presentan se torna imposible si se pretende utilizar a la psicopatología como

33 Stolkner, A. (2010): “Derechos humanos y derecho a la salud en América Latina: la doble faz de una idea potente”, en *Medicina social*, volumen 5, nº1.

única herramienta. Abordajes que hagan eje en el trabajo interdisciplinario e El abordaje de las modalidades de sufrimiento psíquico que muchos de ellos presentan se torna imposible si se pretende utilizar a la psicopatología como única herramienta. Abordajes que hagan eje en el trabajo interdisciplinario e intersectorial pueden constituirse en alternativas más eficaces para dar respuesta a la complejidad de las demandas que surgen por parte de este grupo.

La labilidad de la inserción socio-familiar de los niños, niñas y adolescentes que son objeto del presente trabajo (y la de sus familias) se constituye como una característica central de la problemática. Si bien esto puede exceder en alguna medida la posibilidad de acción –e incluso la función– de los servicios de salud mental, se constituye en una responsabilidad de los profesionales el dar cuenta de la estrecha relación que existe entre exclusión social y sufrimiento psíquico, reconduciendo ambos a las modalidades particulares de organización social que constituyen su génesis.

La ineludible búsqueda de respuestas técnicas adecuadas para aliviar el sufrimiento psíquico de este grupo de niños no debe invisibilizar la necesidad de respuestas políticas que puedan abordar a la exclusión social como núcleo central del problema.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barcala, A. (2010):** "El impacto de las políticas neoliberales de los 90 en el ámbito de la salud mental.", en Benasayag y Dueñas (Comp.), *Malestares en la cultura contemporánea y sus efectos complejos en salud y educación. Mitos-Realidades-Negocios. Desafíos y propuestas*, Buenos Aires, Editorial Noveduc. (En prensa)
- Barcala, A.; Torricelli, F.; Álvarez Zunino, P. (2008):** "Programa de Atención Comunitaria a Niños/ as y Adolescentes con Trastornos Mentales Severos: Una construcción que articula la experiencia clínica, la investigación académica y su transferencia al sistema sanitario". Publicación Premio Facultad de Psicología Universidad de Buenos Aires 2008, Dispositivos en Salud Mental. Aportes de la Psicología.
- Castel, R. (1991):** "La dinámica de los procesos de marginalización: de la vulnerabilidad a la exclusión" en *El Espacio Institucional*, Buenos Aires, Lugar Editorial.
- Castel R., (1991):** "Los desafilados: la precariedad del trabajo y la vulnerabilidad relacional", en *Revista Topía*, año 1, Nº 3, Buenos Aires.
- Comes, Y. (2004):** "La accesibilidad: una revisión conceptual", Documento laboris del Proyecto de investigación P077 - UBACyT.
- Conrad, P. (1982):** "Sobre la medicalización de la anormalidad y el control social", en Ingleby, D. (Ed.), *Psiquiatría crítica: la política de la salud mental*, Barcelona, Crítica-Grijalbo.
- Decreto Nº 874/2004.** Modificación del Proyecto de Convenio a celebrarse entre el GCABA y las ONG que atienden la problemática de niñas, niños y adolescentes. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Publicado el 27/05/2004 en el B. O.
- Dirección General de Niñez y Adolescencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2007):** Programa de Atención Integral de Niños, Niñas y Adolescentes: "Área de Supervisión y Monitoreo de Instituciones Conveniadas", Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Faraone, S. et al. (2010):** "Medical discourse and marketing strategies of the pharmaceutical industry in the process of medicalization of childhood in Argentina.", en *Interface - Comunic., Saude, Educ.*, v.14, n.34, p.xxx-xx, jul./set. 2010.
- Foucault, M. (1996):** *La vida de los hombres infames*, Buenos Aires, Altamira.
- Galende, E. (1997):** *De Un Horizonte Incierto Psicoanálisis y Salud Mental en la sociedad actual*, Buenos Aires, Paidós.
- García, R. (1986):** "Interdisciplinariedad y Sistemas Complejos", en *Educación en Ambiente para el Desarrollo Sustentable*, Buenos Aires, CTERA.

Luciani Conde, L. (2008): "La problematización social de la infancia: las políticas destinadas a la niñez y adolescencia como cuestión de Estado", en Luciani Conde, L. & Barcala, A. (organizadores), *Derechos en la niñez: Políticas públicas y efectivización del derecho a la salud en el contexto de la protección integral*, Buenos Aires, Teseo.

Michalewicz, A. (2010): "Accesibilidad a la atención en salud mental de los niños, niñas y adolescentes alojados en hogares convivenciales (ONG) en convenio con la DGNyA de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en *Revista del Instituto de Investigaciones de la Facultad de Psicología, Investigaciones en Psicología*, año 15, Nº 2, ISSN 0329-5893.

Ministerio Público Tutelar de la CABA (2010): *Redefiniendo el rol del asesor de menores. Monografías seleccionadas en las XXII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos 2009*, Buenos Aires, Eudeba.

Ministerio Público Tutelar de la CABA (2009): *Niñez, adolescencia y salud mental en la CABA. Informe de gestión. Período 2009*, Buenos Aires, Eudeba.

Stolkiner, A. (2010): "Derechos humanos y derecho a la salud en América Latina: la doble faz de una idea potente", en *Medicina social*, volumen 5, nº1.

Stolkiner, A. (2009): "Niños y adolescentes e instituciones de Salud Mental", en Calveyra, S. & De Gemmis, V. (compiladores), *Del Invento a la Herramienta, segunda edición*, Buenos Aires, Polemos.

Stolkiner, A. y Otros (2000): "Reforma del Sector Salud y utilización de servicios de salud en familias NBI: estudio de caso", en Domínguez Mon, A. y otros (compiladores), *La Salud en Crisis- Un análisis desde la perspectiva de las Ciencias Sociales*, Buenos Aires, Dunken.

Stolkiner, A. (1994): "Tiempos 'Posmodernos': Procesos de Ajuste y Salud Mental", en Saidon, O y Troianovsky, P. (comps.), *Políticas en Salud Mental*, Buenos Aires, Lugar Editorial.

Stolkiner, A. y Solitario R. (2007): "Atención Primaria de la Salud y Salud Mental: la articulación entre dos utopías", en Maceira, D. (comp.) *Atención Primaria en Salud- Enfoques interdisciplinarios*, Buenos Aires, Ed. Paidós.

Strauss y Corbin (1994): "Grounded Theory Methodology", en Denzin y Lincoln (comps.), *Handbook of Qualitative Research*, California, Sage.

EL ABOGADO DEL NIÑO Y UNA NECESARIA REFORMULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

MARTÍN A. FELLER¹

“El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir, y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras...”

Artículo 13 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La libertad de expresión consagrada en nuestra Carta Magna y en el denominado *bloque de constitucionalidad* (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19, inc. 2 y art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño - CIDN)² constituye la piedra angular en la cual se asientan los derechos fundamentales, personalísimos e irrenunciables de nuestro ordenamiento jurídico. Desde las relaciones primigenias dadas por el entorno familiar hasta la relación con los demás, la importancia de poder decir aquello que pensamos y la garantía de que, en efecto, lo podamos hacer debe estar presente en toda la vida del sujeto y no solo desde que alcanza la mayoría de edad.

Alcanzar esa concepción ha costado décadas de tratamiento. Aun hoy, con la generosidad que nos da la normativa vigente, los niños (otro *menores*) deben todavía lidiar, cultural y jurídicamente, con ese *doble juego* de protección, ligado muchas veces a una suerte de condescendencia y de represión, pues a

1 Abogado (UBA) y Experto en función judicial (Universidad de Morón, reconocido por la CONEAU). Actualmente se desempeña como Oficial Mayor del Juzgado de Garantías del Joven de San Miguel – Provincia de Buenos Aires.

2 El art. 19, inc. 2 del Pacto dice: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Sobre el art.12 de la CIDN hablaremos mas adelante.

menudo no resultan del todo claras las modalidades en cuanto al derecho a opinar, peticionar y en definitiva hacer valer su voz.

En el modelo de la denominada *situación irregular*, el niño era claramente un objeto de protección. Se decidía según lo que los adultos –llámese padres, juez, asesores de menores– creían más conveniente para su bienestar, sin la obligatoriedad de valorar los intereses del niño.

Era –y sigue siendo– bastante frecuente encontrar en las relaciones intrafamiliares la frase típica: “No te metas, están hablando los grandes”.

No es casual que la palabra niño –derivada del latín, *infans*– etimológicamente signifique *el que no habla*.

No deja de ser cierto que los niños pequeños cuentan con un lenguaje verbal limitado. En un comienzo balbucean, señalan y las interjecciones comprenden toda su modalidad expresiva.

Es necesario comprender al lenguaje desde una noción amplia, a partir del entendimiento de que nos comunicamos desde que nacemos.

Ello genera la responsabilidad en nosotros, los adultos, los que detentamos el poder, de contar con la sensibilidad necesaria para escuchar al niño e intentar comprenderlo y respetarlo.

El derecho del niño a ser oído y a participar en todo procedimiento judicial y/o administrativo en que tenga un interés debe ser dotado de todas las herramientas adecuadas de las cuales disponga la sociedad a fin de que no caiga en un vacío.

Esas herramientas provendrán de revisar las todavía presentes inconsistencias en nuestro ordenamiento (más específicamente en nuestro Código Civil) y en la necesaria armonización que debe existir a nivel jurisprudencial a los fines de brindar coherencia al sistema bajo el amparo de la Ley Nº 26.061³ de promoción y protección de derechos.

Términos como *menor* deben ser eliminados de las normas residuales del régimen de patronato.

El Estado en un sentido general (Nacional, Provincial, Municipal) debe proporcionar los recursos suficientes a los fines de que la figura del *abogado del niño* no sea solo una bella expresión de deseos y quede así garantizada la gratuidad de la asistencia técnica indispensable para una adecuada defensa de derechos.

³ Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, sancionada el 28/09/2005, publicada el 21/10/2005.

Se trata aquí de poner límites tanto a la autoridad parental, que todavía hoy descansa en las viejas normas del Código Civil, y a la autoridad judicial, hoy más limitada por la sanción de la Ley Nº 26.061 y las leyes provinciales.

2. NECESIDAD DE UN CAMBIO CULTURAL

2.1. HACIA LA CONCEPCIÓN DE CAPACIDAD PROGRESIVA

Resulta atinado a los fines de ilustrar la necesidad de reforma legal y revisar el concepto de patria potestad –el cual debe ajustarse a las necesidades de orden social, en este caso de salud reproductiva y desde luego a los derechos personalísimos del niño a informarse y a expresar así su opinión– citar el voto de la Dra. Ana María Conde en el marco del fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 14 de octubre de 2003, en el cual la Liga de Amas de Casa, consumidores y usuarios de República Argentina y la Asociación Pro Familia promovían una demanda contra la Ciudad, solicitando la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 5 y 7 de la Ley Nº 418⁴ de Salud Reproductiva y Procreación Responsable.

Basaban su pretensión en que la norma que autoriza a la autoridad de aplicación a informar, asesorar, prescribir y proveer métodos anticonceptivos –cualquiera sea su índole– a menores de edad (quienes encuadrarían dentro de los destinatarios de la Ley: “población en general, especialmente personas en edad fértil”), sin necesidad del consentimiento expreso de sus padres o representantes legales, o en su defecto del Ministerio Pupilar, constituían una clara violación al régimen de patria potestad consagrado en el Código Civil.

Dijo al respecto la Dra. Ana María Conde: “La transformación sufrida por la patria potestad en el curso de la historia es testimonio de la evolución operada en la estructura y las funciones sociales de la familia misma. Cuando la familia es el ámbito sociopolítico fundamental, la patria potestad es fuente de poderosos, y aún despóticos, vínculos de sujeción al poder paterno –como ocurriera en el mundo helénico o romano o con el instituto del Munt del derecho germánico primitivo, aún cuando éste presentaba un mayor sesgo protectorio–; pero la historia muestra un paulatino e incontenible debilitamiento de este poder absoluto y ello ocurre porque, a medida que el Estado va cobrando poder, la familia, que anteriormente era el único y exclusivo centro de poder social, debe transferir funciones que antes eran exclusivas. De tal modo, la patria potestad

4 Ley Nº 418 de Salud Reproductiva y Procreación de la CABA sancionada el 22/06/2000, promulgada el 12/07/2000, publicada el 21/07/2000. en el B.O.

se corresponde, en su contenido, con las funciones que cumple la familia en el contexto...”⁵

El concepto tradicional de patria potestad que emana de nuestro Código Civil está siendo modificado por el nuevo mapa normativo de derechos humanos y más precisamente en el ámbito del derecho de la niñez. No es que los padres pierdan su autoridad y la posibilidad de supervisar el desarrollo de sus hijos, sino que se les imponen ciertos límites a los fines del resguardo de la dignidad humana.

La importancia del derecho a ser oído y consecuentemente la posibilidad de que el niño participe activamente en la defensa de sus derechos es la verdadera llave que permite pasar del viejo régimen de patronato –paradójicamente limitador de la autoridad parental aunque en su reemplazo se le brinda un poder omnímodo al juez– al sistema de protección integral de derechos. En ese sentido, en su voto la Dra. Conde sostuvo: “De esta forma, y teniendo especialmente en cuenta las pautas establecidas en la Convención de los Derechos del Niño (que integra la Constitución Nacional en virtud de lo dispuesto en el art. 22 inc. 75), ha quedado definido el perfil actual de la patria potestad en consonancia con las modernas orientaciones jurídicas en la materia.”⁶

La reforma constitucional de 1994, que en su art. 75, inc. 22 les da a los tratados internacionales de DDHH jerarquía constitucional, fue clave a los fines de efectuar las reformulaciones necesarias, pues constituyen una verdadera rueda de auxilio ante cualquier retraso legislativo. En tal sentido se ha dicho: “Puede afirmarse, por consiguiente, que la noción de subordinación a la autoridad paterna no depende sólo de lo reglado en la legislación infraconstitucional de nuestro país sino también de lo dispuesto en los tratados y pactos internacionales que la Constitución incorpora a su texto, siendo –incluso– de orden jerárquico superior lo establecido en ellos frente al supuesto de controversia con la Ley civil (art. 31, CN)”⁷.

“Así definido e integrado el concepto de patria potestad, se destacan lineamientos básicos e insoslayables del régimen de tutela aplicable a los menores de edad, en virtud de los cuales no se discute que: 1) el niño es titular de todos los derechos inherentes a su condición de persona, 2) goza, además de derechos específicos con el objeto de garantizar su mejor desarrollo y formación; 3) los padres o encargados de la custodia del niño son los responsables de su

5 T.S.J C.A.B.A “Fallo Ligas De Amas De Casa vs. Gobierno de la C.A.B.A,14/10/2003.

6 Ídem.

7 Ídem.

crianza y educación y de velar por su bienestar y 4) el mejor interés del niño es el principio que rige toda la actividad relacionada con ellos..⁸

El cambio de paradigma implica un serio compromiso por parte del Estado a velar por los intereses de los niños y adolescentes en el marco de un libre ejercicio de sus derechos, los cuales deben ser garantizados por medio de herramientas idóneas y verdadera voluntad política de lograr fuertes cambios. Asimismo nos impone un deber a nosotros, la sociedad, de ser receptivos a esos cambios y en definitiva de acuñar una cultura de respeto al otro, a la diversidad y a la dignidad humana.

3. PARTICIPACIÓN DEL NIÑO EN UN PROCESO JUDICIAL

3.1. CRITERIOS FIJOS VS. CAPACIDAD PROGRESIVA

Es esencial a los fines de garantizar la plena satisfacción de derechos que los niños cuenten con un medio eficaz de participación en todos aquellos procedimientos en los cuales tengan un interés.

Es decir, que los niños puedan participar, opinar, presentar ante el juez sus pretensiones y obligar de ese modo a la toma de una decisión fundada por parte de éste.

De ello se desprende que resulta obligatoria *la intermediación* entre el juez y el niño, a los fines de que su opinión sea debidamente valorada.

Ya se ha dicho que "el perfil sobreprotector de la minoridad configuró un sistema tramposo en tanto se alimentó de una vigorosa dominación sobre los hijos, con la imposición a ellas de dependencia estéril que a la postre les resultó debilitadora y desestructurante. En suma, esa idea angelical y mágica de los niños se tradujo en los hechos en un instrumento esterilizador que dificultó su cabal inserción en la Sociedad".⁹

Las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003) tuvieron un pronunciamiento específico sobre el respeto a la autonomía de los niños y la necesidad de una reforma al Código Civil.

Entre otras cuestiones se señaló que "las decisiones de los padres respecto de los hijos menores, en tanto importan la gestión de intereses de otros y carecen de poder vinculante ante la judicatura, no se inscriben en el ámbito del principio de autonomía de la voluntad", y que "la implementación plena de la

8 Ídem.

9 Mizrahi, M. (2002) "El Derecho Del niño a un desarrollo autónomo y la nueva exegesis del Código Civil", en *Revista Derecho de Familia* Nº 26, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot.

Convención Internacional de los Derechos del Niño en la familia exige la revisión de actitudes y relaciones que los adultos mantienen con los niños y jóvenes. Pero también demanda un nuevo marco legislativo que tome debida nota de que existe interdependencia entre los conceptos de patria potestad y las facultades de los niños”¹⁰.

El art. 12 de la CIDN consagra: “Los Estados Partes en la presente Convención 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 debida cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño la 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 de procedimiento de la ley nacional...”

La Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes define el “interés superior de la niña, niño y adolescente” cuando en su art. 3 establece: “A los efectos de la presente Ley se entiende por interés superior la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos reconocidos por esta Ley”.

La Ley Nº 114 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹¹, en su art. 17 establece: “Los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a ser oídos en cualquier ámbito cuando se traten niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”. A su vez, el art. 24 consagra el “derecho del niño a opinar y ser oído en relación a sus intereses o al encontrarse involucrados personalmente en cuestiones o procedimientos relativos a sus derechos”.

La CIDN parecería, en su redacción, supeditar el derecho a ser oído a que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio; pero una interpretación armónica obliga a abandonar rápidamente esa idea.

El discernimiento debe entenderse como la posibilidad de distinguir entre el bien y el mal, según la definición que nos da la Real Academia Española.

La capacidad de discernir otorga al sujeto la posibilidad de prever en cierta forma las implicancias de sus actos y hacerse responsable por ello.

De una interpretación armónica de los principios de la CIDN se infiere que la prescripción del art. 12.1 no debe ser leída en un sentido literal, en cuanto a que al niño se le garantizará el derecho de expresar su opinión libremente en todos

10 XIX jornadas de Derecho Civil de Rosario (2003) punto 4.1-lege data- despacho C de mayoría.

11 Ley Nº 114, sancionada el 3/12/98, promulgada el 04/01/1999, publicada el 3/02/1999 en el B.O.

los asuntos que lo afecten basado en la posibilidad de formarse un juicio propio o cuando adquiera determinada madurez intelectual. No olvidemos que el pilar fundamental de la Convención es la lucha por la dignidad y los derechos inalienables de los niños.

A lo largo de su articulado vemos cláusulas claras que respetan el principio de capacidad progresiva. Así el art. 5 establece: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención...”

También podemos citar el art. 14.2: “Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

La intervención de los padres en la educación de sus hijos está vinculada a la orientación a los fines de que puedan ejercer los derechos que la CIDN les reconoce. Podemos decir que se democratiza la mecánica familiar. Los niños dejan de ser así un objeto de posesión de sus padres, quienes pierden de ese modo la discrecionalidad.

Es habitual en las contiendas derivadas de los juicios de alimentos y tenencia la tendencia de los padres a tomar al niño como un botín de guerra. Lamentablemente hay padres que impiden de manera arbitraria el debido contacto de un hijo con uno de los progenitores –el que no ejerce la tenencia como represalia o “venganza”.

A medida que se desarrolla física y psíquicamente, el niño va ganando autonomía y se va formando un juicio propio. Eso es la capacidad progresiva. La tarea de los padres es ofrecerles su guía en la búsqueda de esa autonomía.

Del voto de la Dra. Ana María Conde en el fallo *Ligas de Amas de Casa vs. Gobierno de la Ciudad Autónoma De Buenos Aires* se puede ilustrar con meridiana claridad lo que decimos cuando hablamos de *capacidad progresiva*.

En ese sentido, la magistrada ha dicho: “Toda la conformación del régimen legal de los menores está vertebrada por su carácter tutelar y protectorio y la finalidad de esta conformación es la de permitir el desarrollo de un sujeto autónomo. *Los menores van adquiriendo competencias en función de su madurez psíquica, grado de educación alcanzado, circunstancias sociales, entorno*

*familiar, etc. Al ser humano no le viene dada la autonomía sino que ésta se forja a través de la educación, que aparece, así como la principal función de los padres...*¹²

La concepción de la capacidad progresiva parece estar recepcionada también en la Ley Nº 13.298 de la Provincia de Buenos Aires de "La Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños", donde se establece que "para determinar el interés superior del niño en una situación concreta, se debe apreciar: (...) b) la opinión de los niños de acuerdo a su desarrollo psicofísico".

El Código Civil, en su art. 921, establece: "Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente están sin uso de razón."¹³

De la lectura de este artículo se puede colegir que los menores con una edad superior a los catorce años, al tener plena noción de los actos lícitos, podrían contratar válidamente los servicios de un letrado a los fines de contar con una participación *en pie de igualdad con los adultos y discutir como pares sobre aquellos asuntos que lo atañen*.

La cuestión resulta más compleja para los denominados *menores impúberes*, según la clasificación que usa el Código, dado que no pueden realizar actos por sí mismos, pues se habla de "incapacidad absoluta de hecho aunque por razones de índole práctica se les permite realizar los denominados 'pequeños contratos'".

A la luz de las normas del Código Civil que distinguen entre personas menores de edad impúberes y adultas, los adolescentes mayores de 14 años deberían ejercer este *derecho* por sí mismos, es decir, no debería haber obstáculos que les impidieran la designación.

Se han esgrimido dos criterios para clasificar la capacidad de un niño, basados en un orden cronológico, uno *fijo* y otro *flexible*:

Fijo: El sistema cronológico habitualmente sitúa la posibilidad que el menor pueda elegir su abogado entre los 14 y 16 años, ya que se entiende que a partir de allí puede comprender las consecuencias de sus actos.

Flexible: Se relaciona con el concepto de capacidades progresivas. Generalmente se establece un test para asegurar previamente la independencia de

12 -T.S.J CABA, "Fallo Ligas de Amas de Casa vs. Gobierno de la CABA,14/10/2003.

13 Art. 4, párrafo 2.b. Principios generales de la Ley Nº 13.298, sancionada el 29/12/2004, promulgada el 14/01/2005 y publicada el 27/01/2005 en el B.O.

criterio del niño y su competencia para elegir por sí y participar del pleito. Así, aunque no hubiera alcanzado la edad de 14 años, un niño puede acceder al patrocinio letrado.

Esta solución guarda congruencia con la norma contenida en el art. 5 de la CIDN que establece la capacidad progresiva de los niños, las niñas y los adolescentes.

En el caso de los denominados civilmente como *menores impúberes* la cuestión resulta más compleja, dado que, según la interpretación literal del Código Civil, los mismos no pueden realizar actos por sí mismos pues poseen “incapacidad absoluta de hecho”.

Se dice que, en los casos en los que los niños no posean el grado de madurez y/o desarrollo adecuado, serán los padres y/o sus representantes legales quienes tendrán a cargo la realización de esos actos, aunque claro, no podrán hacerlo cuando exista un conflicto intrafamiliar entre estos y el niño.

En cuanto a la cuestión de la asistencia letrada al niño, se ha dicho que “una interpretación armónica de las normas contenidas en el art. 27, inc. c y en el art. 29 conduce a afirmar que independientemente de que el niño carezca o no de recursos, el Estado está obligado –como mínimo– a poner a su disposición lo necesario para contar con asistencia letrada en todo procedimiento administrativo o judicial que lo afecte”¹⁴.

En la Argentina sigue rigiendo el sistema cronológico fijo. El niño no puede comparecer en juicio por sí antes de los 14 años. La Ley Nº 26.061 no ha derogado las normas del Código Civil, y éste ha seguido un criterio rígido en el cual asigna o niega el discernimiento a ciertos sujetos en virtud de la edad que permite presumir cierta madurez.

La jurisprudencia ha receptado los principios emanados de la CIDN en cuestiones sobre tenencia, salud, patria potestad y adopción.

En ese sentido la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, de la Ciudad de Azul ha sostenido que: “(...) Si bien tales manifestaciones no son vinculantes para el juez, no existe ningún dato objetivo para apartarse de las necesidades explicitadas en esa audiencia, atendiendo a su edad de maduración, lo que por otro lado es coincidente con lo informado por los dictámenes periciales analizados (fs. cit. supra). Sobre el tópico tiene dicho esta Sala en consideraciones que habré de reiterar que ‘es indiscutible en esta hora el

14 Extracto de la ponencia 31 del IV Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI, “Abogacía y Magistratura en los procesos de cambio Social Buenos Aires”, que tuvo lugar el 19, 20 y 21 de abril de 2007, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

reconocimiento de la normativa constitucional y supra constitucional Administrativo que afecte al niño' y se garantiza su derecho 'de expresar su opinión libremente en todos los asuntos (que lo) afecten teniéndose debidamente en cuenta (sus) opiniones en función de su edad y madurez''¹⁵.

En un mismo sentido, la Excma. Cámara de Apelaciones de Morón ha dicho: "Se destacan entre las características del proceso justo constitucional para el niño y el adolescente: el derecho que le asiste a ser oído por un juez, que sea debidamente representado, que se dispongan medidas cautelares, tutela urgente y anticipatoria de acuerdo a las necesidades que deben protegerse y sobre todo el derecho a la resolución del conflicto en un tiempo razonable, al leer del art. 15 de la Constitución Provincial..."¹⁶.

No se puede soslayar el voto del Dr. Pettigiani en el fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires "O.N.L." del 20 de septiembre de 2006, el cual permite ilustrar el alcance del derecho del niño a ser oído: "(...) Considero de primordial importancia que en asuntos en los que se encuentra comprometida la persona de menores, éstos sean directa y personalmente conocidos y debidamente escuchados por aquellos que tengan la potestad de decidir legalmente sobre la conflictiva que los aqueja. Ello con mayor razón en situaciones como la planteada en estos obrados donde la tutela urgente se agudiza en razón de la entidad de los derechos comprometidos...". Agrega además que hay un "mandato legal que fuera recepcionado en el ámbito local por los arts. 3 ap. b), 24 y especialmente el 27 aps. a) y b), todos de la Ley Nº 26.061..."

Destaca también la necesidad de intermediación entre el juez y el niño y el carácter personalísimo del derecho a ser oído: "(...) Es fundamental que el juez, al enfrentarse con estos conflictos recabe la opinión de los menores a través de una formulación amplia e inespecífica, contando en todos los casos con el auxilio de peritos terapeutas familiares. El derecho a ser oído reviste carácter personalísimo, por lo que no puede admitirse que se supla su ejercicio a través de la figura del representante promiscuo del menor, el asesor de menores. Escuchar a los menores no implica que deba atenderse necesariamente a sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración de su medio -para lo cual cabe contar con el aporte inestimable de asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés, en cu-

15 Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, fallo A,S,c/T.M s/ tenencia del 16-06-09.

16 Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, fallo Ministerio Pupilar c/ S.D.S. s /privación de la patria potestad,14/05/2009.

yo caso se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientándolo a la comprensión de la decisión y sus motivos...¹⁷.

Se limita la facultad de los jueces por cuanto resulta "(...) indispensable que en tales supuestos de colisión con el deseo de los menores el juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida"¹⁸.

Asimismo no discrimina según la edad del menor: "(...) Cabe garantizar a los menores y niños la expresión libre de su opinión, dándoles oportunidad de ser escuchados. Y en ello, dada la especialísima naturaleza de los asuntos sometidos a conocimiento jurisdiccional, los magistrados intervinientes deben estar auxiliados –como ha quedado dicho– por profesionales psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales..."¹⁹

La importancia de este voto radica en que constituye una clara reformulación de preceptos que están incorporados en nuestro Código Civil. En primer lugar pone en cabeza del juez la obligación de escuchar al niño en cualquier estadio del proceso en todo asunto que sea de su interés.

Obsérvese que en un momento del fallo se habla incluso de la ayuda de peritos. Es decir, postula que no puede ser excusa la escasa maduración del niño para denegarle una participación activa en el proceso, a pesar de las dificultades para ser comprendido verbalmente, pues puede darse a entender por medio de la ayuda de profesionales a los fines de que los magistrados conozcan y valoren el punto de vista del niño.

Un aspecto realmente interesante del fallo lo da el carácter personalísimo del derecho a ser oído evitando cualquier tipo de intermediación, incluso dice la del asesor de menores.

Ello resulta fundamental para comprender el alcance del cambio cultural en relación el modo en que se concibe al niño: éste deja de ser un objeto de protección para pasar a ser un sujeto complejo, con pretensiones que deben ser atentamente escuchadas, sin la obligatoria presencia de intermediarios o representantes que puedan suplir su voluntad.

Deja claro, además, que no es posible hablar del interés superior del niño sin una efectiva participación de éste en la toma de decisiones en temas que lo vinculen.

17 Fallo "O.N.L. c/ P.D.E s/ tenencia, 24/10/2001. Ac.71.380.

18 Ídem.

19 Ídem.

Como vemos, opera un claro límite a la autoridad de los jueces, quienes no pueden apartarse sin fundamentar debidamente de las pretensiones del niño.

También opera un claro límite a la autoridad de los padres, ya que de lo expuesto hasta aquí da la impresión de que no hay decisión que tomen los padres en el marco del ejercicio de la patria potestad que no pueda ser cuestionada por los hijos en el ámbito de la Justicia.

En el nuevo paradigma, queda totalmente abolida la concepción de menor incapaz. En su reemplazo se establece la de un sujeto de derecho con una capacidad progresiva donde la tarea y deber de los padres es el acompañamiento y la orientación.

El viejo modelo de una autoridad parental indiscutible –suplido en algunas circunstancias por un juez que podía *disponer* del niño como mejor creyera conveniente sin tomar en cuenta los deseos, pretensiones y eventuales derechos conculcados– cede ante el deber que imponen las normas y la jurisprudencia de que el menor sea oído en cualquier etapa del proceso. Aun más: queda establecida la obligación de agotar todos los medios necesarios a los fines de que esto suceda, esto es, recurrir a especialistas en los casos en los cuales el niño al ser muy pequeño cuente con un lenguaje precario.

La doctrina y la jurisprudencia parece ser pacífica en cuanto al derecho de que el niño sea oído en todo procedimiento judicial y administrativo en el cual sea parte y en cuanto al principio de capacidad progresiva.

No ocurre lo mismo en cuanto a la posibilidad de que el niño cuente con un abogado a los fines de la mejor defensa de sus derechos.

Existe todavía arraigo a las categorizaciones rígidas del Código Civil por cuanto cuenta con mayores chances de reconocimiento el *menor adulto* que el *menor impúber*. Esto deriva en situaciones de verdadera injusticia, en las que en un mismo proceso, puede llegar a intervenir un niño de 15 años con letrado y un niño de 12 sin asistencia técnica, aun cuando la situación planteada los involucre a ambos por igual (como por ejemplo, si debe definirse un régimen de tenencia).²⁰

La supuesta falta de madurez del niño que se deduce ateniéndose únicamente a criterios cronológicos ya ha sido alegada por una anterior composición de la Corte Suprema al decir que "(...) no es un imperativo la consulta directa de la voluntad de la niña. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea 'directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado',

20 Fallo L, R, c / M.Q.G., Cámara Nacional De Apelaciones, Sala I, DEL 4/03/009.

circunstancia satisfecha en el 'sub lite' dada la intervención del asesor de menores en ambas instancias..."²¹.

En un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, del 28 de septiembre 2006 (caso R., M. A.), se da una situación bastante atípica en la cual una letrada, basada en el art. 27 de la Ley Nº 26.061, se presenta a los fines de patrocinar a su cliente: una niña de tan solo 3 años de edad. En primera instancia se rechaza la legitimación de la abogada patrocinante y la Cámara confirma el fallo. En su presentación, el defensor de menores alega que la menor no tendría la madurez psicofísica necesaria y la prohibición absoluta de contratar.

La Cámara se refiere que "(...) sin adentrarse la discusión sobre tal derecho alegado, lo cierto es que la nueva normativa debe ser interpretada en conjunción con la ya existente pues una debida hermenéutica de la misma nos lleva a concluir que en el presente caso la escasa edad del menor, 3 años, impide que pueda considerarse la actuación como parte legítima de un letrado patrocinante que no fue elegido por el interesado, encontrándose en imposibilidad de condiciones de comprender la trascendencia de dicha actuación (...). En razón de lo antedicho y considerando aún que la representante legal del menor sigue siendo su progenitora, pues ésta no ha sido privada ni suspendida en el ejercicio de la patria potestad, con más la intervención de los funcionarios de menores estatales nacionales, ello torna improcedente la representación pretendida, pues como se ha dicho los intereses y derechos del niño se encuentran ampliamente protegidos y garantizados en el proceso judicial, máxime teniendo en cuenta que existe un juez que interviene en la causa y que velará sin lugar a dudas por su estricto cumplimiento, teniendo en cuenta que ni siquiera se ha alegado seriamente que esta defensa se encuentre menoscabada por quienes ya se encuentran interviniendo..."²² Podemos hacer un verdadero glosario de normas que establece el Código que ameritan su revisión a fin de que se adecuen a los postulados de la CIDN y demás tratados internacionales de DDHH.

Es necesario eliminar la categoría de *incapaces* del Código Civil, la cual deja afuera no sólo a los niños y adolescentes sino a todas aquellas personas comprendidas en virtud del respeto a la dignidad humana según los tratados de DDHH. Debe reformularse el termino por el de *capacidad progresiva*.

Asimismo debe derogarse el art. 127 del Código por cuanto establece un criterio fijo, estableciendo dos categorías de niños: los menores de 14 años de

21 Fallo "WILNER EDUARDO C/ OSSWALD MARIA GABRIELA del 14/06/95,CSJN LL 1996-A-260, E.D 164-13

22 C. N. Civ., Sala K 28/09/2006, DJ 2007-1-602.

edad (que son *impúberes* y tienen incapacidad absoluta de hecho) y los mayores de esa edad (que pasan a ser *menores adultos*). Solo estos últimos están autorizados a realizar aquellos actos que las leyes determinen.²³

A mi manera de entender, esa división es arbitraria y por ende vulnera claramente el principio de igualdad ante la Ley, ya que sin ningún rigor científico más que una razón meramente pragmática establece una división que deja inexplicablemente a un grupo social –los *menores impúberes*– en una situación sumamente desventajosa en relación a los *menores adultos*, quienes corren con mayor suerte a la hora de defender sus derechos en un proceso judicial o administrativo.

La figura del asesor de menores debería quedar relegada a aquellas situaciones en las cuales el niño no esté en condiciones personales de ejercer sus derechos (por falta de desarrollo madurativo) y a los fines de velar únicamente por el interés público general, dejando al letrado abocado a los intereses particulares.

Correspondería reformular el art. 266, allí donde establece que “los hijos deben respeto y obediencia a sus padres...”

Me parece que la redacción responde más al viejo esquema de autoridad parental ilimitada, donde se parece describir una relación de *amo-esclavo* más propia del esquema clásico del derecho romano –que establecía una sujeción prácticamente de orden público en relación a la persona del hijo– que la que debe corresponder a un vínculo de amor y respeto mutuo, en el que el padre es más un guía que alguien que tiene a su cargo un poder represivo.

La redacción debería orientarse más a la fórmula de la CIDN, que en su art.18, inc.1 establece que “incumbirá a los padres o, en su caso, a los tutores, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño y su preocupación fundamental será el interés superior del niño...”.

El art. 274 establece que “los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código”.

Claramente se hace necesaria una reformulación de esta norma a la luz del derecho a ser oído que implica la participación del niño en cualquier procedimiento en el cual sea parte, poniendo en cabeza de los jueces el deber de escuchar y valorar sus opiniones, por lo que el artículo precedente debe derogarse.

23 Art. 55 del Código Civil.

3.2. ABOGADO DEL NIÑO

El art. 27, inc. c de la Ley Nº 26.061 establece que a los niños les corresponde el derecho de "(...) 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...".

Asimismo, el Decreto Nº 415²⁴ que reglamenta el citado art. 27, dice en su anexo: "El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, el niño o el adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar. Se convoca a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la Ley Nº 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto, podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades."

Las pautas resultan aquí bastante claras:

- La posibilidad de contar con un letrado que lo patrocine aparece enmarcada dentro de las garantías mínimas de procedimiento.
- La necesidad de especialización en la materia.
- La gratuidad del servicio.

Estos son los estándares mínimos según los cuales se exhorta a las provincias.

Un punto que merece consideración está vinculado a si la designación de este abogado debe ser a pedido del niño –es decir, a pedido de parte– o si por el contrario debe operar en todos los casos –o sea, si es obligatoria.

El art. 29 de la Ley Nº 26.061 establece el Principio de Efectividad: "Los organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta Ley..."

Acorde al principio de efectividad y debido a la falta de recursos, madurez e inexperience propia de la juventud resulta aconsejable que las legislaciones provinciales prevean la designación de oficio del letrado patrocinante, ya que

24 Art. 27, Decreto Nº 415/2006, reglamentación de la Ley Nº 26.061

es la solución que guarda mayor armonía con los postulados de la Convención y con la Ley Nº 26.061.

De esa manera, entiendo, se garantiza una adecuada participación del joven en el proceso, amén de la representación promiscua de los asesores de menores. Éstos deben entenderse como figuras más orientadas a velar por el cumplimiento de las normas de Orden Público general y de las garantías mínimas. Su rol no debe confundirse con el del abogado particular, cuya función es la de defender el interés concreto del niño, ya que supone mayor contacto con los intereses particulares de éste.

El Código Civil establece dos categorías de menores de edad: los denominados *menores impúberes*, que son aquellos que no hubieren cumplido la edad de 14 años,²⁵ y los *menores adultos*.

Según el régimen del Código, los *menores impúberes* son incapaces absolutos de hecho, es decir no pueden ejercer por sí mismos sus derechos sino que lo pueden hacer por medio de un representante legal: sus padres –en ausencia de éstos, un tutor–, y siempre contarán con la representación promiscua del Ministerio Público, en la persona de un asesor de menores, quien ejerce la representación promiscua de todos los denominados incapaces.

La Resolución Nº 1234/06 de la Defensoría de la CABA ha recomendado a los Señores Defensores, que “en aquellos supuestos que denoten complejidad, en los que se vislumbre la posibilidad de existencia de intereses contrapuestos o cuando sea solicitado por el niño, niña o adolescente, se arbitren los medios necesarios para la provisión de su letrado y se inste, en los casos que corresponda, por la vía directa o indirecta al organismo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al que se le ha asignado normativamente el rol de garante de su cumplimiento en ese ámbito –Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes– (art. 27, inc. c de la Ley Nº 26.061; art. 27 del Decreto 415/2006 y art. 45 de la Ley Nº 114 de la CABA)...”

La defensoría agrega además que “(...) en orden a que el criterio de supeditación del ejercicio de ese derecho a edades cronológicas determinadas –sin atender discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo –no responde al principio de capacidad progresiva o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño y/o adolescente...”

Esa resolución a priori parecería incompleta acorde a los principios que rigen la materia, ya que la intervención del letrado en defensa de los intereses irres-

25 Art. 127 del Código Civil.

trictos del niño (como garantía que es) debe operar en todos los casos y no solamente en casos muy complejos o en contraposición a los padres.

Uno de los problemas que se plantea con la figura del abogado del niño está dado por la situación de los denominados *menores impúberes*, aquellos con una edad inferior a 14 años a los cuales la Ley considera incapaces absolutos de hecho, autorizándolos únicamente a la realización de *pequeños contratos* y encontrándose inhabilitados a priori a contratar un letrado.

El otro problema está vinculado al acceso a la Justicia por parte del niño, en función de garantizar la gratuidad de este letrado.

En el primer ítem encontramos todavía una fuerte resistencia de los jueces a admitir la posibilidad de los *menores impúberes* de contar con un letrado que defienda sus intereses particulares.

Entienden en general que la Ley Nº 26.061 no produjo derogación alguna en las diversas cláusulas del Código Civil y lo que resta entonces es armonizar ambas normas pues "(...) la facultad del menor de intervenir en juicio por su propio derecho con patrocinio letrado debe ser entendida en forma armónica con el código de fondo. Lo cual –como se verá– lleva a concluir que no puede ser ejercitada por los *menores impúberes*, que no hubiesen cumplido 14 años de edad (art. 127, Código Civil)"²⁶

Cuesta despojarse de los criterios establecidos en el Código Civil.

Así se ha dicho que: "los *menores impúberes* carecen de capacidad para concretarlos por sí mismos. Tienen incapacidad absoluta (art. 54, inc. 2, Código Civil), y sus actos se reputan efectuados sin discernimiento si son actos lícitos (art. 921, Código Civil). No generan obligación alguna (art. 99, Código Civil) y sobre ellos pesa la sanción de nulidad (art. 1041, Código Civil). Y si bien la regla admite excepciones, pues, v. gr., pueden celebrar pequeños contratos, es claro que los actos aquí examinados, dada sus trascendencia, no podrían equipararse a ellos."²⁷

Solo se les reconoce a los niños el derecho de contar con un representante especial para casos en los cuales los padres o el asesor de menores no resguarden correctamente los derechos de éstos o haya intereses contrapuestos. A este representante se lo denomina tutor *ad-litem*.

En ese sentido se ha dicho: "Por otra parte, no parece ocioso destacar que si la representación necesaria de los padres y promiscua del Ministerio Público no llegara a brindar debida protección a los menores, en particular a los im-

26 Fallo L,R, c/ M.Q.G C.Nac.A.Civ, Sala I fecha 4/03/2009

27 Ítem.

púberes, al convertirlos en instrumento de las disputas mantenidas por aquellos y surgir así intereses encontrados, el juez puede recurrir a la figura del tutor *ad-litem* prevista por los arts. 61 y 397 del Código Civil". Y también: "El art. 397, inc. 1 del Código Civil establece que los jueces darán a los menores, tutores especiales. Cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren..."²⁸

Como vemos, el tutor *ad-litem* no opera en todos los casos sino cuando haya intereses contrapuestos entre padres e hijos. Esta es la observación que se hacía en relación a la resolución de la Defensoría.

La tutela, si bien está sometida a un control mayor por parte del juez que de los padres (pues dicho instituto prevé rendición de cuentas por los actos realizados en relación a los bienes del niño), no deja de ser una persona a la cual la Ley le confiere el derecho "para gobernar la persona y bienes del menor de edad, no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil"²⁹.

Como vemos, esta figura no opera en todos los casos sino solamente en caso de que haya intereses contrapuestos entre padres e hijos.

Es más: la redacción de este artículo parece aun más regresiva: ¿qué significa gobernar a una persona?

De lo dicho precedentemente no puede ni debe confundirse la figura del tutor –tutor *ad-litem*– con la del abogado del niño. De hecho, "el abogado del niño es autónomo e independiente, no subsumible ni equiparable a ninguno de los letrados que intervenían hasta ahora en los procesos donde se encuentren involucrados menores de 18 años de edad"³⁰.

El letrado no *gobierna* los bienes de la persona ni suple su voluntad sino que acompaña y la asesora. El tutor, ya sea especial como es el *ad-litem*, rinde cuentas solo ante el juez. Su accionar está vinculado a éste y a cumplir una función. No tiene obligación de responder al interés y deseo particular del niño, como podría ser el caso de un abogado. Su accionar está más vinculado a realizar una representación prolija y diligente a los ojos del juez y la normativa en general.

En otros términos, es como si la participación de éste, al igual que la del asesor de menores, tuviera una naturaleza de mayor frialdad, pues está vinculado a la idea de *función* sin perjuicio de la dedicación que las personas llamadas a

28 Ídem.

29 Art. 377 del Código Civil.

30 Acuerdo 3/2009 publicado en www.juscorrientes.gov.ar/normativas/acordadas.

ocupar esos cargos tengan y su preocupación en relación al interés de un niño en un caso concreto.

Se entiende que el abogado particular se encuentra más obligado a atender lo que pide el cliente, siempre y cuando sea legalmente posible y viable.

Decíamos que los denominados *menores adultos* cuentan con una situación ventajosa en relación a los *impúberes* pues estos se encuentran habilitados a realizar aquellos actos que la Ley (en este caso, la Ley N° 26.061) autorizan.

Así se ha dicho que “por el contrario, nada obsta a que los *menores adultos*, que hubiesen cumplido catorce años de edad (art. 127 del Código Civil), ejerzan el derecho acordado por el art. 27, inc. c de la Ley N° 26.061 para intervenir por sí mismos en juicio con patrocinio letrado. En efecto, ellos ‘tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar’ (art. 55), entre otros el previsto por el referido art. 27, inc. c de la Ley N° 26.061”.

3.3. CSJN, 26-10-2010, G., M. S. c/ J. V., L. S/ DIVORCIO VINCULAR

La madre de dos niñas, una de ellas presuntamente víctima de abuso sexual por parte de su padre, interpone recurso extraordinario contra el pronunciamiento del Tribunal Superior de la Provincia de Santiago del Estero, que mantuvo lo decidido en cuanto a la reanudación del contacto de las hijas –supervisado por una asistente social y una psicóloga– con su progenitor.

Del dictamen del Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia que asume la representación de las dos niñas (de 10 y 7 años de edad), (cf. arts. 59 del Código Civil y 54, incisos a, b, c, d, e, f e i, de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946), me parece pertinente extraer los siguientes argumentos finalmente acogidos por la Corte: “(...) En base a tal plataforma fáctica, y siguiendo las pautas establecidas por V.E., cabe puntualizar que: (...) todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado (...). De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño. (cf. Voto del Señor Ministro Dr. Juan Carlos Maqueda en el Expte. Letra: A, N° 418, Año: 2005, REX, caratulado: ‘A., F. s/ protección de persona’, sta. del 13 de marzo de 2007), puesto que de lo contrario no se estaría preservando la integridad psicofísica de mis asistidas, y su adecuado desarrollo pero lo cierto es, que en la incidencia no se ha dado participación alguna a las nombradas, quienes como sujetos de derecho tienen derecho a opinar y a ser escuchadas. En tal sentido,

repárese que hoy nos encontramos con dos niñas de diez y siete años de edad, a quienes debemos salvaguardar, y para ello como lo ha dicho recientemente ese Alto Tribunal. (...) Resulta vital que la mesura y la serenidad de espíritu gobiernen tanto el obrar de la magistratura judicial como el de quienes instan ya hacen a dicha actuación (cfr. Doctrina de Fallos: 305:385; 308: 2217 y 312:148) disidencia del Juez Fayt, entre muchos otros) (...) Es decir que para alcanzar una solución que realmente sea contemplativa de los intereses que se deben proteger, los magistrados de las instancias anteriores tendrían que haber adoptado –a mi modesto entender– diversas medidas, a saber: 1) oír a las menores, que son las primeras interesadas en la cuestión; 2) conocer cuáles son sus necesidades; 3) disponer un período de revinculación (...) Le compete ahora a esa Corte, en su rol de intérprete final y garante del efectivo cumplimiento de los derechos y principios que aquí se invocan, alcanzar una solución justa de modo que se les conceda a mis defendidas el grado de exigibilidad que establece el art. 29 de la Ley de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Nº 26.061, a los efectos de hacer operativo y efectivo su interés superior. Como corolario, soy de la opinión de que –con el alcance indicado– corresponde hacer lugar al remedio federal deducido, y mandar a dictar un nuevo pronunciamiento que contemple efectivamente la situación real y las necesidades de las menores de autos. (...) Asimismo, estimo prudente que se le haga saber al magistrado de grado que deberá proceder a designarle a L. y a R. un letrado especializado en la materia para que las patrocine, a fin de garantizar en lo sucesivo (ante posibles modificaciones del régimen de visitas vigente o planteos que se susciten), 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; art. 75, inc. 22 y art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y art. 27 incs. c, d, y e de la Ley Nº 26.061). *Ello, sin dudas asegurará su participación en calidad de parte, y bajo la atenta mirada del Juez a sus pretensiones, toda vez que no puede desconocerse, en el marco del acceso a una tutela judicial efectiva, que las niñas también tienen derecho a peticionar; máxime, cuando pueden existir intereses contrapuestos con sus progenitores...*³¹

La Corte hace lugar al planteo y por los mismos argumentos ordena se le designe a las dos niñas un letrado patrocinante a los fines de asegurar su participación en el proceso. Lo novedoso del fallo de la Corte es que se le reconoce el derecho a dos *menores impúberes*, es decir con una edad inferior a los 14 años contar con un abogado especializado.

31 http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp

La figura del defensor oficial o asesor de menores aparece como un representante del interés público general. Es decir, interviene solo a los fines de evitar la vulneración de derechos de raigambre constitucional como es el derecho a ser oído y el de la defensa en juicio. Para la mejor defensa de los intereses particulares y la participación de las niñas en el proceso, recomienda la designación de un abogado especializado.

De modo que la importancia del fallo radica en que no importaría la edad del menor a los fines de contar con asistencia técnica adecuada. El asesor de menores hace de una suerte de *ombudsman* de la minoridad, en cuanto denuncia un incumplimiento de una norma de orden público por parte de los jueces y procura la reparación de esa situación. El letrado que eventualmente se designe se abocará a defender los intereses ya no generales sino particulares de las niñas de este caso.

Huelga reconocer también que el caso bajo análisis de por sí resulta altamente complejo, ya que tenemos una causa penal por abuso de las niñas en trámite, en contraposición al derecho de las niñas a tener una vinculación con su padre cuando todavía no se encuentra resuelta la causa penal.

Ello podría hacernos caer nuevamente en el criterio de excepcionalidad de la figura del abogado del niño, asimilable a la del tutor *ad-litem*, o sea, la intervención del abogado en casos particularmente complejos.

Debemos recordar lo dicho precedentemente en cuanto a la tutela, además de decir que el juez no estaría obligado a designar al tutor como sí lo está a designar un abogado particular al cual, en consonancia con lo dispuesto por el art 27 de la Ley N° 26.061, se le exige que cuente con especialización en la materia (cosa que no necesariamente se le exigiría al tutor).

Entiendo además que el principio de progresividad en los derechos humanos invalida al Estado a fijar obstáculos innecesarios que vulneren los derechos, en este caso, de los niños, que deben gozar de las mismas garantías (ni más, ni menos) que las que goza un adulto.

4. CONCLUSIONES FINALES

De lo dicho hasta aquí podemos concluir que el avance en materia de derecho de la niñez y más particularmente el derecho de ser oído en un proceso judicial y/o administrativo ha sido lento e inorgánico, a pesar incluso de la sanción de la Ley N° 26.061.

No obstante ello y a partir de las decisiones jurisprudenciales analizadas aquí podemos tener la esperanza de que nos acercamos a la consolidación de

un cambio cultural, a los fines de que haya una verdadera internalización en todos nosotros de la concepción del niño como un sujeto de derechos. La apatía legislativa debe terminar en cuanto a este tema, que impone la necesidad de unificar criterios, necesariamente reformando el Código Civil. Una vía plausible sería la creación de un código de la niñez, como los que existen en otros países de la región (Brasil, Venezuela), lo cual parecería adecuado a los fines de solucionar las inconsistencias reinantes en nuestro sistema y garantizar derechos.

MEDIACIÓN PENAL JUVENIL

UNA PROPUESTA PARA LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

ROXANA ELISABETH SILVA¹

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo ofreceremos un análisis de la segunda y la tercera transferencia de Competencias Penales al ámbito la Ciudad, con la intención de hacer un aporte a la creación de una herramienta que mejore las condiciones de nuestros jóvenes y colabore con nuestros jueces en la difícil tarea de hacer justicia.

Tomaremos en cuenta los casos que involucren a jóvenes de 16 y 17 años, es decir, aquellos delitos en los que los imputados sean punibles, tal como versa la Ley Nº 22.778 en su artículo 1, tanto respecto de la edad mínima (16 años) como de la pena mínima (2 años), para aquellos jóvenes llamados *imputables relativos*.

Los delitos por los cuales los niños o adolescentes no son punibles no son mediables en esta propuesta. Solo diremos que aparece como fundamental y necesaria la definición de políticas públicas destinadas tanto a los niños como a sus familias que no sólo otorguen cobertura en la coyuntura asistencial, sino que se comprometan en el desarrollo de una modalidad con una fuerte impronta preventiva. La prevención es, como mínimo, diez veces *más barata* en términos económicos e incuantificablemente superior en términos de dignidad humana.

El Poder Judicial no debe intervenir en las situaciones antes mencionadas, dado que generalmente se trata de circunstancias de naturaleza social y económica. Agregaremos a su vez, que la mediación en sí misma, (más allá de las caracterizaciones del Sistema Penal), es un dispositivo que facilita el diálogo en

¹ Licenciada en Psicología (Universidad J. F. Kennedy), Maestría en Minoridad y Familia (UNLZ), Mediadora (Fundación Libra – UBA). Entre 2010 y 2011 se desempeñó como Adscripta a la Oficina de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en Fuero Penal, Contravencional y de Faltas perteneciente al Consejo de la Magistratura de la CABA, anteriormente, entre otras funciones, integró el equipo interdisciplinario de una Defensoría Zonal del Consejo de Derechos del NNyA.

el marco de un conflicto. La mediación es un procedimiento valioso para utilizar en todos los ámbitos donde se desarrollan los seres humanos, tengan la edad que tengan, por el sólo objetivo de crear canales de diálogo y comunicación, manteniendo la premisa de la voluntariedad no solo en la participación sino en la posibilidad de arribar o no a un acuerdo.

Sin embargo diremos que los niños y jóvenes no deben ingresar al Sistema Penal si no cumplen con *todos los requisitos* y aún así, es menester y responsabilidad de *todos los operadores de la Justicia* el garantizar el tiempo mínimo necesario de permanencia en el mismo.

Comentaremos someramente la importantísima función de los asesores tutelares de las distintas instancias, quienes, más allá de lo claramente expresado en la Ley 1.903 respecto de sus competencias, cumplen un rol significativo en lo que hace específicamente a la cuestión de los menores de 18 años en la comisión de un delito, en la situación de estar involucrados en delitos cometidos por sus responsables adultos y frente a la posibilidad de ser ellos mismos víctimas de delitos cometidos por otros jóvenes.

No nos referiremos –por razones operativas– a la historicidad del llamado modelo de situación irregular y sus viejos paradigmas, en contraposición con las nuevas corrientes de protección integral de derechos, contenidas en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en la Ley Nº 26.061 y en el Código Procesal Penal de la CABA.

En este orden de ideas, y partiendo de los principios contenidos en dicha normativa, intentaremos transmitir los beneficios de la mediación penal juvenil, como método alternativo de solución de conflictos, ya que lo consideramos beneficioso tanto para la supuesta víctima como para el joven acusado de un delito, y así también –y por qué negarlo– es ventaja para el Ministerio Público como para el funcionamiento de toda la Justicia de la Ciudad.

No es nuestra intención justificar las acciones de los jóvenes, en tanto creemos que en la Argentina existen infinidad de razones que llevan a sus ciudadanos a ejercer actos de violencia de distinta magnitud, pues recordemos que muchos de nuestros jóvenes (y sus familias) no gozan siquiera de la posibilidad de imaginar un proyecto de vida donde experimenten el placer de estar vivos.

Se podrían descubrir millones de razones con el afán de justificar sus equivocadas acciones; sin embargo, creemos en la necesidad de iniciar un recorrido que si bien es desconocido, promete ser más justo, fortaleciendo cada día la maravillosa tarea de participar en la defensa sus derechos.

Este trabajo surge a partir de un antiguo esbozo realizado por la Dra. Stella Maris Margetic, mediadora del Cuerpo de Mediadores del Poder Judicial de la

CABA, punto de partida sobre el que intentaré demostrar que la mediación penal configura una alternativa para que los jóvenes logren la comprensión del daño que produjeron y que puedan conectarse con el sufrimiento que generaron. Así, el objetivo es promover una experiencia diferente, posiblemente la de reparación en relación a la víctima y consecuentemente la desarticulación de lo que aparece como un destino ineludible.

La realidad de que nuestros jóvenes no ingresen al Sistema Penal es una experiencia con la que soñamos quienes hace décadas hemos decidido dedicarnos a esta tarea, tan gratificante como dolorosa.

Creemos que la noción de justicia debe ser una construcción colectiva que, al igual que la democracia, constituya un sistema de participación tanto individual como comunitario.

Continuando con este impulso, la mediación debiera instalarse en la sociedad como una manera que permita la apropiación del conflicto y, a partir de la construcción del compromiso, también de la solución del mismo.

Nos queda mucho trabajo por hacer, muchas ideas por pensar, muchos errores que cometer, sin embargo, hay sitios a los que ya no podemos volver. Ya lo dijo Pavarinni el siglo pasado: "Ya sabemos que ni las cárceles resocializan, ni los psiquiátricos curan". Veremos qué podemos decir en este siglo.

2. MEDIACIÓN PENAL DE JÓVENES: DEFINICIÓN Y ALCANCES

La mediación es un dispositivo de solución de disputas a través del cual las partes enfrentadas en un conflicto, en un espacio neutral y con la ayuda de un tercero o mediador, deciden voluntariamente buscar una solución, despliegan sus intereses y evalúan opciones mutuamente satisfactorias, asumiendo el rol de protagonistas tanto del conflicto como de la solución. Este proceso es voluntario, confidencial y se desarrolla ante un tercero imparcial experto en resolución de conflictos (el mediador), quien colabora optimizando la comunicación entre las partes.

La mediación se plantea varios objetivos: por un lado, en cuanto al infractor y a la víctima, y por otro, en la interacción con la Justicia y la comunidad, implicando asimismo una suerte de promesa en la promoción de un aprendizaje de y para todos, basado en una nueva forma para resolver conflictos.

La mediación penal es la aplicación del dispositivo de mediación a conflictos penales con el objetivo "de pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimización, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con ple-

no respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los perjuicios derivados del proceso penal.”²

El acercamiento entre la víctima y el victimario juvenil, en aquellos hechos que resultan mediables, coloca al joven infractor en el plano de un sujeto de derecho, que puede reflexionar sobre la trascendencia de sus actos y a la víctima en protagonista del conflicto, convirtiéndose ambos tanto en parte en el tratamiento como en la solución del mismo. Por lo cual, devuelve el protagonismo a las partes para que sean ellas quienes encuentren la manera en que quieran o puedan reparar y ser reparados.

2.1. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN PENAL

“Este procedimiento debe estar regido por los principios de voluntariedad, confidencialidad, celeridad, informalidad, gratuidad y neutralidad o imparcialidad de los mediadores. Es imprescindible el consentimiento expreso e informado de los participantes. Y para el caso de los menores de edad debe existir el acuerdo de los padres o representantes legales”.³

2.2. BENEFICIOS DE LA MEDIACIÓN PENAL

En términos institucionales, su aplicación permite brindar mayor celeridad al proceso, definido como economía procesal, disminuyendo los costos económicos. En términos humanos, en primer lugar, dado que a través de la reparación a la víctima o en la conciliación entre el autor y la víctima ambos alcanzan sus propios beneficios, el autor podría impedir que el proceso judicial continúe o incluso podría evitar la imposición de una sanción judicial. La víctima se vería resarcida de los daños por ella sufridos. En segundo lugar, la mediación conforma una modalidad reactiva alternativa y diferente frente al delito, dado que parte de una perspectiva de Justicia en la que lo determinante es la solución del conflicto y no la reacción frente al autor.

2.3. FUNDAMENTACIÓN

La modalidad de mediación penal de jóvenes que proyectamos se encuadra en la denominada Justicia restaurativa, a la que varios autores definen como

2 Artículo 55 – FINALIDAD Ley Nº 2.303. Código de Procedimiento Penal de la CABA

3 Ley de Mediación Nº 13.951 de la Pcia. de Bs. As.

un movimiento o paradigma en Criminología y Victimología que enfatiza la participación de las partes en el proceso penal y el papel reparador de la Justicia.

La mediación, asimismo, se nutre de las contribuciones que realiza la Victimología, presentes esencialmente en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.⁴ Esta nueva concepción se enfrenta a la tradicional Justicia retributiva, dado el incuestionable fracaso demostrado a lo largo de los tiempos de su aplicación y en sus distintas formas. La Justicia restitutiva o restauradora, también llamada reparadora o conciliadora intenta restablecer o recrear esa relación perdida a partir de la trasgresión a la ley.

El dispositivo encuentra su sustento legal en el paradigma de protección integral, proclamado en un conjunto de normas, entre las cuales se encuentran la Convención de los Derechos del Niño, la Ley Nacional Nº 26.061, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para Jóvenes Privados de Libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de Tokio, entre las más importantes.

El modelo de protección integral prescribe que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho a quienes se dota de protección y cuidados especiales acordes a su grado de madurez, capacidad de discernimiento y condiciones personales.⁵

Esto implica que, además del respeto a los derechos y garantías reconocidos a todos los ciudadanos y ciudadanas, los niños, niñas y adolescentes cuentan con un *plus* especial de protección.

La utilización de la mediación como método alternativo de solución de conflictos debe desarrollarse dentro de la legislación vigente y respetando la condición de sujetos de derecho de todos los involucrados.

3. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

El sistema de Responsabilidad Penal Juvenil se vincula específicamente con la modalidad de respuesta del Estado frente a los delitos producidos por adolescentes. Este concepto de responsabilidad se construye sobre la noción de *sujeto*. Este *sujeto* nos acerca a la idea de ciudadanía, a la noción de respon-

4 Resolución 40/34 de la Asamblea General de la ONU.

5 Artículo 3, Interés Superior, Ley Nº 26.061

sabilidad. Esta responsabilidad está íntimamente relacionada con los hechos delictivos que se cometan.

Si bien esta concepción se enmarca dentro del Sistema de Protección Integral de Derechos, no debemos perder de vista que el sistema de responsabilidad es un sistema penal, en el que el Estado como tal no se propone beneficiar a nadie, sino por el contrario, su verdadera función es ocasionar sufrimiento a quienes hubieran transgredido la Ley penal.

La inclusión de la mediación en la oferta estatal para la resolución de conflictos se fundamenta en la necesidad de aplicar criterios que disminuyan la violencia en la respuesta que los sistemas ofrecen a quienes cometen delitos, particularmente a los jóvenes.

La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil incorpora e integra todos los principios de la Justicia restaurativa tomada casi como una ecuación que se propone alcanzar nuevos aprendizajes en las vidas de los jóvenes y consecuentemente brindar la oportunidad de reparar en dicho contexto.

Por lo tanto, es importante reconocer las nuevas particularidades de las que goza el Derecho Penal definido como moderno, que se expresan en la consideración de tres componentes: autor, víctima y sociedad.

Se produce una nueva relación que podríamos definir en términos de *distancias*. Se achican las distancias entre autor y víctima, entre víctima y Estado y entre autor y Estado.

Podemos decir que la protección integral llegó para quedarse. Es más, es hora de armonizarla para que se incorpore solidaria y pacíficamente a todo el plexo normativo y pueda convivir con la pluralidad de factores que intervienen. Este es el desafío técnico, a modo de ejemplo, en cuanto a derecho penal se trata; no va a ser tarea fácil describir y acordar criterios que definan la cuestión de la capacidad, la imputabilidad y la culpabilidad en adolescentes. Va a requerir la previa solidaridad de la criminología, de la política criminal y de políticas universales de Estado.

Sin su concurso entre otros, la protección integral será un mero ejercicio teórico sin realidad práctica. En ese sentido y sorteando la descripción de los modelos de discernimiento, tutelar, educativo y jurisdiccional, se entiende que resta aún abordar en profundidad los presupuestos de atribución de culpabilidad y responsabilidad.

En el tratamiento de la incapacidad penal del menor es preciso distinguir el juego de dos conceptos correlacionados: *imputabilidad* y *culpabilidad*.

Algunos autores predicán que la condición de imputable resulta de la capacidad de actuar culpablemente; sin embargo, hay quienes señalan que la imputa-

bilidad no es un elemento o característica de la culpabilidad, sino que asume el papel de presupuesto de ella precisamente por tratarse de un problema de capacidad. Asimismo, otros han inferido como imputabilidad a la capacidad psíquica de culpabilidad, siendo imputable un sujeto cuando la posea.⁶

Si hacemos recaer la protección en el *interés superior del niño*, y a este concepto no lo tenemos debidamente definido, corremos el riesgo de actuar sobre sustancias ajenas al niño, y al propio interés que se pretende proteger, amén de resentir el edificio que hace reposar toda la teoría de los actos jurídicos desde la noción de capacidad.

Si, en cambio, nos basamos el concepto de incapacidad, el resultado es peor: desembocamos en lo tutelar. Pero si lo sustraemos de definiciones erráticas o definiciones estrictas, tanto en lo civil como en lo penal, y lo incluimos en un ámbito propio a su especificidad, con sus propias disciplinas, evitamos diferencias superfluas en las *escuelas* que en definitiva tienen el mismo objetivo.

En ese sentido se ha precisado como “la plena vigencia de los derechos fundamentales del niño”; “la obligación de los Estados a priorizar los derechos de los niños en toda su actividad estatal”; y “la propensión a la máxima operatividad y mínima restricción”.⁷

Sin cancelar, tal vez haga menester a título de digresión, tratar al *interés superior del niño* desde el concepto de la *dignidad*.⁸

4. RESPONSABILIDAD Y CULPABILIDAD

El modelo de Justicia reparadora o reparativa pretende inaugurar un camino en el que la reflexión sobre lo sucedido permita el reconocimiento y la posterior internalización de los hechos, facilitando así la asunción de su responsabilidad.

Constituye un desafío para el individuo la reflexión sobre su responsabilidad y sobre las distintas formas de afrontarla. La responsabilidad es el motor

6 Zaffaroni, E. (1973): *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ed. Ediar, p. 150.; Breglia Arias, Omar Gauna, *Código penal y leyes complementarias*. Comentado anotado y concordado, 2º ed., p. 107.

7 Cillero Bruñol, M.: *Entre el Autoritarismo y la banalidad: infancia y derechos en América Latina*, Emilio García Méndez, Ed. UNICEF, p 17.

8 Al respecto se comparte la OC17/2002, párrafo 56, de la Corte Interamericana: “Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”. En contra de este temperamento, se alzaron las voces que siguen posando la cuestión fuera del objeto, así es que se lo ha tacharon de poco claro, haciendo mención a la cáscara o cobertura protectoria necesaria –subsumiendo el núcleo– debiendo contener la definición de marras: “deberes de la familia, de la sociedad y del Estado” (UNICEF) Pág. 47

del cambio, aquello que genera la vivencia de deuda y estimula la búsqueda de soluciones.

Sabemos que la condición que permite la realización de actos reparatorios se basa justamente en la capacidad de conectarse con el sufrimiento del otro, mucho más si de jóvenes se trata.

La *reparación o compensación* es aquel proceso por el cual se le da a la víctima aquello que necesita para recuperarse, situación que variará según el caso y sus protagonistas.

A través de la implementación de esta modalidad de intervención en el conflicto, con el objetivo de que la Justicia funcione como reparadora, aparece una función potencialmente *educadora* (en el mejor sentido del concepto).

No nos estamos refiriendo a la vieja *función educadora* atribuible a las intervenciones estatales tradicionales sobre los niños y los jóvenes, enmarcadas en el *viejo* paradigma, en el que la gran solución paradójicamente se basaba en garantizar un derecho (ciertamente un poco tarde).

Nos estamos refiriendo a un proceso en el cual el joven es *escuchado* en sus deseos, necesidades e intereses en relación a un otro, que justamente no es el Estado, garantizando así un ámbito para el ejercicio de su responsabilidad. Un recorrido que se asemeja mucho más a un *proceso de aprendizaje* en el que el joven es protagonista en el diseño de su propio destino.

En este sentido, se puede decir que es un modelo idóneo para la aplicación del sistema de Justicia de jóvenes.

Para comprender este escenario, debemos en algún sentido despojarnos de la vieja práctica del proceso penal y comprometernos en la construcción de una metodología de intervención más amplia, que mantenga la defensa de los principios y logros en la temática de la infancia en general, pero que a la vez nos redima de excesos casi fundamentalistas.

Por eso, si tenemos en cuenta que no existe una comprobación procesal, ni es el objetivo de la mediación la búsqueda de la *verdad*, (ni procesal, ni revelada, ni ninguna otra) y si además observamos la obligatoriedad de guardar la *confidencialidad* como elemento de protección, es tal vez más sencillo pensar que las garantías constitucionales se atesoran.

No debemos olvidar que la mediación es una instancia que trabaja con las relaciones humanas bajo la modalidad de: *de aquí al futuro*, en una suerte de elección que realizan las partes respecto de cómo quieren vivir de ahora en adelante. *Sin olvidar lo ocurrido*, pero tampoco quedando fijados en ello, con una visión de mejoramiento de sus condiciones de vida.

“El hombre se hace reconocer por su semejante por los actos cuya responsabilidad asume.”⁹

4.1. VENTAJAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

- Promueve la desjudicialización y, por tanto es menos onerosa para el Estado, permitiéndole así afectar más recursos y utilizarlos mejor en políticas públicas dirigidas a la infancia.
- Procura que el sistema de Justicia sea más efectivo, ocupándose de los casos más graves o más complejos.
- Podría disminuir la tasa de reincidencia.
- La Justicia restaurativa es altamente recomendable para la Justicia juvenil por muchas razones. La ley podría ser una conceptualización a veces inasible para los jóvenes, y podría tener resultados persecutorios y estigmatizantes. En cambio, la posibilidad de la reparación tiene efectos educativos y socializantes. La reparación ayuda al joven a comprender las consecuencias de sus actos. El trabajo sobre el *sentido de su responsabilidad es clave* para su educación como ciudadano, ya que no resulta tan importante la sanción que se le imponga, sino más bien, la forma en que ésta se aplica para que lo estimule a crecer y mejorar.
- Se conciben los procesos de mediación como una forma de aplicación del principio de intervención judicial mínima, como una solución extrajudicial. No obstante, todo el proceso de mediación se encuentra dentro del procedimiento judicial.
- En un enfoque judicial “el resultado generalmente se atiene a la regla gana/pierde y se basa en una decisión acerca de la identidad del que tiene razón y del que está equivocado. Los litigantes pierden el control del resultado.”¹⁰

5. ALGUNOS CONCEPTOS ACERCA DE LA VÍCTIMA Y LA REPARACIÓN

El Estado monopoliza la facultad de castigar desde las últimas dos décadas del siglo XVIII, momento político y social en que el Estado se apropia de los con-

9 Lacan, J.: *Intervenciones y textos*, Nº 1, Editorial Manantial; Psicoanálisis y Criminología, p. 26.

10 Moore, C. (1996): *El Proceso de Mediación*, Ed. Granica S.A, Cap I, pp. 34-35.

flictos (incluso intersubjetivos de los habitantes) y para decretar su juzgamiento a través de las leyes.

El Estado se ocupa del delito y de sus autores y lo toma como una ofensa a la sociedad toda a, quien debe proteger.

El poder punitivo del Estado se convierte en el elemento fundamental de control sobre los habitantes.

Así, el Estado, conjuntamente con el poder político, ejerce el control para la dominación. Este poder de punición es el elemento más importante de coacción y de control del poder. En este estilo se desdibuja la figura de la víctima, queda al margen de todo este proceso, privándola de todo acto reparatorio por los daños sufridos o cualquier otra forma de resarcimiento.

5.1. ACERCA DE LA VICTIMOLOGÍA

La Victimología se definió¹¹ como “la disciplina que tiene por objeto, el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito”. A su vez, consideramos al delito, como un fenómeno no solo jurídico, sino también psicológico, social y político.

En este sentido, entendemos que el fenómeno delictivo se desarrolla en un ámbito cultural, económico y social. Quien comete un delito lleva la marca del delincuente, pues compromete toda su naturaleza, su esencia, sus vivencias, sus emociones, sus motivaciones y su historia particular.

En términos generales, la Victimología se encarga de las víctimas de delitos. Ahora bien, existen varios tipos de victimización: las que se desprenden de determinadas situaciones en las que alguien padece un delito, (victimización derivada de un delito) y las la condición de víctima no se logra por la conducta, sino que la precede (victimización no derivada del delito). Esta última se refiere a un fenómeno más específico que ocurre en casos de *violencia y maltrato sobre la mujer*. En relación a ésta solo diremos, a modo de comentario, que existe una clara resistencia a visualizar estas situaciones como pertenecientes al campo de la Victimología. La misma suerte corren los grupos marginados social y económicamente, quienes también configuran situaciones de *victimización social*.

¹¹ El 28 de junio de 1984, el Comité de Ministros del Consejo Europeo aprobó y dio a conocer una serie de recomendaciones a los Estados miembros.

5.2. VICTIMIZACIÓN PRIMARIA Y VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

Entendemos por victimización primaria aquella que deriva de haber padecido un delito. Estas situaciones generalmente van acompañadas de violencia y pueden provocar una gran gama de manifestaciones físicas, psíquicas, económicas o de rechazo social. A su vez, generan efectos que se mantienen en el tiempo y se desarrollan con distinta y variada intensidad.

La intención de lograr justicia suele producir una larga cadena de injusticias, que como dijimos, comienza con el traumático episodio y continúa con lo que describiremos como *victimización secundaria*.

Se trata del momento en que la víctima recurre al sistema en busca de ayuda y éste vuelve a victimizarla. Es importante resaltar que la primera instancia de esta lamentable experiencia se lleva a cabo en la dependencia policial y posteriormente en la agencia judicial.

La *victimización secundaria* es considerada todavía más nociva que el episodio del delito. Por eso existen recomendaciones que apuntan a mejorar la condición de la víctima y valoran el acompañamiento en el proceso penal¹²: "Cuando la víctima de un delito se dirige a la policía debe ser tratada de tal forma que no sufra ningún daño psíquico adicional. Se le deben indicar las posibilidades de recibir —en instituciones públicas o privadas— ayudas materiales, médicas y psicológicas. También se le debe informar sobre sus derechos de reparación contra el delincuente y, en su caso, contra el Estado. A lo largo del procedimiento, la víctima debe ser interrogada de forma cuidadosa y considerada, sin que en modo alguno se pueda lesionar su honorabilidad. Los niños solo podrán ser interrogados en presencia de sus padres, tutores y guardadores."

Es necesario comentar que esta inquietud por la víctima apenas está llegando a nuestro país, y las deficiencias que permanentemente se manifiestan merecerían, por lo menos, un capítulo aparte.

Sin embargo, existen otros países que han avanzado mucho en el estudio de esta problemática, como Canadá.¹³

Se crea así la *Víctimagogía*, que pretende instaurar y desarrollar una práctica basada en técnicas que tienden a favorecer la situación de las víctimas de delitos.

12 Ya que en julio de 1984, en Ottawa, publicó la Declaración sobre Justicia y Asistencia para las víctimas, con el objetivo de "proclamar los derechos de las víctimas y establecer formas y medios para asegurar su protección, tratamiento humano y compensarles por los daños sufridos".

13 Klein, M. (1990): "Amor, culpa y reparación", en *Obras Completas, Tomo 1*, Barcelona, Paidós.

5.3. VÍCTIMA COMO SUJETO PASIVO

Como dijimos, la Victimología ha avanzado mucho en su recorrido y reconocimiento. Esto no pasa inadvertido al Derecho Penal, para quien a menudo la víctima se transforma en sujeto pasivo.

De la relación entre la Victimología y el Derecho Penal surge la denominada *Victimo-dogmática* o *dogmática orientada al comportamiento de la víctima*.

Se trata de considerar y estudiar la participación de la víctima en la génesis de los fenómenos criminales.

Si consideramos que el 90% de las causas llegan a los juzgados a partir de la denuncia, entonces es la víctima la que distingue la criminalidad. En este sentido, se confirma así la incidencia que ella tiene en la criminalización.

No enunciaremos los delitos perseguibles a instancia de parte, de carácter privado, ya que la propuesta no los incluye, pero haremos mención solamente a la diferencia del lugar de la víctima, ya que es ella quien tiene la posibilidad de decidir acerca del inicio del proceso y su continuación. A ésta se le brinda además la preeminencia de su perdón, el cual extingue la pena. En términos procesales, esta situación podría ser considerada *análoga* a la propuesta que nos convoca.

Con respecto a las teorías de la corresponsabilidad de la víctima, solo advertiremos del peligro de estas enunciaciones. Recordemos, a modo de ejemplo y al efecto de no equivocarnos, la teoría de la *precipitación de la víctima* y su *intención provocadora*.

5.4. HISTORICIDAD DEL CONCEPTO DE REPARACIÓN

La *reparación* es un concepto que surge con Melanie Klein, representante de la Escuela Inglesa de Psicoanálisis y adquiere diferentes significaciones según la disciplina que lo utiliza.

No es lo mismo *reparar* en términos legales, que *reparar* en términos psicológicos.

Melanie Klein utiliza este concepto al describir posibles reacciones que se desarrollan en el recorrido que realiza la libido en sus diferentes etapas.

No profundizaremos estas cuestiones, pero sí trataremos de comprender qué significa, cuáles son sus beneficios, qué cosas marcan la capacidad o la incapacidad de reparar que tienen algunas personas.

La reparación, como acto humano, es algo que se instala en la muy temprana infancia.

La gran posibilidad de síntesis del ser humano tiene que ver con la capacidad de tolerar lo bueno y lo malo en él mismo y en los otros. Es decir, con la conciencia de que puede dañar al otro, así como ha sido dañado, y también dañarse a sí mismo. Pero al mismo tiempo, entristecerse por ese daño y sentir culpa; una culpa que lo llevará a reparar el daño causado.

Siguiendo con los desarrollos de Melanie Klein, diremos que en un primer momento de la vida este mecanismo tiene como objetivo reparar por el daño causado a otro, es decir, tiene que ver justamente con el otro.

Sin embargo, más tarde aparece nuevamente este mecanismo, quizás un poco más elaborado, en el cual, el sentimiento de culpa aparece de manera más permanente a la que llamaremos *remordimiento*. Éste tiene más que ver con la reparación, pero ahora de sí mismo, ya no del otro.

El reparar forma parte de un mecanismo que se asocia, entre otras, cosas con tener el control sobre las tendencias que nos llevan a lastimar a otros.

Podríamos decir que es deseable que un sujeto alcance una auténtica capacidad reparatoria, pues sería altamente satisfactorio tanto para la víctima como para sí mismo. La reparación involucra y pertenece a ambos. En ambos genera respuestas tanto internas como externas y crea el campo propicio para la elaboración de una situación traumática también, vivida por ambos.

Recordemos que una situación traumática es aquella que desborda la capacidad defensiva de un individuo, produciendo una conmoción somática por una afluencia de excitación, con pocas posibilidades de descarga motora y un susto, que sobreviene cuando este individuo entra en una situación peligrosa sin estar preparado para ella.

Digamos entonces que se trata de un incidente (robo), que tomó al sujeto desprevenido. Luego de instalado en su psiquismo, el hecho traumático vuelve una y otra vez en un intento de descarga y elaboración.

En general, estos episodios traumáticos –de variada gravedad e impacto– aparecen luego en los sueños, mostrando así la invasión de su psiquismo.

El intento de elaborar y superar un trauma psíquico implica acciones como contarlos una y otra vez. Si esto no es posible –por efecto de la represión– el individuo intentará revivirlo a la noche en sus sueños. Se trata entonces de *gastar la fuerza del susto*.

Esto genera, a veces, la aparición del insomnio, pues evitar dormir constituye una forma de escapar a la situación de encontrarse nuevamente expuesto al episodio traumático.

Tal como expresa Melanie Klein en su artículo: “Junto con los impulsos destructivos existe en el inconsciente del niño y del adulto una profunda necesi-

dad de hacer sacrificios para reparar a las personas amadas, que en la fantasía han sufrido daño o destrucción. En las profundidades de la mente, el deseo de brindar felicidad a los demás se halla ligado a un fuerte sentimiento de responsabilidad e interés por ellos, que se manifiesta en forma de genuina simpatía y de capacidad de comprenderlos tal como son. (...) La simpatía genuina consiste en poder colocarse en el lugar del otro, esto es de identificarse con él. La capacidad de identificarse es un importantísimo elemento en las relaciones humanas en general. (...) Puesto que al identificarnos con otro ser compartimos la ayuda o la satisfacción que le proporcionamos, recuperamos por una vía, lo que sacrificamos por otra.”¹⁴

En cuanto a lo que nos ocupa, y siguiendo a la psicoanalista inglesa, diremos que si invertimos la situación antes mencionada, es decir, si nos dirigimos hacia otros como padres bondadosos, “nos recreamos y gozamos en la fantasía del amor y la bondad que anhelamos en nuestros padres.”¹⁵

La reparación es un mecanismo fundamental en todas las relaciones humanas. La posibilidad de reparar estaría basada en haber podido internalizar objetos internos buenos, protectores, con los cuales identificarse.

La reparación es, entre otros, el camino por el que transita el fortalecimiento del Yo. En ocasiones la vida nos brinda la oportunidad de reparar *en y con* nuestros hijos las experiencias dolorosas vividas en la infancia. En otras ocasiones la vida solo nos permite repetir *en y con* ellos —o tal vez con otros—, los sufrimientos vividos en la niñez.

6. PROPUESTA DE UN PROTOCOLO DE INTERVENCIÓN PARA JÓVENES

Remitiéndonos a la expresión de la Ley Nº 2.451 en cuanto a la denominación de los involucrados, llamaremos a los jóvenes denunciados *supuestos autores de la infracción penal* y a las personas denunciantes, *supuestas víctimas de la infracción* (debiendo aclarar que no necesariamente son víctimas de los jóvenes que denuncian).

En cuanto a la mediación penal, diremos que dado que ambas partes pueden solicitar la mediación, las denominaciones de *requiriente* y *requerido* variará según el caso, teniendo en cuenta que serán utilizadas según quién solicite la mediación o sea convocado para ella. Pudiendo por lo tanto, un joven *supuesto autor* de una infracción penal ser simultáneamente *requiriente* de un proceso

14 Ídem.

15 Artículo 53, RPPJ.

de mediación, como así también, una persona denunciante o víctima de una infracción ser requerida para la instancia nombrada anteriormente.

Aclarados estos conceptos, avanzaremos con la modalidad de intervención.

El programa de Mediación Penal Juvenil intentará inaugurar en la Ciudad nuevas modalidades de solución de conflictos y de prevención en materia penal en general, y juvenil en particular. Desarrollará nuevas formas de reacción frente al delito, en las cuales la idea de responsabilidad del joven será central en el proceso, en términos de voluntad y compromiso de reparación y derecho a expresar su versión de los hechos que se le imputan. Asimismo el programa buscará la inclusión y la participación de la víctima, para que junto al joven imputado vislumbren la solución del conflicto.

Esta expresión de voluntad del joven debe estar acompañada del consentimiento de sus padres o responsables legales.

6.1. REALIZACIÓN DE REUNIONES PRELIMINARES: FUNDAMENTACIÓN

- Desde la primera audiencia, el equipo de mediación interviniente deberá informar a los involucrados sobre los beneficios y características posibilidades, límites y particularidades de la mediación, y esencialmente respecto de la confidencialidad, voluntariedad e imparcialidad. Deberá describir el proceso y responder a las preguntas, para que ambas partes sepan que pueden hacer una elección voluntaria y estar debidamente informados sobre su participación, para la cual es necesario que cuenten o hayan contado con asesoramiento legal.
- Para el caso de los presuntos autores del hecho, el asesoramiento legal podrá ser brindado por defensores privados o del Ministerio Público de la Defensa.
- En la primera audiencia, todos los involucrados suscribirán un convenio de confidencialidad.
- La firma del convenio permite a los mediadores excusarse en caso de ser citados como testigos en esa u otras instancias judiciales o extrajudiciales.
- Las reuniones preliminares sirven para personalizar el proceso penal y para establecer una relación de entendimiento y confianza entre los mediadores y los participantes.

6.2. PROCEDIMIENTO

a. Comisión de Admisión y/o Evaluación (dependiente de la Oficina de Mediación)

Las audiencias de mediación se llevarán a cabo luego de la aprobación de la Comisión de Evaluación y/o Admisión. Para ello deberán considerar cumplidos los aspectos formales para la derivación al Equipo Técnico, siendo función de este último, entre otras, la evaluación de cuestiones más subjetivas respecto de los protagonistas del conflicto. Sus funciones han merecido en este trabajo un título aparte. Entre ellas estarán:

- Lectura de antecedentes del caso.
- Verificar si existe en el Registro de la Oficina de Acceso a Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos de la CMCABA alguna causa no cerrada en la que participen ambas partes, para pedir la unificación de las mismas cuando ello no perjudique al acuerdo.¹⁶
- Cuando la Comisión evalúe el caso y confirme su conveniencia, se derivará el expediente penal al Área de Mediación Penal, donde se asignará, un equipo de mediación interdisciplinario y se realizarán las citaciones para las entrevistas previas, por cualquier medio fehaciente, teniendo en cuenta las sugerencias que la Comisión haya considerado necesarias y oportunas.

b. Funciones del Ministerio Público Fiscal en la selección y derivación de casos

- El personal de Fiscalía deberá entrevistar al denunciante e informarle sobre el alcance del proceso de mediación, además de hacerle saber que para participar del mismo deberá expresar por escrito su consentimiento mediante la firma del formulario provisto por Oficina de Acceso a Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos de la CMCABA¹⁷.
- El personal de Fiscalía deberá identificar a el o los supuestos autores de la infracción penal y a sus padres, tutores y/o representantes legales, e informarles sobre la necesidad de la designación de un abogado defensor. También notificará sobre la conveniencia de mantener una entrevista con el letrado, previo a la entrevista con el mediador designado para la causa.¹⁸

¹⁶ Artículo 59, RPPJ.

¹⁷ Artículos. 37 y 62, RPPJ

¹⁸ Artículo 58, RPPJ.

- El personal de fiscalía solicitará por correo electrónico la fijación de dos reuniones preelminares: la primera, del cuerpo de mediadores y su equipo interdisciplinario con el o los supuestos autores de la trasgresión penal, junto a sus padres o tutores, defensor o asesores tutelares. La segunda, entre el cuerpo de mediadores y su equipo interdisciplinario con la o las víctimas, sus familiares y abogados particulares o de la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo (OFAVyT). Acompañará la solicitud de las mismas con el envío del Formulario provisto por la Oficina de Acceso a Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos de la CMCABA.
- Una vez fijadas las reuniones preliminares, el personal de la Fiscalía deberá notificar fehacientemente de ellas a las partes involucradas.
- El procedimiento de resolución alternativa de conflicto deberá ser requerido por el/la Fiscal Penal Juvenil que intervenga en el proceso, de oficio o a solicitud de la persona imputada de una infracción penal, o sus padres, tutores o responsables, así como su defensor/a y/o la víctima. Este régimen será aplicable hasta el inicio del debate.¹⁹
- *Procedimiento.* El representante del Ministerio Público realizará una primera selección de expedientes que cumplan con los requisitos básicos en los que estime, prima facie, la utilidad de la mediación.
- El/la Fiscal Penal Juvenil remitirá la solicitud a la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos, previo informe de los alcances y efectos del instituto a las partes del proceso. Asimismo, deberá solicitar el expreso consentimiento de la víctima, para dar curso a la solicitud de la remisión.²⁰

6.3. CONDICIONES GENERALES PARA EL ACCESO A LA MEDIACIÓN PENAL JUVENIL

- Se tomará intervención en cada caso en que en el proceso trate causas penales en las que intervengan personas que cumplan con los requisitos comprendidos en el texto del artículo 54 del RPPJ.²¹

19 Artículo 59, RPPJ.

20 Artículo 54, RPPJ.

21 Artículo 13, RPPJ, Principio de Inocencia y artículo 15, RPPJ, Derecho de No Autoincriminación

- La aceptación de la mediación no implicará la asunción de responsabilidad en la comisión del hecho por parte del/la joven.
- Voluntariedad de ambas partes: requirente y requerido. El joven (*supuesto infractor*) deberá reconocerse como *sujeto responsable* de sus acciones. No nos referimos a reconocerse como responsable y/o culpable de los hechos que se le imputan.²² Respecto de las características del joven, quedan excluidos de esta instancia aquellos que no se consideren *sujetos responsables* de sus acciones y/o los que presenten algún trastorno de personalidad.
- El tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la respuesta debe ser reducido al mínimo posible.
- El resultado de la mediación no ha de usarse como indicio o testimonio de culpa, ya que rige la obligación de confidencialidad.
- El mediador ha de ser neutral y estar formado en Mediación.
- La mediación ha de ser un procedimiento imparcial, respetando la dignidad y cuidando especialmente la vulnerabilidad de las partes.
- No se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de dos años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación.
- No procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I – Delito contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), y en casos de lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho.

6.4. FUNCIONES DE LAS/OS MEDIADORAS/ES

- a.** Fijación de la fecha y hora de las primeras reuniones con requirente y requerido previo:
 - Lectura de antecedentes del caso.

²² Artículo 57, RPPJ, Casos en los que procede.

- Verificar si la comisión de admisión y/o evaluación ha dado cumplimiento al artículo 53 de RPPJ.
- b.** Reunión preliminar con el/los supuestos autores de la infracción penal, conjuntamente con sus padres o tutores, defensor, asesores tutelares.
- c.** Encuentro preliminar con la o las supuestas víctimas de la infracción, sus familiares y abogado (si tuviera designado) o representantes de la OFAVIT.
- d.** El procedimiento interno sobre designación de mediadores, audiencias, incomparecencias, etc. se realizará según lo disponga la Coordinación del Área Penal del Cuerpo de Mediadores.
- e.** Inmediatamente después de recibidas las actuaciones, se suspenderán los plazos procesales por un término (*a definir*) que podrán prorrogarse por un término (*a definir*) más, a solicitud del Cuerpo de Mediadores. Si en ese lapso las partes llegaran a un acuerdo y además se determinara la necesidad de seguimiento del mismo, éste podrá efectuarse sin que se considerasen los plazos antes mencionados, una vez que el expediente haya vuelto a su lugar de origen. Se informará a la Fiscalía y/o Juzgado que proceda a la suspensión de los plazos procesales.
- f.** El equipo de mediación interviniente, en cualquier momento del proceso – ya sea desde la fase de iniciación de las audiencias previas o durante su desarrollo– se reserva la posibilidad de definir que la situación dejó de ser mediable, (por cualquier circunstancia), conforme la utilización de las técnicas específicas de la tarea de mediar. Frente a esta circunstancia se enviarán las actuaciones a la Fiscalía y/o Juzgado correspondiente, con un breve informe y conservando la confidencialidad de las razones que motivaron tales decisiones.
- g.** Notificar a la autoridad competente (Ministerio Público Fiscal) sobre el lugar, la fecha y la hora en que la mediación se llevará a cabo, para que proceda a la notificación fehaciente de las partes.
- h.** Una vez llevadas a cabo la o las audiencias de mediación se comunicará a la autoridad competente el resultado de las mismas,²³ y éste quedará asentado en la base de datos de la Oficina de Acceso a Justicia y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos de la CMCABA.

23 Artículo 69, RPPJ.

- i. De haber *acuerdo*, el mismo también quedará asentado en el Registro Único de Resoluciones Alternativas de Conflictos.²⁴
- j. De llegarse a un acuerdo en el que se instaurara alguna obligación a las partes, para la cual el equipo interdisciplinario de mediación interviniente haya dispuesto seguimiento, se remitirá un informe a la Fiscalía o Juzgado que hubiera intervenido en la causa, en el que conste exclusivamente el cumplimiento o incumplimiento de dicho compromiso.²⁵ La realización de acuerdos y negociaciones requiere la presencia del abogado defensor que garantice el control de legalidad del mismo.

6.5. ROL DE LOS ASESORES TUTELARES Y DEFENSORES

Si bien la Ley es clara en cuanto a las situaciones en las que deben intervenir los asesores, tal vez sea conveniente hacer una muy breve apreciación respecto del rol que deberían desempeñar en la propuesta de intervención que dio origen a este trabajo.

Nos referiremos a la intervención de la Asesoría General Tutelar y la Asesoría del Fuero Penal Contravencional y de Faltas y a propósito de ello haremos las siguientes consideraciones.

a. Asesoría General Tutelar: Si los menores de edad se encuentran indirectamente involucrados (por ejemplo, si sus padres o responsables están acusados del algún delito), deben ser acompañados y/o representados por la Asesoría General Tutelar tanto en el proceso como en la particular instancia de la mediación.

b. Asesoría del Fuero Penal Contravencional y de Faltas: Para el caso específico en que los jóvenes sean acusados de la comisión de un delito, consideramos imprescindible e indelegable la participación de la Asesoría Penal, Contravencional y de Faltas, sin perjuicio de la presencia igualmente necesaria de quien tome en sus manos la especificidad de la defensa técnica, ya sea parte del Ministerio Público de la Defensa o un abogado defensor elegido por él y/o por sus padres o representantes legales.

7. LOS EQUIPOS INTERDISCIPLINARIOS EN LA JUSTICIA DE LOS JÓVENES

La cuestión que implica a jóvenes menores de edad se ha venido modificando en los últimos tiempos de manera vertiginosa, fundamentalmente debido a

24 Artículo 73, RPPJ

25 Artículo 72, RPPJ.

la producción de leyes cada vez más emparentadas con la idea de que la legislación anterior no daba cuenta en absoluto de las necesidades de los niños y jóvenes en general y en cuanto a la Justicia penal juvenil en particular.

Por ello es que se ha ido desarrollando el sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, representando solo una parte necesaria para lograr un aprendizaje que esté al servicio de un crecimiento de la ciudadanía.

Tenemos además otra población, que representa la otra parte imprescindible para ensayar un proceso que culmine con un profundo y sostenido cambio social que permita un verdadero avance no solo desde lo jurídico y sociológico sino fundamental y simultáneamente en la producción de vivencias profundamente humanizantes. Entendiendo esto último –entre otras cuestiones– como un concepto que necesariamente incluye e implica a todas las partes del conflicto.

Esta modalidad de pensamiento e intervención hace necesaria la incorporación de otras disciplinas, ya que como hemos visto, ni la dimensión jurídica –ni ninguna otra en soledad– parece alcanzar para dar respuesta a un fenómeno humano de tal complejidad.

La nueva legislación inaugura en el ámbito de la Justicia Penal de Menores en la Ciudad dos grandes modelos de intervención –la interdisciplina y la mediación penal juvenil– que por su dimensión determinan un nuevo diseño de la función del Estado y de la sociedad en su relación con la Justicia.

La necesidad de la interdisciplina ha sido definida en el ámbito internacional en las formulaciones de las Directrices de RIAD (recomendaciones de la Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil), más precisamente en el capítulo de Prevención General, en el que se expresa: “Deberán formularse en todos los niveles interdisciplinariamente, entre los gobiernos nacionales, estatales, provinciales y municipales con la participación del sector privado, de ciudadanos representativos de la comunidad interesada y de organismos laborales, de cuidado del niño, de educación sanitaria, sociales, judiciales o de los servicios de ejecución de la ley en la adopción de medidas coordinadas para prevenir la delincuencia juvenil y los delitos de los jóvenes”.

Podría definirse a la interdisciplina como un modelo que tiende a mejorar la calidad y la naturaleza de las intervenciones.

El criterio de la especialización en materia de menores atraviesa a los Juzgados Penales de Menores, al Ministerio Público tanto de la Defensa como de la Fiscalía y a los Equipos Interdisciplinarios.

La importancia de esta posición fue también definida en las Reglas de Beijing, que disponen, en el apartado 1.6: “Los servicios de Justicia de menores se

perfeccionarán y coordinarán sistemáticamente con miras a elevar y mantener la competencia de sus funcionarios, e incluso los métodos, enfoques y actitudes adoptados”.

7.1. EQUIPO/S INTERDISCIPLINARIO/S

Las audiencias de mediación pueden celebrarse o suspenderse por gran cantidad de motivos entre los que consideraremos en este momento solamente uno: la cuestión de los *tiempos necesarios para la resolución de conflictos*.

Hay, a su vez, distintas modalidades de interpretar el *Instituto de la Mediación*. Éstas se definen básicamente por el objetivo que persiguen. Podemos distinguir el *modelo acuerdista* y el *modelo transformador*.

Tal vez en el caso particular de la Mediación Penal Juvenil sea siempre bienvenida la celebración de un acuerdo, sin embargo es útil tener en cuenta otras formas posibles de intervención en las que éste no es viable en términos de lo inmediato.

Me pregunto:

- ¿Dejamos que continúe el proceso? ¿O trabajamos fuertemente –si las partes acceden– para que se den las condiciones para la realización de un acuerdo?
- Podríamos intentar en un *mientras tanto* y con un *único objetivo* (a corto plazo) propiciar el desarrollo de la capacidad de *administrar el conflicto*?

Esta *necesidad de contar con tiempo* no parece tan sencilla cuando de tiempos procesales se trata. Sobre todo, cuando siquiera podríamos precisar la cantidad de encuentros necesarios para arribar a un principio de solución que beneficie a todos los involucrados.

No continuaré en la impertinente tarea de diseñar una *novedosa arquitectura de intervención* dado que ello excede mis conocimientos en la temática.

Queda claro que en ocasiones solo la imaginación funciona como aliada.

a. Conformación de los equipos interdisciplinarios

Integrantes:

- Un/a coordinador/a
- Deberán estar integrados por tres disciplinas (como mínimo):
- Un/a psicólogo/a

- Un/a trabajador/a social
- Un/a abogado/a

Podrían incorporarse: sociólogos/as, antropólogos/as, médicos/as, psicopedagogos/as; pedagogos/as; (todos ellos formados en la temática).

La incorporación de sociólogos y antropólogos obedece a la necesidad que propone la realidad, dada la gran cantidad extranjeros que han decidido vivir en nuestro país. Se trata de grandes corrientes migratorias que se encuentran inmersas en sus modalidades culturales, en las que se podrían observar diferentes comportamientos en términos sociológicos.

Me estoy refiriendo a las costumbres que presentaban las viejas inmigraciones de españoles e italianos, en las que podíamos observar una actitud de relación e intercambio que definió las características de la población que hoy tenemos. Sin embargo, algunos miembros o grupos pertenecientes a comunidades de países limítrofes muestran una tendencia a mantenerse fuertemente unidos sin dar lugar a la inclusión de personas que no comparten su nacionalidad, produciendo en muchos casos conflictos de difícil solución. Asimismo aparecen situaciones conflictivas entre miembros de una misma comunidad.

b. Funciones: Las funciones del equipo técnico interdisciplinario se basan fundamentalmente en:

- La definición respecto de si las partes involucradas en una causa penal se encuentran en condiciones de atravesar un proceso de mediación.
- Trabajar en de los límites de la situación particular que los convoca.
- Tomar el tiempo necesario que demande el proceso de evaluación, dado que se trata de jóvenes en conflicto con la Ley.
- Mantener la confidencialidad de lo vertido en el proceso.
- Los informes que realice el mencionado equipo serán exclusivamente a los efectos de definir si las partes desean y además si se encuentran en condiciones de mediar.
- Para el caso de la realización de sugerencias que se consideren beneficiosas para el joven, consensuarlas con él y con su letrado.
- Elevar a la Coordinación de la Oficina de Mediación para su consideración y a quien corresponda (MPF o Juzgado) los informes realizados cuando la

situación sea definida como *no mediable*, manteniendo siempre el criterio de la confidencialidad.

c. Realización y objetivos de las entrevistas

- Las entrevistas preliminares se realizarán por separado, con la idea de evitar que ambas partes se encuentren en la sede de la Oficina de Mediación.
- Intentar obtener información y realizar la aclaración de los temas a tratarse en la mediación.
- Determinar las necesidades de los requirentes y requeridos.
- Dadas las características del hecho y de las partes involucradas, es probable que no sea posible la realización con éxito de la mediación en un primer o en un segundo encuentro, con lo que se podría –con las limitaciones formales existentes– consensuar con las partes la estimación de los tiempos necesarios para lograr una intervención que satisfaga a ambos. En estos casos, el tiempo es una variable valiosísima y un gran recurso para utilizar conjunta y simultáneamente en un trabajo que *permita a las partes administrar el conflicto*.
- Posteriormente, el equipo técnico valorará cada caso de acuerdo en relación con los indicadores estipulados para el ingreso del mismo al Cuerpo de Mediadores (posición subjetiva del requerido frente a la requirente, actitud de los padres del requerido frente al hecho, posición subjetiva de la requirente frente a la persona del requerido, tiempo transcurrido desde el hecho, características de personalidad, perspectivas, expectativas, capacidad de adaptación, necesidades e intereses etc.), a fin seleccionar a los requirentes y requeridos como candidatos para la mediación. También esto servirá para determinar si están listos para la mediación y si el caso es apropiado para ella; y para evitar la posible revictimización durante la audiencia.
- Determinar cuáles son los intereses y las necesidades de los requirentes y requeridos a fin de conducir el proceso de prepararlos para la mediación. Identificar qué tareas podrían hacer en su casa a modo de preparación para el encuentro frente a frente.
- Consensuar con las partes la posible participación de cualquier persona ajena al conflicto según la conveniencia de su asistencia a la Audiencia

de Mediación; pudiendo tratarse de personas de apoyo (profesionales u otros), padres u otros miembros de la familia, otras personas cuya participación beneficie el proceso de mediación, y otros que pudieran ser afectados debido al resultado de la misma.

- Ayudar en la identificación y evaluación de las pérdidas sufridas por las víctimas del hecho; para considerar, recrear e investigar opciones y posibilidades de restitución.

8. CONCLUSIONES

Sería saludable que el Estado y la sociedad encontraran una manera de construir y transmitir mensajes que funden mayores niveles de responsabilidad, menos impregnados de violencia en sus distintas modalidades.

A lo largo de este trabajo hemos tratado de pensar cómo serán las nuevas prácticas alternativas al derecho penal tradicional, el que, conforme la experiencia hasta el presente, ha demostrado su ineficacia para resolver conflictos.

En este marco, hemos desarrollado un análisis que imagina la aplicación de la mediación penal para los adolescentes sobre las *nuevas transferencias*, aprovechando estas nuevas formas legales para brindarles mayores y mejores oportunidades para el futuro.

Esto implica un doble mecanismo: por un lado como idea superadora, de acuerdo con el esquema de la protección integral que ordena *propiciar y valorar en un ámbito constitucionalmente protegido la posibilidad de enfrentar su responsabilidad por los hechos cometidos*, y por el otro, como comprensión de que este *nuevo sistema de Justicia le brinda un espacio de reflexión*, educativo y diferente, a la única respuesta posible, hasta el momento: el encierro. Consideramos que éste no es útil ni para el joven ni para la sociedad, y tampoco resuelve los conflictos existentes y vivenciados tanto por él como por la víctima.

Las nuevas formas sociales han requerido desafíos legislativos que lleven a imaginar posibilidades y alternativas diferentes para enfrentar los cada vez más complejos conflictos, valorizando el respeto y el cumplimiento efectivo de los derechos de los niños y adolescentes.

Con la vista puesta en la Convención, sólo tendríamos que adentrarnos en su espíritu descubriendo y recreando alternativas que ella intrínsecamente posee.

Tal vez de allí mismo se desprenda la noción de que *los niños y los jóvenes son naturalmente merecedores de al menos intentar recomponer y reparar la realidad*.

Por eso se requiere una Justicia social que tenga en cuenta la Historia social, las redes de solidaridad y la comunicación, en tanto que cuando lo penal se inscribe deja una impronta que cambia el destino para siempre.

Propiciemos entonces una resolución no solo simbólica sino también real, poniendo las instituciones al servicio del hombre para mejorarlas y para mejorar la calidad de vida de nuestros niños y jóvenes.

Instaurar la mediación como método alternativo al Sistema Penal para la resolución de conflictos de jóvenes nos exige la incorporación de aquellos preceptos de importancia superlativa como el derecho a ser oído y el interés superior del niño.

El proceso penal ya ha demostrado que no ha podido resolver los conflictos ni poner en superficie las necesidades e intereses de las partes involucradas en el mismo.

La mediación como proceso permite al joven revelar la dimensión de su responsabilidad a través de la oportunidad de conectarse con el efecto que sus acciones generan en el otro, protagonizando así la búsqueda conjunta de soluciones.

El Instituto de la Mediación es una modalidad de intervención que sirve no solo para resolver conflictos: según se la aplique, podría potencialmente lograr propósitos más trascendentales como el de modificar conductas. Esto es plausible, dado que implica el fortalecimiento de la comunicación y el crecimiento como personas.

A pesar de ello, no debemos ser ingenuos y creer que esta es la única razón por la que se ha resuelto su implementación. Esta decisión tiene más que ver con que el Sistema Penal ordinario se encuentra absolutamente colapsado. Habiendo perdido su capacidad de respuesta, se ve obligado a evitar que lo propio ocurra en la Justicia de la Ciudad.

Hemos intentado casi atrevidamente desarrollar una suerte de Modelo de Intervención a partir de la sanción del Código de Procedimiento Penal de la CABA.

Es importante remarcar que *la confidencialidad* de lo expresado en las audiencias está, hoy por hoy, asegurada en la propia Ley de Mediación, por lo que resulta innecesaria su aclaración en las actas que se labren con motivo de las mismas. Ésta sería una más de las aristas que participan en la indoblegable defensa del Principio de Inocencia.

En relación a los acuerdos que se celebren y que impliquen algún tipo de indemnización –reparación de tipo económica–, consideramos que no son reco-

mendables, pues podrían confundir al joven, teniendo en cuenta que el dinero, salvo en casos particulares, podría provenir de sus propios padres. Esto constituiría un obstáculo para la construcción de una *ciudadanía responsable*.

Creemos, asimismo, que la mediación podría llevarse a cabo en todas las etapas del proceso, en tanto las partes involucradas así lo consideren y presten su consentimiento a ese efecto.

Queda pendiente la capacitación de los mayores en la temática de Niños y Adolescentes, instancia en la que se verá ya no la responsabilidad penal de los jóvenes sino la responsabilidad de los adultos que tengan a su cargo la difícil tarea de participar en el proceso de búsqueda de justicia

En este esfuerzo por la defensa del Instituto de la Mediación, podríamos aventurarnos a trasladar el lugar de la *imparcialidad* a la figura del mediador, en tanto en materia penal, (a diferencia de la Mediación Familiar), éste no debe velar ni directa ni indirectamente por el Interés Superior como una suerte de defensor de los derechos de quien no se encuentra presente.

Más allá del rol del asesor tutelar en términos de Defensa, nos encontramos más acá y frente a frente, con el necesario e indelegable derecho a la defensa técnica, para lo que es requisito indispensable la presencia de un abogado defensor, sea éste del ámbito privado, o miembro del Ministerio Público de la Defensa.

Es importante recordar que en el Poder Judicial —y tal vez lo mismo ocurra en otros poderes del Estado— se observa una fuerte resistencia al cambio; quizás la insistencia y la paciencia de algunos hagan realidad la necesidad de operar con una modalidad de *acceso a Justicia* distinta, aceptando tanto la compañía de nuevos actores como de nuevas instancias, pudiendo comprender que el beneficio es para la propia idea de una Justicia mejor y más justa.

Debemos tener en cuenta que el ejercicio del derecho de un niño o de un joven a ser oído define, en un sentido, la dirección de la tarea que nos ocupa, funcionando asimismo como guía y sostén respecto de la certeza de las intervenciones.

Ese derecho determina, entre otras, la diferencia entre *judiciable* y *administrado*, mostrando así, la *aparición* o el inicio de un camino que *reconoce la subjetividad*, nada menos que en la desapareja relación con el Poder del Estado.

Esto recién comienza y tal vez sean los niños y los jóvenes los que nos enseñen, del mismo modo que nos enseñaron la importancia de la ecología, que hay un futuro y que todavía estamos a tiempo de elegir como vivirlo.

Confiemos entonces en que *no todas las pérdidas son "ir-reparables"*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baruch Bush, R. y Folguer, J. (1995):** *La Promesa de la Mediación*, Ed. Granica S.A.
- Cillero Bruñol, M.:** *Entre el Autoritarismo y la banalidad: infancia y derechos en América Latina*, Emilio García Méndez, Ed. UNICEF.
- Código Procesal Penal de la CABA, Ley Nº 2.303**
- Código Procesal Penal Juvenil de la CABA. Ley Nº 2451**
- Convención Internacional de los Derechos del Niño.**
- Diez, F. y Tapia, G. (1999):** *Herramientas para trabajar en mediación*, Ed Píados.
- Fallo de la Corte Interamericana respecto de: Villagrán Morales y otros niños.**
- Frías Caballero, J.:** *Revista de la Sociedad de Criminología*
- Klein, M. (1990):** "Amor, culpa y reparación. Contribución a la psicogénesis de los estados maniaco-depresivos", en *Obras Completas, Tomo 1*, Barcelona, Paidós.
- Klein, M. (1990):** "Amor, culpa y reparación. El duelo y su relación con los estados maniaco-depresivos", en *Obras Completas, Tomo 1*, Barcelona, Paidós.
- Klein, M. (1990):** "Amor, culpa y reparación. Notas sobre algunos mecanismos esquizoides", en *Obras Completas, Tomo 1*, Barcelona, Paidós.
- Kosovski, E. (1994):** *Victimología, Enfoque Interdisciplinario*, Río de Janeiro, Sociedade Brasileira de Vitimologia.
- Lacan, J.:** *Intervenciones y textos*, Nº 1, Ed. Manantial, Psicoanálisis y Criminología
- Larrauri, E. (1992):** "Victimología", en *De los delitos y de las Víctimas*, Buenos Aires, Ad-hoc.
- Las Observaciones Generales Nº 10 del Comité de los Derechos del Niño,**
- Administración de Justicia de Menores.**
- Ley 24.573 y Decretos Reglamentarios**
- Ley Nº 26.061 De protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**
- Maier, J. (1992):** "La víctima y el sistema penal" en *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad- hoc.
- Moore, C. (1996):** *El Proceso de Mediación*, Ed. Granica S.A.
- Neuman, E. (1994):** *Victimología el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2da. Edición.
- Neuman, E. (1997):** *Mediación y Conciliación Penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma.
- Peters, T. y Aerten, I. (1994):** *En Búsqueda de nuevos caminos en el trato del delito*, Bélgica, Universidad Católica de Lovaina, Facultad de Derecho.
- Régimen Penal de la Minoridad. Ley Nº 22.278** (con las modificaciones introducidas por las Leyes Nº 22.803, 23.264 y 23.742)
- Rodríguez Manzanera, Luis (1988):** *Victimología. Estudio de la Víctima*, México, Ed. Porrúa S.A.
- Zaffaroni, E. (1973):** *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ed. Ediar.

EL DERECHO A SER OÍDOS Y LA CUESTIÓN DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL

SILVINA LORENA NOVELLA¹

Lo que se ve no se aloja, no cabe jamás, en lo que se dice
M. Foucault, 1996 - Les mots et les choses

Un derecho que no se ejerce no es un derecho
Rudolf Von Ihering, 1872 - La lucha por el Derecho

1. INTRODUCCIÓN

El contexto actual está signado por un proceso de innovación que tiende a fijar nuevas valoraciones que se pongan de manifiesto en la construcción de la infancia como sujeto social.

En este marco, el Estado asume el desafío de desvincular a la infancia de la concepción regente del sistema tutelar que inscribía a cierto sector de la población infantil en la categoría de “minoridad en riesgo” y desarrollar mecanismos sociales y legales a través de sus políticas públicas que amplíen el ejercicio de ciudadanía de todos los niños, niñas y adolescentes.

Junto con el despliegue de nuevos institutos normativos, las prácticas jurídicas y administrativas enfrentan la necesidad de ser transformadas para asegurar el cumplimiento de estas nuevas obligaciones del aparato estatal.

La participación de los niños en los procedimientos judiciales hoy en día convida una serie de institutos tales como la representación, el derecho a ser oído, el derecho a la expresión, que se articulan entre sí para dar lugar a las garantías procesales que habían sido negadas o resueltas con la discrecionalidad que generaba el sistema tutelar.

En este trabajo intento llevar adelante una lectura integral de la representación de los niños, instituto en estrecha relación con el derecho a ser oído, anali-

1 Auxiliar Docente de la Facultad de Derecho- UBA, Becaria UBACyT 2009 - Finalizando trabajo de Tesis de la Maestría en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles - UBA

zando desde un enfoque normativo su articulación con otros institutos que intervienen al momento de su aplicación en los procedimientos judiciales.

Para ello, es preciso indagar sobre los cambios ocurridos en el ordenamiento jurídico a partir de la incorporación del conjunto de derechos que establece la Convención sobre los Derechos de los Niños (CDN) y observar cómo se configura hoy este nuevo entramado en las prácticas jurídicas, vinculadas con institutos normativos propios del sistema preexistente de capacidad de las personas.

Como se verá a continuación, este sistema de capacidad confronta con el nuevo paradigma de autonomía progresiva instaurado por la CDN, generando diversos modos de accionar para los mismos actos procedimentales.

En lo que se refiere específicamente a la representación de los niños, ésta constituye un punto de inflexión entre ambos sistemas y expresa un nivel de conflictividad de normas que pone en evidencia la coexistencia de ordenamientos antagónicos. Esto, sumado a las actuales condiciones de vida de la infancia en nuestro país, hace las veces de un faro para ubicar la situación presente y a su vez señalar el camino que queda por andar hacia una verdadera transformación del sistema.

2. DESARROLLO

2.1. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. UN NUEVO LENGUAJE

Para analizar el problema de la representación es preciso tomar como punto de partida la incorporación de la CDN en el ordenamiento jurídico, ya que este hecho redefinió el alcance de los derechos aplicados a la infancia.

Más que pensar en la incorporación de un nuevo conjunto de normas especiales, la incorporación en el ordenamiento jurídico argentino de la CDN, significó la convivencia de estas nuevas proporciones con una serie de pautas relativas a la niñez preexistentes esparcidas por todo el derecho argentino, y en particular definidas en el Código Civil de la Nación (sistema de capacidad de las personas).

El nuevo paradigma instaurado por la CDN pretendió establecerse como un sistema integrado, que pudiese sentar las bases mínimas de las nuevas concepciones de infancia. Un nuevo lenguaje basado en el reconocimiento del niño como sujeto de derecho. Orientado hacia el interior de nuestro régimen jurídico, en principio determinó la emergencia de conflictos concretos generados a partir del choque que entre dos tipos de normas: las preexistentes y las incorporadas a través de la ratificación de la CDN.

Uno de los conflictos puede examinarse tomando como punto de partida la aplicación del instituto de la representación de los niños.

Si bien previo a la Convención sobre los Derechos del Niño contábamos con instrumentos de DDHH que en su espíritu abarcaban toda condición del ser humano, este instrumento tuvo como principal propósito el de constituirse en el primer entramado de derechos indisociables e interrelacionados que conforman una red coherente derechos dirigidos a "la infancia"². Este conjunto de normas integradas reconoce a los niños como sujetos de derechos, y a su vez convierte a los adultos en sujetos de responsabilidades. Conforme a ese fundamento, y en términos normativos, se estructura en torno a la obligación de protección del Estado en sentido amplio, y del derecho que asiste a todos los menores de 18 años de edad a desarrollarse en medios seguros y a participar activamente en la sociedad. Enmarcado en los procesos históricos de democratización, y desde una perspectiva política, requirió del suficiente consenso para lograr una mayor legitimidad en extensión. En este sentido podemos inferir que desde el comienzo estuvo ideado para encarnar un nuevo enfoque de derecho en términos simbólicos³ que abriera el debate, que allanara los más diversos grupos sociales, aunque en términos normativos se comprendiera como el primer escalón dentro de un proceso de transformación más profundo que se materializara en congruencia con las particularidades constitutivas de cada país, pero que en definitiva, encarnara un nuevo modelo jurídico-social denominado *Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño*.

Así, este sistema normativo individualiza al sujeto destinatario como *niño*, comprendiendo en esa expresión a todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Esta definición claramente carece de especificidades respecto de las distintas franjas etáreas que comprende, y no hace alusión a otras posibles categorizaciones como niñez, adolescencia o juventud, que visiblemente podrían ubicarse en este período de la vida.

El Preámbulo de la CDN afirma: "El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento".

2 En este caso se hace mención de "la infancia" precisamente porque el término así utilizado pretende inferir a una estandarización del concepto.

3 Dice Enrique Martín Criado: Una de las dimensiones fundamentales de toda acción política es la simbólica: definir cuáles son los problemas, los grupos y apuestas en juego, las soluciones. (Criado, E. (2005): "La construcción de los problemas juveniles", en *Revista Nómadas*, N° 23, p. 91.)

Más adelante, en su artículo 5, la CDN le reconocerá específicamente al niño la capacidad de ejercer los derechos reconocidos en la Convención con dirección y orientación apropiada y en consonancia con la “evolución” de sus facultades.

Artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Este artículo se enlaza con el 12, que establece “el deber de los Estados de garantizarle al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que los afecte y el deber de tener en cuenta esa opinión en función de la edad y la madurez del niño”.

De ello se puede inferir que la CDN reconoce a los niños autonomía progresiva para ejercer esos derechos, pero la dificultad aparece al dejar librado en cada caso concreto la determinación de la *madurez* y la *evolución*. Este criterio de corte programático abre un sinnúmero de posiciones por parte de los Estados que lo llevan a la práctica. En última instancia, esa indeterminación se agudiza, ya que en términos fácticos esa graduación finalmente es definida e interpretada desde la mirada adultocentrista y universal que, sin tener en cuenta en cada caso las características históricas, sociales, culturales de ese desarrollo, determina la madurez del niño despojado de todo vínculo con el entorno que proveyó esas condiciones de existencia.

A partir del consenso internacional que significó la firma de la CDN, ese compromiso reclamó la adaptación hacia el interior de los Estados, generando la necesaria demanda de establecer coherencia en el conjunto de los sistemas jurídicos.

La fuerza normativa de la Convención, por un lado, impulsa las reformas necesarias una vez que se inician los procesos de transformación en el interior de los Estados, y por otro, se constituye en un punto de referencia común según el cual es posible valorar los progresos alcanzados en virtud de ese requerimiento de adaptación.

2.2. VIEJOS Y NUEVOS REGÍMENES. PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN

En lo que respecta a nuestro país, es así como algunas primeras leyes provinciales y luego la Ley Nacional Nº 26.061 instauraron el Sistema de Protección Integral, reproduciendo casi en idénticos términos los derechos reconocidos por la CDN.

Lo que ocurre es que la incorporación de esos derechos al ordenamiento local no fue suficiente en la medida en que esa transformación no estuvo orientada por la voluntad de una armonización de esas nuevas pautas con las establecidas por el sistema normativo anterior.

En la coexistencia de las viejas operatorias propias del sistema tutelar y su concepción de la infancia a través del sistema de capacidad de las personas y del nuevo régimen de protección integral, los niños y jóvenes han alcanzado, en términos de participación, un desarrollo muy desigual, ya que la armonización de ambos sistemas quedó librada al ámbito de las prácticas jurídicas y al tipo de conflicto que diera lugar a la intervención del Estado.

Las instancias de participación despliegan mecanismos propios del *ciudadano adulto*; “tienden a ser unilaterales, formales y ritualizadas”⁴.

Si bien las preceptos de la CDN se enmarcan bajo el estándar de participación en sentido amplio, tienden a un reconocimiento de la autonomía progresiva hacia el interior del ordenamiento, basado en la categorización normativa de *niño* o *menor* según el conjunto de derechos que estén en juego, y se configura en torno a la edad cronológica y el rol que se le adjudica en un medio dado, que finalmente termina diseñando un tipo de experiencia participativa, que en cada caso quedará definida por el grado de autonomía que se le adjudique. Ya sea que la situación encuadre en un riesgo para sí mismo o para otros, el niño aún considerado como un sujeto de derecho, ejercerá la participación a través de adultos legitimados para tal fin (padres, tutores, abogados).

Sin embargo, la categoría *edad* ya no será vista como un imperativo para evaluar su desarrollo y su *maduración* porque su derecho a participar quedará supeditado al tipo de situación que desencadenó la intervención del Estado. En este sentido, tanto la edad como las condiciones socioculturales de desarrollo son desestimadas, porque estos elementos muestran cabalmente al niño o al joven como ser dependiente de su entorno. Por tanto, todo acto o interés del niño que pretenda administrarse termina poniendo en evidencia las obligaciones y las responsabilidades que han sido desatendidas y que configuraron esa situación.

2.3. LA CUESTIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

Entonces, en términos estrictamente normativos, la representación del niño adquiere una mayor complejidad a la luz de su articulación con otros derechos (como son el derecho a participar en los asuntos que les afecte, el derecho a ex-

4 Vergara del Solar, M. C.: (2007): “La intervención social como conflicto. El caso de la infancia y la juventud en Chile”, en *Revista Praxis*, Santiago de Chile, Año 9, N° 11.

presarse, a pensar libremente y a ser oídos en los procesos judiciales y administrativos), y en función de la vigencia del sistema de capacidad establecido en el Código Civil de la Nación. Precisamente en este cuerpo legal, la representación de las personas *menores de edad* viene a suplir la incapacidad que caracteriza esa condición, conceptualización de la infancia que basa su ideología de la protección de la infancia como *objeto de derecho*.

Tanto la CDN como la Ley Nº 26.061 abordan la tarea de transformar el sistema normativo de la infancia, pero esta innovación sin duda requiere de una lectura que la ubique dentro de los procesos históricos bajo los cuales fue impulsada.

Para situar esta problemática, Sandra Carli⁵ toma estas palabras de Sidicaro: "Los problemas de la representación se vinculan con los nuevos rasgos de la sociedad contemporánea (...) Las sociedades se convirtieron en más heterogéneas y fragmentadas y con ello menos representables, que aumentaron las exigencias de las personas y de los segmentos diferenciados de la individuación reflexiva, en tanto que (...) disminuyeron las capacidades de los estados para implementar políticas de modo relativamente autónomo frente a las imposiciones emergentes de los procesos de globalización".

Es decir, tal como señala la autora, a este corte característico de las sociedades contemporáneas se suman las particularidades argentinas, de las que se puede inferir, además de los procesos históricos sociales, un incompleto proceso jurídico de adecuación de las normas hacia el interior del sistema.

Tal como expresamos al principio de este análisis, la concepción de niñez se fue procesando de diversos modos, de acuerdo a la construcción histórica que se hizo respecto de la infancia. A medida que este procesamiento se fue complejizando, el despliegue de poder y las capacidades ya no se concibieron como un mero hecho universal y biológicamente condicionado (inevitable). Se observó que aunque los procesos sociológicos básicos son probablemente más o menos similares en todas las sociedades humanas, su definición cultural variaba de sociedad en sociedad, para poder transitar los problemas que devenían de esa condición⁶. Este proceso biológico está subordinado al contexto, es decir, a las condiciones sociales y culturales bajo las cuales se define, en relación con los vínculos y las actividades que se distribuyen en forma de roles. Precisamente

5 Carli, S. (2003): "El Problema de la representación. Balances y dilemas" en *Infancias y adolescencias. Teorías y experiencias en el borde*, disponible en http://webiigg.sociales.uba.ar/carli/Carli_Elproblemadelarepresentacion.pdf, p. 1.

6 Eisentadt, S. (1964): "Grupos de edades y estructura social: el problema", en *The Generation to Generation*, Illinois, EUA.

es en el espacio cultural donde se formulan las identidades y donde se proveen los patrones de prácticas ⁷.

Si bien toda identidad no se gana de una vez y para siempre, sino que sufre transformaciones e imposiciones por tratarse de una construcción procesual⁸, las identidades infantiles estuvieron comprendidas en términos de una universalidad que no reconocía definiciones en función del grupo social de pertenencia. Enfundados en el mito de la igualdad de oportunidades⁹ y acotados exclusivamente respecto de la edad cronológica, la representatividad plasmó el ideal de una infancia como *objeto* de protección. En este sentido, a medida que el Estado reconocía mayor potestad al ámbito familiar (patria potestad), la aplicación de este instituto se extendía por todo el sistema jurídico. En el primer ámbito eran representados por los padres sin intervención alguna. Pero si ese grupo familiar mostraba deficiencias en su función, estos niños, por su situación *irregular*, eran ingresados al sistema judicial automáticamente y entonces el mismo Estado tomaba el lugar omnímodo de la representación.

De una u otra manera, la representatividad asumió una idéntica expresión: la de convertirse en manto protectorio de los intereses de los niños cubriendo su singularidad y su presencia. El niño quedó entonces por detrás de la *protección* que se procuraba con la representatividad y ausente del lugar donde se definen sus condiciones de vida. El representante construye una nueva identidad del representado y transforma su realidad, generando un vacío (común a todo niño, niña o adolescente), que es ocupado por la traducción o la interpretación (siempre implícita) que él realiza detentando el rol activo con exclusividad. El representado, como ser incompleto, asume una identidad recreada. Tal como señala Sandra Carli¹⁰, en términos de Laclau, no hay identidades *plenas/cerradas* previas a los actos de decisión y contenidos de la representación, ni previas a los actos de identificación. En palabras de Derrida: "Una identidad nunca es dada, recibida o alcanzada; solo sufre un proceso indeterminable, indefinidamente fantasmático de la identificación"¹¹.

En definitiva, el mecanismo de representación de la infancia no deja de constituirse como una ficción jurídica y social por la que el representado actúa en

7 Ortiz, R. (1997): *Mundialización y cultura*, Buenos Aires - Madrid, Alianza Editorial, Capítulos 2 y 4.

8 Curia, M. (2006): "Pequeños consumidores: algunas reflexiones sobre la oferta cultural y la construcción de las identidades infantiles", en Carli, S. (comp.): *La cuestión de la Infancia*. Entre la escuela, la calle y el shopping, Buenos Aires, Paidós.

9 Margulis, M. (comp.) (1996): *La juventud es más que una palabra*, Buenos Aires, Biblos.

10 Carli, S. (2003): Op. Cit.

11 Derrida, J. (1997): *El monolingüismo del otro*, Buenos Aires, Manantial, p. 45.

lugar del verdadero sujeto titular de un derecho, generando una abstracción, una especie de desplazamiento legitimado por el cual se asume que todo acto generado por el representante fue en verdad realizado por el representado. La ficción consiste en simular que el titular de derechos representado está presente en el momento en que se discuten sus intereses. La representación completa el discurso le agrega elementos en la transmisión de supuestos contenidos para su consideración formal, de acuerdo a un rol social previamente diseñado por una comunidad lingüística (propia de los aparatos ideológicos del Estado productores de sentido), absolutamente ajena a las experiencias habituales de la niñez.

En definitiva, el niño que no es escuchado directamente es omitido del debate en el que se resolverán sus intereses. La representatividad agotará su accionar en términos superficiales, que se enmarcarán en el correcto proceder que ampare la legitimidad de las decisiones, sin miramientos que pongan en evidencia la singularidad sujeto. La presencia del niño, niña o adolescente será decodificada o traducida en un lenguaje adulto, que se ajustará a un procedimiento abstracto y ajeno a los verdaderos alcances comprometidos en su condición de sujeto de derechos. Su identidad y sus necesidades resultarán reconfiguradas en el enfoque adulto bajo la categoría jurídica de *intereses*, que no siempre se abstraen de las formas jurídicas previamente diseñadas, pero que asumen la correcta y no menos vaga entidad del *interés superior del niño* (en términos de la CDN, “por la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos” por ella).

2.4. LA DEFENSA TÉCNICA Y EL ABOGADO DEL NIÑO

En términos literales, la CDN sólo contempla el derecho de defensa técnica para los procesos penales (art. 40.2.b. III). El artículo 40 establece que los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales a la asistencia jurídica o de otro tipo de asesor adecuado, a menos que se considere que esa acción puede ser lesiva de su *interés superior*.

Pero no contempla la defensa técnica en otros ámbitos que también tienen potencialidad de restringir derechos de las niñas, niños y adolescentes, tales como procesos administrativos y procesos judiciales civiles, comerciales y laborales.

Es evidente que la asistencia jurídica personificada en un abogado especialista en temáticas de niñez no podría entenderse como una acción que atente contra sus intereses. Por el contrario, esa figura aportaría mayor transparencia

al procedimiento y garantizaría una asistencia técnica tendiente a soportar la defensa de sus derechos, en concordancia con los intereses del niño, desvinculados de los intereses de los adultos que participen en el proceso¹².

Luego, la Observación General N° 13, refiriéndose al artículo 14° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas sobre la igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, trajo luz a aquellas indeterminaciones de la CDN, y reforzó su sentido regente de participación, señalando que dicha norma se aplica *tanto a tribunales ordinarios como especiales*. También determinó que “los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos”.

Asimismo, la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instada por la Comisión Interamericana y en atención a la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, indicó en su apartado N° 10: “En los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal”.

La Ley N° 26.061 aportó una mayor fortaleza al derecho de defensa técnica reconocido por la CDN, especificando las garantías reconocidas y extendiéndolo a todo proceso administrativo o judicial que involucre al niño.

El artículo 27 establece las “Garantías en los Procedimientos Judiciales o Administrativos” y determina enfáticamente la garantía que debe asistir a todo niño a contar con “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”.

Siguiendo este posicionamiento, la reglamentación del artículo 27 (Dto. 415/06) inscribe “el derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar”.

Tal como menciona Laura Rodríguez¹³ “(...) La directiva legal que garantiza al niño su derecho a participar activamente en el procedimiento (artículo 27 in-

12 Solari, N. E. (2007), “El derecho del niño al patrocinio letrado” en Revista *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, Año XXIII, N°11.

13 “El derecho a ser oído y la defensa técnica a la luz de la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, publicado en <http://www.surargentina.org.ar/derechoido.htm> de la Fundación Sur.

ciso d) Implica que podrá intervenir en la causa sin limitaciones discriminatorias, por lo que deberá revestir la calidad de parte, y como tal, con derecho a plantear en el escrito constitutivo una formula distinta a la de sus padres y a la del asesor de menores (...). Es evidente que en esta contradicción subyace el espíritu de la doctrina de la situación irregular y la idea del niño como objeto de control por parte de sus padres y del asesor de menores, en vez de dar cuenta a las innovaciones introducidas por la noción del niño como sujeto de derechos, con autonomía progresiva para su ejercicio”.

Enmarcados en el paradigma de protección integral, se podrían inferir las siguientes pautas para garantizar la defensa técnica aplicable a los niños:

Asistencia 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. Respecto de su debido accionar:

- Debe responder a un interés parcial, existiendo un deber de lealtad hacia su defendido y por ende, debe alejarse de toda forma de paternalismo, siguiendo las instrucciones del niño, en cuanto a la definición de su interés particular.
- Debe actuar con especial observancia a deber de confidencialidad y lealtad, asegurando entrevistas privadas, sin que medien injerencias de ningún tipo.
- Es preciso que informe al niño de todo cuanto suceda en el proceso e instruirlo de las distintos mecanismos y elementos disponibles para una mejor decisión.
- Debe ofrecer prueba y controlar la presentada por las otras partes del proceso, así como también llevar a cabo todas las demás actuaciones procesales tendientes a sostener la postura.

Con respecto al defensor promiscuo, cabe señalar que fue concebido en un momento en el que las personas menores de edad eran consideradas como objetos de protección, es decir, objetos de tutela.

Ubicada la defensa técnica en la figura del *abogado del niño* la participación del asesor queda comprendida en el deber de pronunciarse conforme a derecho, no debiendo necesariamente plegarse a la posición más favorable a los intereses del niño, y aun cuando su dictamen contraríe las pretensiones sustentadas

por su representante individual. El defensor de menores actúa en nombre del Ministerio que integra y no en nombre del niño. Por ello, su tarea supone el deber de proteger y promover el cumplimiento de los derechos de los niños, y en particular el derecho de defensa material y técnica, fiscalizando el debido proceso legal y arbitrando los medios necesarios para asegurar la actuación del abogado del niño, niña o adolescente.

Nelly Minyerski y Marisa Herrera¹⁴ señalan que “tanto la CDN como la Ley Nº 26.061 receptan una capacidad indeterminada, sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio (concepto que, en términos de nuestra ley de fondo no es otra cosa que el discernimiento previsto en el art. 921), que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en estas normativas”. Es decir, para el ejercicio de tales derechos (o ante la violación de ellos), no se necesita alcanzar ninguna edad previamente determinada. Por el contrario, sostienen que las distintas edades fijadas en el Código Civil y leyes complementarias se refieren, por lo general, de manera directa o indirecta, a cuestiones de tinte patrimonial.

Es por ello que la figura del abogado del niño supone el requisito de la asistencia letrada en todo proceso administrativo o judicial como una garantía mínima de procedimiento. Esta figura, además de tener la función de amparar los intereses del niño, posibilita el cumplimiento de otras garantías mínimas como el derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, debiendo participar activamente en dicho proceso.

Esta figura abre una serie de cuestiones que suponen el concreto accionar de los órganos judiciales del Estado en su rol compartido de garante del procedimiento de defensa, para que dispongan expresamente mecanismos sin intermediaciones a fin de que todo niño que participe de un procedimiento en su ámbito cuente con los servicios de un abogado, y que exista un vínculo de confianza entre ambos.

De la norma se desprende que en los casos que a los niños no se les haya designado un abogado de confianza, la petición de los padres para que se escuche a sus hijos debe ser equiparada con el pedido directo de éstos. Pero es evidente que la designación por parte de uno de los padres en muchos casos no garantizaría la independencia de la defensa de unos y otros intereses.

Al respecto, el principio de autonomía progresiva considera que las niñas, los niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos, los cuales pueden ser ejer-

14 Minyerski, N. (y otros) (2008): “Autonomía, Capacidad y Participación a la luz de la Ley 26.061”, en García Méndez Emilio (comp.): *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Capítulo 4. p. 57.

cidos directa y progresivamente, con la dirección y orientación de los padres, conforme a la evolución de las facultades de los niños.

Pero, ¿qué sucede cuando el accionar de los padres no está claramente orientado hacia los intereses subjetivos del niño?

2.5. LA REPRESENTACIÓN COMO MECANISMO DE INTERVENCIÓN

En el contexto de los procesos de democratización, se pusieron en evidencia los mecanismos de exclusión propios de una experiencia social heterogeneizante, dando como resultado la percepción de una sociedad cada vez más globalizada, caracterizada por lo desigual y lo fragmentado. Curiosamente, aunque la educación continuaba cumpliendo su rol de homogeneizar las identidades en este trayecto de la vida, las transformaciones sociales pusieron de manifiesto la diversidad de infancias, tornándolas aún más difíciles de representar.

Si la tarea de representar a adultos capaces en calidad de titular de un derecho se convertía en una ficción por la dificultad de ajustarse a los procedimientos estipulados, personificar los intereses de cada niño en su singularidad se tornó una tarea casi imposible.

Es notable el esfuerzo que se realiza para mantener a ciertas infancias veladas a través de producciones de la representación, signadas por imágenes universales de una infancia híbrida, por debajo de la cual se esconden problemáticas más complejas. Mientras tanto, como dice Carli¹⁵, “colocan a la sociedad en un lugar de espectador y no de interpelación política”.

Ajenos a los debates políticos, a la proliferación de organismos internacionales y locales y al diseño de políticas públicas, estos niños que fueron atomizados y luego instalados en programas de inclusión no superaron el vacío que produce este mecanismo que los constituye en agentes externos. A su vez, desde esa presencia silenciosa, volvieron a poner en evidencia la falacia de la representatividad, que lejos de encarnar sus intereses, niega el ejercicio de derechos tales como el de expresión y participación.

Tomando la idea de Alessandro Baratta¹⁶, “la exclusión de los niños del pacto social (...) se da como una exclusión explícita y programada del pacto social de la modernidad: una exclusión del ejercicio de la ciudadanía que no sólo es de hecho sino también de derecho. Los niños y los adolescentes, como todos los seres humanos, tiene acceso a los derechos civiles y de libertad, según lo estable-

¹⁵ Carli, S. (2008): Op. Cit.

¹⁶ Baratta, A. (1998): “Infancia y Democracia”, en García Méndez, Emilio y Bellof, Mary (comps.): *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Buenos Aires, Temis-Depalma, p.11 y 12.

cido en las declaraciones de derechos humanos. No obstante ellos no son parte contratante del pacto, no tienen ni la facultad y la obligación de serlo...". Y concluye el autor: "Los niños pueden encontrar protección en el estado civil, producto del pacto social, pero no forma parte de él". Por ello, esta lucha de derechos es precisamente distinta a las demás. El antagonismo que precede a toda lucha social por adquirir nuevos derechos en este caso parte de una desigualdad que no se pretende superar, porque no son los niños quienes detentan el movimiento social que apunta al cambio. Éste es un movimiento de transformación cuyos destinatarios son los niños, pero que está puesto en marcha por los adultos y –lo que resulta fundamental en esta diferenciación– por los discursos y por el *lenguaje*¹⁷ de los adultos.

En conclusión: "Los otros diferentes son los niños y adolescentes, colocados en un lugar de externalidad a la sociedad en su conjunto"¹⁸.

Entonces, la asimetría entre niños y adultos se mantiene más allá del reconocimiento explícito de la condición de sujetos de derechos que detentan los niños. El representante queda ubicado por delante del niño. Si bien esta posición también caracteriza la relación de representación entre otros actores (representación a través de partidos políticos, por ejemplo) para el caso del niño su presencia queda excluida. Esta situación de la población infantil cada vez más estereotipada (como *víctimas* y *peligrosos*), en el marco de una sociedad polarizada, así como la mutación de identidades infantiles generalizadas en un entorno cada vez más globalizado y la ausencia de mecanismos de interpelación directos, permite que la retórica de la representación reduzca al mínimo la visibilidad de la niñez en espacios de participación ciudadana. Lo visto es lo dicho y lo oído al mismo tiempo. Un niño que permanece personificado a instancias de la representación, también permanece silenciado. Su palabra y su opinión quedan obturadas.

En lo que se refiere el lenguaje y la expresión infantil, se suelen asumir básicamente dos actitudes: una da la idea de un esfuerzo por comprender y la otra constituye un esfuerzo por apaciguarla¹⁹.

17 Dice al respecto Rocío Cantarero en La desviación de menores, citando a Wittgenstein y a Rusell. "Toda palabra, pues, tiene en principio la significación que alguien le ha dado, y aún más si se trata de desarrollar análisis de conducta en las expresiones lingüísticas y en sus significaciones, donde se toman en consideración las causas ambientales de la utilización de la expresión, los efectos de la audición que "el hablante espera o pretende que tenga sobre el oyente" (Cantarero, R. (1988): *Delincuencia Juvenil y Sociedad en Transformación: Derecho Penal y procesal Penal de Menores*, Madrid, Montecarlo, Capítulo I, p.15)

18 Carli, S. (2006): "Notas para pensar la infancia en la Argentina (1983-2001)" en Carli, S. (comp.): *La cuestión de la infancia. Entre la escuela, la calle y el Shopping*, Buenos Aires, Paidós.

19 Gaitán, Á. (1998): "Protagonismo Infantil", en *La Participación de los niños y adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño: visiones y perspectivas*, Actas del Seminario, UNICEF, Bogotá.

En el contexto judicial, todo aquel que escucha se configura en el rol de *autoridad* frente a la cual el representante redefine los significados de las expresiones (y aún de los silencios), otorgándoles nuevos sentidos éticos, que construyen realidades legitimantes enmarcadas en el criterio del *hombre social*²⁰ o adultrocentrismo (“lo que el chico quiso decir es que...”).

Por otro lado, la instancia de la representación rompe con la línea de tiempo que encadena los procesos formales. El lenguaje está inscripto en un *contexto de situación*²¹. Esta mediación desplaza un “presente mediante el acto del yo que habla (...) y la presencia de un ahora que es presencia en el mundo”²²

Quien habla y quien escucha, independientemente del rol que estén cumpliendo, son seres sociales con historias particulares en una situación institucional determinada. Y es en ese concreto momento donde esas dos personas se comunican, negocian identidades y construyen representaciones sociales. En términos de Martín Barbero: “La relación de la narración con la identidad no es sólo expresiva sino constitutiva: la identidades una construcción que se relata”²³.

En el proceso de escucha, no se trata simplemente de recibir la palabra en forma directa, sino de que ésta pueda dar lugar a su verdad y su deseo. “Escuchar al niño (...) es escuchar sus vínculos afectivos, familiares y comunitarios. Escuchar al niño es responsabilizarse”²⁴.

“Si lo propio de la ciudadanía es el estar asociada al *reconocimiento recíproco*, esto pasa decisivamente hoy por el derecho de informar, y ser informado, hablar y ser escuchado, imprescindible para poder participar en las decisiones que conciernen a la colectividad. De ahí que una de las formas más flagrantes de la exclusión ciudadana se sitúe justamente ahí, en la desposesión del derecho a ser visto, que equivale al de existir/contar socialmente, tanto en el terreno individual como colectivo, en el de las mayorías como en el de las minorías. Derecho que nada tiene que ver con el exhibicionismo vedetista de los políticos en su perverso afán por sustituir su pérdida de capacidad de representar lo común por la cantidad de tiempo en pantalla”²⁵.

20 Halliday, M. A. (1979): *El lenguaje como semiótica Social*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 172.

21 Ídem. P.176.

22 De Certau, M. (1996): *La invención de lo cotidiano. 1 Artes de hacer*, México, Universidad Iberoamericana.

23 Barbero, J. M. (2003) *La educación desde la comunicación*, Bogotá, Norma, p. 319.

24 Efron, R. (2008): Los Niños, Niñas y Adolescentes y los derechos”, Ponencia presentada en la Conferencia *Niñez y acceso a la Justicia*, AECID-APDH, Buenos Aires, Ediciones El Mono Armado.

25 Barbero, J. M. (2002): “Estética de los medios audiovisuales” en Xoriaux, Ramón y Sobrevilla, David, *Estética*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta, p. 11.

Desde el punto de vista de la CDN, la propia enunciación de los derechos del niño supone de por sí una operación de representación²⁶, en el sentido más amplio: *hablar en nombre de*. Que predomine el modo declarativo o el modo preformativo de la Convención²⁷ incidiría en las formas de representación y en las posibilidades mismas del pasaje de la tutela a la representación.

Así, lo dispuesto por la Convención en su artículo 12 queda sujeto al accionar del representante, ya que cualquier acción de representación del niño supone la producción de interpretación del niño y la generación de actos de decisión.

Es precisamente el Derecho, en términos foucaultianos, como dispositivo de poder, el que "(...) al mismo tiempo que legitima las relaciones de poder existentes, sirve para su transformación. Ese dispositivo de poder reserva su saber a unos pocos, y hace del secreto y la censura sus mecanismos privilegiados"²⁸.

En el acto de representar jurídicamente a niño se ponen en juego interpretaciones del representante sobre el niño que es representado. Estas interpretaciones se producen por la propia indeterminación de la identidad infantil, pero además en términos normativos gozan de legitimidad producto del *interés superior del niño*. Por ello las interpretaciones no pretenden reflejar la voluntad del niño representado sino justificarse en virtud de los intereses que pretenden protegerse. Esa identidad que debería expresarse en función de su propia voluntad, "no es previa, sino que es construida a partir de las interpretaciones que el representante (el que habla en nombre de) constituye. Esa interpretación puede incluir o no a la opinión del niño, puede recuperar/articular o no esa voz, puede insertar en esa representación en una genealogía, puede polemizar con los sentidos instituidos o tratar de conservarlos, etc."²⁹

El discurso de representación no sólo se expresa en el instituto jurídico del interés superior. De maneras más sutiles, esa indeterminación se expresa a través de conceptos esencialistas, como el *bienestar infantil* o el *futuro del niño*, a partir de los cuales se toman las decisiones. Como señala Laclau, "en la decisión interrumpe la deliberación ética, política, jurídica, previa; es siempre singular frente a una universal de la regla"³⁰. En el momento de la decisión, se de-

26 Leiras, M. (1994): *Los derechos del niño en la escuela*, Unicef-Argentina, Buenos Aires.

27 Corea, C. (2001) "La infancia en el discurso masmediático", en *Cuaderno de Pedagogía*, Año IV, Nº 8.

28 Cánepa, S. (2008): "Los Derechos y los Niños, Niñas y Adolescentes". Ponencia presentada en la *Conferencia Niñez y acceso a la Justicia*, AECID-APDH, Buenos Aires, Ediciones El Mono Armado.

29 Carly, S.: Op. Cit. p.9.

30 Laclau, E. (1993): *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, Buenos Aires, Nueva Visión, p. 97.

finen los términos del interés superior y a partir de allí se le asigna un sentido que orienta el accionar.

Los estudios de la *representación* la definen como una herramienta discursiva que oculta las condiciones culturales, sociales y aún sectores completos de la sociedad: "selecciona, reorganiza, matiza, focaliza, subraya y fragmenta todos los mecanismos a través de los cuales se crea una imagen de lo real"³¹.

En el último tramo histórico se observa la incorporación de la sociedad civil a la representación de la infancia, lo cual señala la necesidad de avanzar hacia una crítica institucional que ponga en evidencia, la falta de correspondencia entre el reconocimiento de una mayor participación de la infancia y la ficción que provoca el discurso hegemónico de la representación.

3. REFLEXIONES

Como ya se dijo, la noción de infancia se construye socialmente a través del tiempo, pero sobre todo a instancias de los cambios políticos en los cuales convergen procesos de homogeneización y heterogeneización, que redefinen el rol de Estado frente a la niñez (o viceversa). Los medios de comunicación funcionan como facilitadores de una estética global y una mundialización de la cultura en virtud de las cuales todo niño es representado como un niño del mundo, sin mediar interpelación alguna en función de la producción de identidades. Esa construcción, que evidentemente es social, también es jurídica. Los cambios sociales configuran nuevas infancias que el sistema jurídico (tarde o temprano) debe absorber. A su vez, los cambios de concepción de la infancia en el ámbito jurídico no comprenden los consecuentes cambios en las prácticas sociales. Cuando ello ocurre, en el primer caso, la infancia queda desprotegida y en el segundo caso, la infancia queda condenada al abuso.

En líneas generales, la formación del Estado social moderno se vio acompañada de una construcción social y legal del individuo, elaborada en gran medida alrededor de criterios neutros y universales de edad. Se constituyó un cuerpo de reglas que erige al propio individuo, y no ya a su familia ni a la comunidad, como poseedor de derechos y deberes propios, como único medio para gobernar un sinnúmero de particularidades. Pero es evidente que este período histórico del pacto social que transitamos dejó de fundamentarse en una visión

31 Bernal, M. (2006): "Género, etnia y clase en el cine infantil argentino. Un análisis de las representaciones de la niñez en las películas de los noventa", en Carli, S. (comp.): *La cuestión de la Infancia. Entre la escuela, la calle y el shopping*, Buenos Aires, Paidós, p. 279.

lineal, segmentada y rígida que nos devuelve una nueva imagen de la infancia, producida por los medios, la justicia y la educación.

“Es cierto que por las imágenes pasa una construcción visual de lo social, en la que esa visibilidad recoge el desplazamiento de la lucha por la representación a la demanda de reconocimiento. Lo que los nuevos movimientos sociales y las minorías— las etnias y las razas, las mujeres, los jóvenes y los homosexuales— demandan no es tanto ser representados, sino ser reconocidos”.³²

Respecto del campo normativo, es evidente que subsisten contradicciones expresadas por la coexistencia de pautas típicamente concebidas bajo la lógica del control social, dirigidas a intervenir una determinada *infancia* que, a pesar de haber sido encubierta en una declaración amplia de derechos del niño, queda relegada pues, a medida que éstos son explicitados, vuelven a relativizarse. El sistema normativo de protección de la infancia es un producto histórico que hasta el momento sólo asignó a los niños la posibilidad de recibir los beneficios sociales y proteccionales en un juego político difuso, pero aún no habilitó posibilidades concretas para que los actores sociales incidan en el proceso y la definición de sus reglas. La participación en el ámbito público y el político se obtura a título de proteger. Se les da a los niños un espacio amplio para que formen su opinión respecto de la sociedad, pero luego se les van progresivamente restringiendo los ámbitos en los que puedan ejercer esa libertad de expresión. Encubierta bajo el interés superior del niño, que nuevamente se reserva a consideración del Estado, la representatividad queda sujeta al análisis de pertinencia en virtud del progreso que pueda observarse en su autonomía y en su madurez.

El Estado social se sirve del concepto de *potencialidad*³³. Este concepto se refiere a percibir al niño como futuro. No es otra cosa que la postergación del reconocimiento del peso social y político que tienen todos los niños más allá de su condición específica y de su *nivel* de desarrollo. Desde esta mirada, la ideología que subyace sostiene la intención de evitar la responsabilidad política, social y ética que se tiene frente a la infancia y, a la vez, limitar sus posibilidades de cuestionar el mundo adulto.

En síntesis, bajo el velo de la representación, se manipulan abiertamente los intereses de una población en extremo heterogénea e inestable como es la infancia, y por todo ello, altamente perturbadora para la administración del po-

32 Barbero, J. M.: Op. Cit, p. 12.

33 Cussianovich, A (1994): “El Estado y los Niños”, en el *Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, Montevideo, N° 233, p. 115.

der. En concreto, la representación es un mecanismo que les anula toda posibilidad de actuar como sujetos de derechos.

En el marco de los procesos de democratización del acceso a la Justicia, con el reconocimiento de su condición de sujetos de derechos, los niños quedaron insertos en un nuevo territorio de incertidumbres que pone en evidencia la necesidad de repensar la situación de la infancia. Si se pretende una verdadera armonización del sistema normativo, es preciso encarar una pronta adecuación del ordenamiento en su conjunto para salvar las inconsistencias que surgen de conceptos tan disímiles como son *capacidad civil* y *autonomía progresiva*. De igual modo, referirse a los niños como toda persona menor de 18 años, en un sistema que no pretende modificar su enfoque adultocentrista, vuelve a dejar invisibilizada a una gran porción de la sociedad.

Individualizar las responsabilidades de un ser configurado en términos de dependencia no sería posible sin eliminar las contingencias que reflejan el instituto de la representación y, de esa forma, redefinir la participación social de los niños. Para ello, el discurso de la minoridad que universaliza, estandariza e institucionaliza, continúa siendo una herramienta útil para gobernar la infancia.

Alicia Ruiz³⁴ cita expresiones de Derridá en relación con el acto de Justicia, al considerar que “dirigirse al otro en la lengua del otro es la condición de toda justicia posible”, pero esto parece rigurosamente imposible. “El juez es el encargado de administrar Justicia, y de él se espera que realice la conjunción de singularidad y generalidad, que haga lo imposible”.

En relación con la cuestión del lenguaje, y su importancia en el aspecto cultural de las prácticas del Estado, Mary Beloff expresa en su artículo “Reforma legal y Derechos Económicos Sociales de los Niños”: “Hoy en toda América Latina tanto las organizaciones de la sociedad civil como todos los operadores estatales en materia de infancia utilizan un lenguaje de protección a la infancia en términos de derechos humanos. Sin embargo, quienes allí trabajan siguen haciendo exactamente lo mismo, o lo hacen peor que lo que hacían hace diez o quince años atrás, pero ahora con una narrativa completamente diferente”³⁵.

En definitiva, es preciso que el Estado *operacionalice* la palabra del niño, respetando sus identidades, sus particularidades, sin caer en eufemismos respecto de su *madurez* y su *desarrollo*. Es indispensable que en el ámbito judicial se permeabilicen las prácticas asegurando una verdadera participación de los niños.

34 Ruiz, A. (2001): *Idas y Vueltas. Por una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, p. 29.

35 Beloff, M. (2008): *Reforma Legal y Derechos Económicos y Sociales de los Niños: Las paradojas de la ciudadanía*, Buenos Aires, p. 74.

El proceso de transformación de las prácticas requiere un sinceramiento que conlleve a revisar los mecanismos de escucha, respetando las disposiciones interpuestas por la nueva Doctrina de Protección Integral. En palabras de Dolto³⁶, quien supere el rechazo a tratar al niño como verdadero sujeto de derecho, quien supere la intranquilidad que produce la *causa de los niños*, quien habilite la verdadera escucha, será un espíritu revolucionario.

Es preciso que los órganos competentes del Estado actúen con la mayor coherencia posible, armonizando su sistema normativo con el objeto de superar la antinomia tutelar/garantista, para que frente a cualquier situación conflictiva con mediación de un menor de edad las garantías procesales resguarden eficazmente la participación del niño, promoviendo mecanismos de atención especial tendientes a nivelar un margen de arbitrariedad reducido al máximo posible.

En el contexto actual, el accionar de los órganos judiciales con competencia en las causas aplicables a la infancia mantiene bordes institucionales muy difusos que se proyectan en las singularidades de modos muy diversos. Y esta realidad fragmentada es producto de la aplicación de un mismo entramado jurídico en el que conviven institutos indiscutiblemente disímiles como interés superior del niño, disposición, intervención, protección integral, régimen de capacidad, participación, etc.

En términos de Mizrahi³⁷: “Resulta indispensable encarar la modificación de nuestro Código Civil, ya que muchas de sus normas –inspiradas en la concepción del niño como objeto de posesión de sus padres– no se compadecen con el sistema actual normativo”.

La problematización de los asuntos de la niñez se confundió con la patologización y la judicialización de la infancia, y produjo etiquetamientos que no son fáciles de desnaturalizar. Pero este peligro se torna aún más difícil de desactivar cuando se expresa a través de la intervención judicial, porque más allá de constituir un medio para generar situaciones de desventaja social o cultural, compone una desventaja fundamentada en términos doctrinarios, e instituida en términos políticos, bajo el velo de la protección del niño. El régimen jurídico aplicable a los niños, niñas y adolescentes en su conjunto mantiene un marcado nivel de desarticulación entre la realidad de las prácticas jurídicas y el cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en función de la CDN, en

36 Dolto, F. (1994): *La Causa de los Niños*, Buenos Aires, Paidós, Capítulo 6.

37 Mizrahi, M. L. (2008): “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la Ley 26.061”, en García Méndez, E. (comp.): *Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Análisis de la Ley 26.061*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Capítulo V, pp. 81 y 82.

particular, respecto del eje rector que sostiene este nuevo paradigma: la noción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos, con capacidad progresiva para el ejercicio de sus derechos.

Es preciso que el ideal de la Doctrina de Protección de la Infancia garantice en todos los niveles de intervención del Estado la promoción de los derechos humanos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes, habilitando las múltiples perspectivas de los actores, superando la fragmentación que se visualiza en los distintos campos de acción del Estado respecto de la representación del niño y desnaturalizando certeramente la invisibilidad y la indiferencia a las que están expuestos, para el reconocimiento de su condición de ciudadanos no se torne una abstracción. En última instancia, el ejercicio de estos derechos (a participar, a ser oídos, a expresarse libremente) es el mejor vehículo para promover el desarrollo pleno de la infancia en su conjunto.

Las desarmonías en las políticas públicas ponen de manifiesto un doble accionar por parte del Estado: uno dirigido a cierto sector de la población infantil indeterminado que promueve el ejercicio de la ciudadanía y otro dirigido a un sector de la población desafiado del Estado al que no se le reconoce tal condición en las intervenciones particulares. Estas dos posiciones frente a la niñez configurada ficcionalmente como un todo diseñan relaciones e intervenciones que producen trayectorias sociales bien diferenciadas para unos y otros.

En palabras de Valeria Llobet³⁸: “Al develarse que la universalidad de ciudadanía no es un punto de partida en las sociedades desiguales, inequitativas y heterogéneas, sino que implica una activa política de redistribución del poder y del saber, es necesario pensar modalidades de políticas sociales que recuperen una idea de justicia asociada a la equidad: el reconocimiento de las singularidades, diversidades, desigualdades presentes en un momento determinado en una sociedad particular, para poder construir ciudadanía dese ese reconocimiento”.

Los organismos estatales, como vías materiales de aplicación de las políticas públicas, enfrentan la difícil tarea de desligarse de los viejos fundamentos institucionales que estimularon su intervención y romper con la inercia que impulsó su accionar por décadas, para desarrollar nuevas estrategias de cambio social emparentadas con ejercicio de ciudadanía activa por parte de los niños. Garantizar su participación en la defensa de sus derechos promueve la construcción de subjetividades basadas en interacciones sociales responsables, dotadas de una consecuente posibilidad de interpelación y demanda.

38 Llobet, V. (2011): *¿Fábricas de niños? Las instituciones en la era de los derechos de la infancia*, Buenos aires, Ed. Paidós, p. 38.

EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A NO SER INSTITUCIONALIZADOS: LA PRÁCTICA NO INSTITUCIONALIZADA DE UN DERECHO

CECILIA LAINO¹ Y GABRIELA LAINO²

“Los hechos se burlan de los derechos. Retrato de América Latina a fin del milenio: esta es una región del mundo que niega a sus niños el derecho de ser niños. Los niños son los más presos entre todos los presos, en esta gran jaula donde se obliga a la gente a devorarse entre sí. El sistema de poder, que no acepta más vínculo que el pánico mutuo, maltrata a los niños. A los niños pobres los trata como si fueran basura. Y a los del medio los tiene atados a la pata del televisor”.

Galeano, E. -“Los Prisioneros”

En este trabajo nos proponemos revisar el marco normativo regulatorio del *derecho de los niños, niñas y adolescentes a no ser institucionalizados* como medida de protección y resguardo ante situaciones en las que, según cierta doctrina o modelo, se hallen en *riesgo, abandonados moral o materialmente*, o con *graves padecimientos psiquiátricos*, entre otras causas motivadoras del encierro. En tal sentido, nuestro trabajo busca enfatizar en el espíritu impuesto por un nuevo paradigma en la materia, el cual indica, casi imperativamente, la obligación del Estado en el diseño de políticas públicas y en la regulación —a través de su normativa interna— del derecho de los infantes y adolescentes a convivir con sus lazos afectivos, sean estos familiares o no. Nuestro objetivo es analizar

1 Licenciada en Psicología (UBA). Docente-Investigadora de la II Cátedra de Salud Pública/Salud Mental, a cargo de la Prof. Stolkiner, Facultad de Psicología (UBA). Integrante del Proyecto de Investigación UBACyT 029. Maestría en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles, Facultad de Derecho (UBA) – finalizada la cursada. Actualmente se desempeña en la Dirección General de Programas Descentralizados - Consejo de Derechos de Niños, Niños y Adolescentes, GCABA.

2 Abogada (UBA). Jefa de Trabajos Prácticos de la materia Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, a cargo del Prof. Spolansky, Facultad de Derecho (UBA). Carrera de Especialización en Derecho Penal del Departamento de Posgrado de la Facultad de Derecho (UBA) Finalizada la cursada. Es Secretaria de la Fiscalía Criminal y Correccional Federal 5 de la Ciudad de Buenos Aires.

el marco normativo, en el contexto actual en el que se inscribe la problemática de los niños y adolescentes, y vincularlo con la realidad, lo que termina poniendo en evidencia la fuerte contradicción existente entre la legislación y las prácticas concretas, hecho que nos llama a reflexionar.

En efecto, a mediados del siglo XX comienza a gestarse un cambio de paradigma en el ámbito internacional conocido como *Doctrina de la Protección Integral*, que se constituye en principio rector en la evaluación, análisis y tratamiento de todas aquellas problemáticas que atraviesan e involucran a la infancia y la adolescencia. Este modelo, reforzado por el hecho de que los diversos Estados comprometían su responsabilidad en el marco de la comunidad internacional si no adecuaban su legislación interna a sus prescripciones rectoras, encontró su fundamento en el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como *sujetos de derecho*. En otras palabras, como los verdaderos titulares de sus derechos y garantías, en tanto instrumentos para hacerlos valer. Los niños, niñas y adolescentes fueron reconocidos, en el proceso de universalización de los derechos humanos, como verdaderos protagonistas en el esquema de cualquier contienda en la que aquellos se vieran vulnerados, emergiendo así desde un esquema puramente paternalista, protectorio y tutelar, hacia la adquisición de un lugar central en el marco de sus relaciones con la familia y el Estado.

Este proceso de universalización de los derechos humanos de los infantes y adolescentes, junto al consecuente cambio de paradigma, de perfeccionamiento progresivo en los instrumentos de protección de sus derechos, y, como se dijo, inscripto dentro de una corriente más universal de avance en la garantía y protección de los derechos humanos, fue expresándose a través de la suscripción de instrumentos jurídicos con poder vinculante para los Estados parte. La máxima expresión y soporte de la doctrina de la protección integral ha sido, a fines del siglo XX, la *Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN)*³.

Esta normativa internacional, que ordena un cambio en relación al tratamiento de los infantes y adolescentes como sujetos de derechos y no como objetos de tutela, prescribe que debe apoyárselos en su crecimiento, asegurándoles condiciones dignas de existencia. En este contexto, los alcances reseñados en torno al cambio de paradigma en el tratamiento de la problemática de este grupo etéreo demandan a los Estados la responsabilidad de garantizar sus ne-

3 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina según la Ley 23.849 (sancionada el 27/09/90; promulgada el 16/10/90; publicada en el B.O., 22/10/90), e incorporada a la Constitución de la Nación en 1994, cfr. art. 75, inc. 22.

cesidades básicas a través de programas sociales que atiendan a todo el núcleo familiar.

El ámbito de protección de la institución familiar, específicamente vinculado a la consideración de los niños, niñas y adolescentes tanto como integrantes individuales de ese círculo, cuanto como actores sociales, en tanto esa institución se inserta en el contexto de una sociedad determinada, se proyecta más allá de la debida atención, cuidado y preservación de sus lazos afectivos y familiares.

En este marco, respecto de los niños, niñas y adolescentes, existiría un esquema de *doble inserción*, aunque ambos atravesados por el mismo sentido de pertenencia/identidad, tanto a la institución familiar —en cuanto institución primaria y vital de toda sociedad—, como a la comunidad en la que aquella se forma y desarrolla. Es decir, en ambos casos, su identidad se va conformando tanto por la pertenencia a su núcleo íntimo y afectivo, sea o no familiar, cuanto por formar parte de una comunidad social. Sin embargo, esta circunstancia en modo alguno importará, si no como último recurso, la superposición o reemplazo del ámbito de desarrollo de la persona del contexto de la institución familiar por el de la intervención estatal.

En este sentido, la CDN ordena las relaciones entre la infancia, el Estado y la familia, estructurándose a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo esta idea, y con apoyo en la tradición plasmada en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴, la CDN desarrolla enfáticamente un esquema de protección de la relación entre el niño y su familia, refuerza el rol de las políticas sociales básicas y de protección, y limita la intervención tutelar del Estado a una última instancia: únicamente en caso de que hubieran fallado los intentos de la familia, así como también los programas sociales generales y de integración.

En base a estas consideraciones, el ordenamiento jurídico normativo interno regula sobre un esquema de articulación las relaciones entre los mencionados actores sociales, apoyado en las siguientes directrices: *ponderar que las niñas, niños y adolescentes, en tanto seres humanos, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar dichos derechos en función de las particularidades de este grupo etáreo y su estado y desarrollo; establecer derechos propios de la niñez; regular los conflictos jurídicos derivados de la vulneración de sus derechos o de su colisión con los de los adultos; orientar las políticas públicas con relación a la infancia; y limitar las actuaciones de las autoridades.*

⁴ Adoptada y proclamada por la Res. 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

En consonancia con lo reseñado párrafos arriba, un análisis sistemático e integral de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes⁵, permite considerar enfáticamente que *la evolución en todas sus dimensiones de estos actores sociales debe desarrollarse en el ámbito familiar*. En tal sentido, todos los institutos y organismos establecidos en dicho cuerpo normativo están atravesados y orientados por políticas públicas dirigidas a tal fin, erigiéndose en excepción –y como último recurso– la separación del infante o adolescente de esa institución primaria: la familia. Aún en los supuestos en los que los progenitores hayan sido institucionalizados por cualquier circunstancia, la norma garantiza a los infantes y adolescentes la continuidad y preservación de esos vínculos, constituyéndose ello en un deber del Estado

Como se indicaba más arriba, en esta orientación, la protección de la familia se proyecta más allá de la conservación de los lazos vinculares en sí mismos: comprende la protección de una dimensión y un espacio que involucra diversos aspectos de su identidad. Para ello, el sujeto debe ser considerado singularmente, teniendo en cuenta su salud, su historia, sus afectos y aspectos propios de su sistema de creencias, sean éstas de cualquier índole, entre otros. Se trata de la consideración de este espacio o dimensión como el ámbito propicio para el desarrollo integral de los infantes o adolescentes, es decir, de sujetos en plena formación, tanto en lo psicológico como en lo biológico. Es entonces en este marco en el que la protección normativa de ese ámbito se torna necesaria e indispensable, traducándose en un deber estatal. Dado el reconocimiento de la preservación del ámbito familiar y afectivo como un derecho humano, se torna incompatible e inconcebible la institucionalización como una práctica que, sobre la base de una dudosa orientación a la protección y preservación de los alcances integrales de la vida de ese sujeto en formación, se articula como regla abarcativa y al alcance de cualquier situación en concreto.

Desde esta perspectiva, cabe destacar el análisis del concepto de *instituciones totales* y sus alcances. En tal sentido, Erving Goffman entiende por *instituciones totales* a “aquellos lugares de residencia y trabajo en los cuales gran número de individuos en igual situación, aislados del resto de la comunidad, comparten en su encierro una rutina diaria, formalmente organizada”⁶.

5 Ley Nº 26.061, sancionada el 28 de septiembre de 2005 y promulgada de hecho el 21 de octubre de ese mismo año.

6 Martínez, F. (2004): “Otro enfoque sobre el castigo: análisis de las ‘instituciones totales’ encargadas de la ejecución de la pena privativa de la libertad desde la perspectiva de Erving Goffman”, en Rivera Beiras, I (coord.), *Mitologías y Discursos sobre el Castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Barcelona, Anthropos.

En este punto cabe mencionar que si bien las instituciones que alojan niños y adolescentes a partir del cambio de paradigma y gracias a las modificaciones normativas ya no son definidas y conceptualizadas como *instituciones cerradas*, en ocasiones se pueden observar resabios de prácticas identificadas con el sistema tutelar que albergó la situación de aquellos actores sociales en instituciones netamente cerradas.

Retomando la conceptualización de Goffman, éste entiende, desde un enfoque de tipo *dramatúrgico*, el conjunto de relaciones e interacciones sociales que se desarrollan hacia el interior de la institución total como si se tratase de una representación teatral en la que existen un escenario, un contexto escénico, actores, roles, vínculos y acciones conforme a los roles asumidos. Sin embargo, vale efectuar una advertencia: claro está que las actuaciones *teatralizadas* que se desarrollan en el interior de un ámbito en el cual los sujetos son institucionalizados como mecanismo estatal de *protección*, sin duda indicará, desde el análisis de los efectos que los roles que cada sujeto ha sabido asumir, una marcada desigualdad relacional (y de actuación). Esta última circunstancia mostrará que hacia el interior de los márgenes de la institución, apartada del resto de la sociedad, las prácticas que se desarrollan —si bien tienden a la protección y cuidado de los infantes y adolescentes— no dejan de ser, en muchas oportunidades, violatorias de algunos derechos de esos actores sociales, en tanto abusivas y autoritarias. No obstante, éstas y sus lamentables consecuencias son recurrentemente justificadas en el marco de un discurso *circular* que, con eje en el *interés superior del niño*, lejos de invitar a reflexionar sobre su inconveniencia en términos relativos, por los derechos afectados, la justifica.

En esta orientación, la práctica misma de la institucionalización importa el recorte de ciertos derechos de los sujetos en cuestión, pues pese a que su encierro se conceptualice como en *institución abierta*, la modalidad misma y el esquema sobre el que se asienta —similar al que implica a las personas privadas de su libertad en razón del cumplimiento de una condena judicial—, está atravesado por ciertos aspectos que parecen indicar lo contrario. En este punto, Goffman describe una serie de situaciones que se van produciendo en el encierro y que van forjando un esquema de *pérdidas* de derechos y, en definitiva, de identidades.

Uno de los aspectos en cuestión se refiere al proceso de despersonalización (o *mutilación del yo*) al que son sometidas las personas que ingresan en la institución. El autor alude a las *instituciones totales* en tanto ellas abarcan o absorben completamente a los sujetos que en ellas ingresan. Si bien a los infan-

tes y adolescentes, como se explicaba más arriba con ciertas precisiones sobre el concepto de *institución cerrada*, en algún sentido la institucionalización les impone ciertas barreras para su interacción con el mundo externo, ya que en el marco de esa absorción total, los individuos verán programada su vida en el encierro, de acuerdo a las pautas que rigen los fines institucionales.

En este sentido, *el despojo del yo* del sujeto se inicia ya desde los primeros tramos que transita por la institución: pérdida de su nombre, en oportunidades sin posibilidad de conservar su vestimenta y efectos personales, ni sus costumbres y modo de vida anterior. Así se va recreando un proceso de *resocialización* que tiende a la formación de una nueva identidad.

Goffman señala asimismo que si bien el individuo será instruido de las pautas que regirán su nueva vida, indudablemente ellas se integrarán con las que ya tiene internalizadas en su *anterior* experiencia de vida, que en conjunto serán por él utilizadas de acuerdo a sus propios intereses en una suerte de *adaptación* a las propuestas de la institución que lo abarca totalmente. En este juego de interacciones actitudinales que asume la persona, probablemente intentará preservar ciertos rasgos de su personalidad *anterior* y en el marco de tales tensiones entre las estrategias de adaptación/actuación, en definitiva tratará de reservarse algún margen de autodeterminación, en la medida de las posibilidades de personas en plena etapa de formación y desarrollo.

Otro de los aspectos analizados refiere al modelo estigmatizador que se proyecta sobre los sujetos que han transitado su vida y habitado en una institución. Alude a la *marca descalificadora* que anida en el sujeto durante y luego de su estancia en una institución. En este sentido, es interesante la referencia que hace el autor a dos momentos con carga estigmatizadora que caracterizan a la persona institucionalizada: uno previo a su ingreso, como potencial habitante de la institución en razón de su origen social; y otro, que ocurre en su egreso, a partir del cual intentará recuperar su identidad *anterior*, de la que habría sido despojado al ingresar.

Con relación a la procedencia social de los niños y adolescentes institucionalizados, diversos son los mecanismos selectivos empleados por el sistema de control social para *atrapar* a los marginados de siempre. Su condición social los determinará en algún sentido como potenciales habitantes de las instituciones de alojamiento de niños y adolescentes. Ingresan con una carga negativa, luego el proceso despersonalizador que engendra esa institución, que quizás los mantenga en tal condición, con escasas posibilidades de acceder a procesos de movilidad social, y por consiguiente de mejoras en su calidad de vida.

La reseña que se viene desarrollando indica cómo la institucionalización de niños, niñas y adolescentes trae aparejados profundos menoscabos en la vida de esos sujetos en formación, cuyos efectos habrán de proyectarse sobre su vida adulta, y es la preparación de la misma, un deber del Estado. En este sentido, si bien ha quedado demostrado que han sido importantes los avances normativos y la modernización de los esquemas y paradigmas de ejecución de las políticas públicas en el plano nacional y en el internacional, el sistema de protección integral de derechos todavía contempla formas de intervención heredadas del viejo paradigma, hecho que implica concretos recortes a sus derechos.

Un análisis realizado por la Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires⁷ revela que la política de institucionalización se erige como la forma principal de intervención para la infancia, ya sea por la ausencia de programas de revinculación familiar y de autovalimiento o por la desidia de la administración. Un ejemplo de ello es el hecho de que los egresos de niños y niñas en 2008 alcanzaron sólo el 14,2%, lo que equivale 105 de los de los 739 casos. En tanto, en el año 2009 se registraron solamente 125 egresos. Es decir, del total de niños, niñas y adolescentes internados por disposición del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires sólo egresó un 24,5%.

A modo de cierre de nuestra análisis, queremos señalar que el sistema de protección de derechos, está *en mora* con los niños, niñas y adolescentes en lo que hace a la efectiva protección y restitución de derechos. Y que aunque se ha construido toda una arquitectura institucional y normativa tendiente garantizar el derecho de niños y adolescentes a convivir con sus familias, continúa desarrollándose una forma de atención focalizada y asistencial, en forma creciente y permanente, que acude cotidianamente a programas de internación y alojamiento en instituciones para estos sujetos. Por ello la institucionalización termina resultando uno de los recursos más utilizados por operadores sociales que trabajan en el campo de la infancia y adolescencia con problemáticas que importan la vulneración de derechos.

Y para finalizar, consideramos imperioso remarcar que los Estados tanto nacional, provincial como municipal deben articular acciones y recursos para que puedan garantizarse los postergados derechos de este grupo y para que por fin *los hechos dejen de burlarse de los derechos*.

7 Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2010): Las políticas públicas de infancia y salud mental. *Un análisis en la Ciudad de Buenos Aires desde una perspectiva de derechos (2005-2010)*, Buenos Aires, Eudeba.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Beloff, M. (1993): "Niños y Jóvenes: Los olvidados de siempre", en Maier, J (comp.): *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Cillero Bruñol, M.: *Infancia, Autonomía y Derechos*, publicación autónoma.

Constitución de la Nación Argentina (1997): Texto oficial de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994 ordenado por Ley 24.430. Introducción y comentario de Néstor Pedro Sagués, Buenos Aires, Ed. Astrea, séptima edición.

Floglia, S. (2008): "Para que la protección integral de los menores no sea sólo un título", en la revista electrónica www.derechopenalonline.com

Martínez, F. (2004): "Otro enfoque sobre el castigo: análisis de las 'instituciones totales' encargadas de la ejecución de la pena privativa de la libertad desde la perspectiva de Erving Goffman", en Rivera Beiras, I (coord.), *Mitologías y Discursos sobre el Castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Barcelona, Anthropos.

Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2010):

Las políticas públicas de infancia y salud mental. Un análisis en la Ciudad de Buenos Aires desde una perspectiva de derechos (2005-2010), Buenos Aires, Eudeba.

LA LEY Nº 26.061, EN ALGUNAS PROVINCIAS DONDE TODAVÍA EXISTE LA CONCEPCIÓN DE MENOR, ¿ES LETRA MUERTA?

MARÍA MÓNICA MOLOUNY¹

Los adultos quieren comprender a los niños y dominarlos. Deberían en cambio escucharlos. *Francoise Dolto*

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Resulta paradójico que tengamos que trabajar sobre el derecho a ser oído del niño. Considero que si algún derecho u obligación se estudia es porque no está siendo respetado, o porque su valor es discutido. Si la Declaración Universal de los Derechos del Hombre hubiera sido suficiente, no habría existido la necesidad de establecer otro instrumento específico sobre la niñez, como la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN).

El presente trabajo tiene por finalidad observar la normativa vigente en nuestro país y en particular en la provincia de La Pampa.

2. DERECHO A SER OÍDO

A partir de la Convención se incorpora un nuevo derecho para la niñez y es el de a ser oído, que se encuentra plasmado en los artículos 12 y 13, inciso 1.

Estos artículos reflejan el cambio de paradigma en materia de Derecho, por el cual los niños dejan de ser objetos de acciones asistenciales o de control social ejercido por el Estado, para ser sujetos de derechos, reconociéndoles su autonomía y capacidad progresiva. Ya que solo el niño puede manifestar sus deseos, temores o experiencias, ningún representante podrá transmitirlos cabalmente.

¹ Abogada (UBA) y docente de la Provincia de La Pampa.

Por este motivo ningún juez, ante el requerimiento de un niño, podrá negarse a escucharlo. El mismo efecto tendrá una petición realizada por los padres ante el deseo del niño de ser escuchado o dar su opinión: el juez deberá tener en cuenta lo expresado por él al tomar cualquier decisión que lo afecte o involucre, respetando el principio procesal de celeridad y considerando todas las pruebas o elementos aportados bajo la luz del principio rector del *interés superior del niño*, que es la satisfacción integral de sus derechos (artículo 3, CIDN).²

A su vez, cuando el juez resuelva una cuestión que afecte al niño, deberá considerar que sus tiempos no son los mismos que los de un adulto en relación al tiempo vivido, y las demoras podrían generar en él una incertidumbre que ocasionaría un gravamen irreparable.

El artículo 12 de la CIDN establece que el niño puede expresarse en forma oral o a través de actitudes, miradas o dibujos que solo si el juez los recibe en forma directa podrán ser valorados de manera integral e inmediata. Considero que la edad no es relevante, ya que un niño puede expresarse con el lenguaje de su cuerpo, sus silencios y expresiones. Hay sentimientos o experiencias que van más allá del grado de discernimiento que pueda tener un niño, y no se manifiestan por la vía de la razón sino que se *expulsan* inconsciente y espontáneamente.

Los niños deben acceder a los mismos derechos que los adultos atendiendo a su situación particular, a la etapa de su vida, a su contexto y a sus necesidades.³

La Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes va un poco más allá de la CIDN y amplía su aplicación en relación a los ámbitos en los que el niño puede ejercer este derecho. Éstos son: estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo. Además, bajo esta normativa la edad y la madurez no constituyen un límite, sino una medida para graduar el alcance de la opinión del niño. Por otra parte, ya no se habla de representantes sino que se establece que el contacto sea directo con el niño, tomando en cuenta los debidos recaudos y la asistencia que podrá requerir el juez.

Si bien la jurisprudencia ha sido contradictoria, la Convención y la Ley de Protección Integral reconocen este derecho.

3. ACCESO A LA JURISDICCIÓN

Puede darse una situación en la que se respete el derecho a ser oído pero exista la resistencia a que los niños realicen actos procesales. En estos casos, la

² "Derecho del niño a ser oído-Intervención Procesal", en *Revista Derecho Procesal*, Rubinzal, Culzoni Editores, Tomo 2002-2, pág. 157.

³ Ídem.

Ley no se refiere ni a la madurez ni al desarrollo del niño, por lo que no habría impedimento para que éste acceda a un debido proceso por derecho propio.

Este concepto de *acceso a la jurisdicción* abarca derechos y garantías que desarrollaré a continuación.

La noción de *acceso* no toma en cuenta únicamente el derecho a acudir al órgano judicial, sino también el de obtener del mismo un pronunciamiento oportuno y justo en el que se respeten todas y cada una de las garantías constitucionales⁴.

Cuando en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional se alude a los objetos del otorgamiento, se menciona expresamente el de *afianzar la justicia*, declarando luego, en el artículo 18 de la Carta Magna, “que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Indudablemente, estos son pilares del derecho al que nos estamos refiriendo.

Este *derecho-garantía* está integrado por cuatro etapas:

3.1. ACCESO A JUEZ NATURAL

La primera, constituida por el acceso al juez natural, que implica la obligación del Estado de establecer los órganos del Poder Judicial, asignarles una jurisdicción y una competencia, y dictar normas de procedimiento. Esto requiere una administración de Justicia eficiente y una adecuada estructura técnica y administrativa, dotada de los recursos necesarios para su funcionamiento.

3.2. DEBIDO PROCESO

Su origen se remonta a la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776. Describe presupuestos constitucionales básicos para determinar la legalidad del juzgamiento y abarca distintas garantías, a saber:

- Principio de legalidad.
- Principio de reserva.
- Derecho de defensa en juicio.
- Principio de inocencia.
- Garantía de juicio previo.

Con respecto a la intervención procesal, el artículo 27, inciso c, de la Ley Nº 26.061 reconoce al niño el *derecho-garantía* “a ser asistido por un letrado, preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedi-

⁴ “El derecho del niño a ser escuchado en el marco del principio constitucional de su interés superior” (2004), en *Revista Derecho de Familia*, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Nº 28, p. 27.

miento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine". En tanto, el inciso d de la mencionada norma se refiere al derecho de participar en forma activa en todo procedimiento legal.⁵

Aunque sus honorarios correrán por cuenta de los padres del niño, el abogado no debería pertenecer a la órbita de influencia familiar, de modo que quede asegurada la independencia en su accionar.⁶

Este reconocimiento implica que el niño, al poder intervenir, es considerado parte en el procedimiento.

La actuación del ministerio de menores no tendrá que responder a la ideología del patronato, que considera al niño como objeto de derecho y protección y parte de la premisa de su incapacidad para todos los actos de la vida civil.⁷ Hacemos mención a un fallo de la Cámara Nacional de Casación Sala 1º, en el cual se fundamentó que la labor de los representantes del Ministerio de Menores estaba motivada por la satisfacción del interés del niño, mientras éste concuerde con el interés de la Ley. Sin embargo, si ambos intereses se contraponen habría de prevalecer el interés legal, que no puede subordinarse al interés del niño, por respetable que este último sea. El fallo de febrero de 2005 establece "hacer lugar al recurso de casación interpuesto y aceptar la propuesta del auxiliar docente de la Comisión Nº1.305 Derechos del Niño del Centro Profesional perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Martignano Terragni, para actuar como defensor el menor G. A. sin costas (artículos 470, 530 y 531 del C.P.P.N)".

3.3. SENTENCIA CONSTITUCIONAL

Otra de las etapas es la sentencia constitucional, que debe ser oportuna, fundada y justa.

5 García Méndez, E. (compilador) (2008): *Protección Integral de Derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la Ley Nº 26.061*, Buenos Aires, Editores del Puerto, segunda edición.

6 Ídem,

7 Rodríguez, L.: *El derecho a ser oído y la defensa técnica a la luz de la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, Fundación Sur Argentina.

3.4. DERECHO A RECURRIR

Esta es una garantía procesal que permite que la resolución sea revisada por un tribunal superior a petición de parte. Esto se transforma en un derecho exclusivo, al requerir la doble conformidad de aquélla⁸.

4. ROLES DEL ASESOR DE MENORES Y DEL ABOGADO DEL NIÑO

A finales del siglo XIX se estableció el denominado *sistema de la situación irregular*, a partir del cual se concibió a los niños, niñas y adolescentes como vulnerables, y se los etiquetó con el término *menor*, intentando dar una solución estrictamente judicial a la situación crítica que los atraviesa desde entonces y hasta nuestros días. El niño o *menor* al que van dirigidas estas leyes no es titular de derechos, sino *objeto* de abordaje por parte de la Justicia, de tal suerte que el niño o adolescente es considerado incapaz en sede civil, e inimputable en lo penal.

El juez interviene cuando considera que hay *peligro material o moral*, concepto que, si bien no se define con precisión, permite “disponer del niño, tomando la medida que crea conveniente y de duración indeterminada”. De esta manera, el sistema judicial confunde los problemas asistenciales y jurídicos a través de la figura del juez de menores y de los jueces de familia.

También desde el Consejo del Menor y la Familia, el Estado interviene frente a los problemas económicos, sociales, personales y familiares por los que atraviesa el niño.

El sistema de la situación irregular concibe como abandono no sólo a la falta de padres, sino también, a situaciones generadas por la pobreza del grupo familiar, que estigmatizan a un importante sector de la población, conforme a los informes estadísticos más actuales. En consecuencia, puede procederse a la separación del niño de su familia biológica y/o ampliada. Otra característica – nefasta, por cierto – de esta concepción radica en que se desconocen las garantías, fundamentalmente la del principio de legalidad.

En un sentido diametralmente opuesto al sistema reseñado se abre paso el de la *protección integral de los derechos del niño*.

Este sistema deja de lado el concepto de *menor* para postular los de *niños, niñas y adolescentes*, los cuales no distinguen entre sectores socioeconómicos.

8 Idem.

De esta forma, los individuos son tratados como sujetos plenos de derechos, reconociéndoles una capacidad progresiva, porque son personas completas con la única particularidad de que están creciendo.

El juez interviene sólo cuando existe una violación o amenaza a los derechos, y permite disponer del niño sólo como última *ratio* y por el menor plazo de duración posible.

Este cambio de paradigma ha obligado a dar un nuevo sentido al asesor de menores y ha generado resistencia en cuanto a su aceptación por parte de todos los actores jurídicos, ya que implica un reacomodamiento de ellos.

La derogación de la Ley del Patronato implica el cese de todas las funciones tutelares del defensor de menores, que habían sido creadas en la ignorancia de garantías constitucionales. Además, obliga a reformular las funciones de acuerdo a la nueva normativa constitucional.

La competencia prioritaria de la defensa de estos derechos es administrativa a través de órganos locales de protección, según las medidas referidas en el artículo 37 de la Ley Nº 26.061.

La Ley prevé que la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ante instituciones públicas (estatales o privadas) y la supervisión y auditoría de la aplicación del Sistema de Protección Integral se realice en dos niveles:

- Nacional: a través del defensor/a de los derechos de niñas, niños y adolescentes.
- Provincial: respetando la autonomía de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, las legislaturas podrán designar defensores/as en cada una de sus jurisdicciones, cuya financiación y funciones serán determinadas por sus respectivos cuerpos legislativos.⁹

El defensor de menores dejará de llamarse así para pasar a ser el defensor de niños, niñas y adolescentes, y se considerará que su rol está dado por mandato legal de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sin que esto se confunda con la defensa técnica que a través de su abogado realiza el niño.¹⁰

Este mandato legal debe compatibilizarse con la política social, controlada por el Poder Judicial en su función de garante de la legalidad constitucional. En esta etapa, el defensor de menores tiene el deber de exigir el cumplimiento de

9 Ídem.

10 Pignata, N.: "El acceso a la Justicia de los niños en la ciudad coquetea con la ideología del patronato", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia Lexis Nexis*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

garantías y derechos. En la práctica, en términos generales, se otorga poco valor a estos instrumentos tanto en sede administrativa o judicial.

A su vez, el defensor de menores será el garante del cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en relación a los derechos económicos, sociales y culturales de los niños¹¹. Deberá realizar inspecciones periódicas en establecimientos de internación, guarda y tratamiento de menores.

También se considera la prevención administrativa –es decir, el traspaso a la esfera del Poder Ejecutivo– de algunas funciones anteriormente ejecutadas por el Poder Judicial.

Debemos demandar la aplicación y respeto de la Ley Nº 26.061 en todos los territorios provinciales, recordando que lo establecido en la mencionada norma dará lugar al replanteo de las funciones de los actores judiciales, en especial, del Ministerio Público de Menores.

La reforma legislativa (en aquellas provincias que no la hayan realizado) implicará que se realice un análisis sobre si es posible que subsista la figura del defensor de menores, funcional con el ideario del patronato, que vulnera garantías constitucionales. Se deberá evaluar la necesidad de que se le reasignen funciones que favorezcan el pleno desarrollo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, respetando el debido proceso. Su figura no puede reemplazar ni sustituir a la de un abogado otorgado gratuitamente por el Estado.

5. SITUACIÓN EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA

La provincia de La Pampa no ha dictado aun una ley provincial sobre protección integral. Este año todos los proyectos perdieron su carácter parlamentario por no haber sido tratados en la Legislatura de la provincia. Los proyectos de ley presentados fueron los de la diputada Fonseca (PJ), un anteproyecto del Procurador General y un anteproyecto presentado por parte del Ministerio de Bienestar Social (MBS). Si bien ha habido un debate, en las últimas semanas no se ha sancionado ninguna ley acorde a la legislación vigente.

En el ámbito del Poder Judicial se siguen aplicando normas provinciales acordes a la Ley del Patronato (Ley Provincial Nº 1.270). Los jueces desconocen la autonomía progresiva, niegan el derecho a una defensa técnica y los asesores de menores cumplen un rol tutelar. En el mejor de los casos, se hace una apli-

¹¹ López Oliva, M.: "Las políticas públicas en la Ley Nº 26.061: de la focalización a la universalidad", en García Méndez, E. (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la Ley Nº 26.061*, Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 136.

cación *sui generis*, donde conviven la Convención y las leyes provinciales del patronato en la aplicación de casos concretos. No se ha encontrado jurisprudencia; pero he tomado conocimiento de una presentación judicial por derecho propio de una niña de 14 años que el juez obrante rechazó por considerar a la denunciante incapaz¹².

En el ámbito del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Bienestar Social se reconoce la necesidad de que se sancione una ley, pero se sigue institucionalizando a los niños y generando programas dentro de la Dirección de Niñez y Adolescencia tales como:

- a. **Programa de Admisión:** destinados a Familias, Niños y Adolescentes en situación de vulnerabilidad bio-psico-social derivados por la Justicia, por Instituciones públicas o por demanda espontánea. La mayoría de los casos se abordan por demanda Judicial, en segundo lugar por demanda de instituciones públicas (Hospitales, Escuelas, Centros de salud, etc.) y en tercer término por demanda espontánea.
- b. **Programa de Familias de Contención:** destinados a niños y adolescentes de 0 a 18 años, de ambos sexos, que hayan sido retirados de su familia natural por encontrarse en riesgo psicosocial, debido a situaciones de maltrato emocional, violencia, abuso, negligencia, etc. Las familias que participan de este programa reciben una retribución monetaria por su servicio prestado, lo que da sospechas de que persigan un objetivo mercantil más que una meta solidaria. Además, los niños permanecen un plazo muy extenso en el seno de estas familias, lo que les genera un vínculo, y la separación les produce otro daño.
- c. **Programa de Orientación Familiar:** destinado a niños y adolescentes de hasta 18 años y sus grupos de pertenencia. Deben existir tratamientos tutelares, dispuestos por juzgados de distintas jurisdicciones.
- d. **Programa de Pequeños Hogares:** destinado a niños y adolescentes menores de 18 años en situación de vulnerabilidad psicofísica y/o social, que requieran alternativas inmediatas de contención y asistencia.
"Cuando un niño o adolescente ingresa a un sistema de institucionalización es porque en su comunidad la red de relaciones afectivas está debilitada y/o significativamente deteriorada. El niño o adolescente no

12 " Labraña Luis S/Abuso sexual" Causa Nº 963/10 Juzgado de Instrucción y Correccional N°4- Santa Rosa-La Pampa".

encuentra un lugar que sienta como propio, lugar que sea valorado, poniendo de manifiesto con sus actitudes esa carencia afectiva".¹³

- e. Hogar de Adolescentes Mujeres y Varones:** brinda protección integral a aquel adolescente que, atravesando por situaciones de violencia en cualquiera de sus formas (abuso sexual, violencia física y/o emocional, abandono, negligencia) y habiéndose agotado todas las alternativas posibles, en un proceso de intervención profesional que contemple la permanencia del adolescente en su grupo de origen, es separado *transitoriamente* de éste, y albergado en un hogar. El programa brinda un espacio de permanencia transitoria, que aporta las condiciones necesarias para un desarrollo integral sano del adolescente, resguardando su integridad física y emocional; y donde el ingreso a la institución garantiza el cumplimiento de sus derechos. Los criterios de admisibilidad son manejados por el Juzgado de la Familia y el Menor.

El deseo de transitoriedad queda en la letra del programa, ya que hay niños institucionalizados que desde hace años no tienen vínculo con su familia, y en cuyos casos no se ve reflejada la intención de fortalecer el lazo familiar.

El desarrollo integral del niño abarca la educación y la capacitación, pero algunos de estos niños, aun faltando pocos años para su *externación*, no han logrado su escolarización, por lo que su futuro no les abre muchas perspectivas.

En ciertos casos, los métodos de castigo son colectivos y arbitrarios. Esto vulnera sus derechos y agrava su situación.

Otro tema, no menos importante, es la capacitación de aquellos que comparten a diario la vida con los jóvenes institucionalizados. Los operadores han realizado una capacitación de tres meses, sin mayores requisitos para su ingreso, por la cual obtuvieron la categoría de *operadores socializadores*. No todos ellos han terminado la escuela secundaria, y algunos hasta tienen la escuela primaria inconclusa. Correspondería que los adultos que interactúan diariamente con los niños y adolescentes cuenten con una formación acorde a la tarea que realizan.

Todos son alojados en el mismo hogar, no hay otro ámbito, no importan las razones por las que fueron internados (ya sean violencia, abuso, adicciones etc.).

¹³ Extraído de la Guía de Programas Sociales 2010, pág. 84 y ss. Ministerio de Bienestar Social. Provincia de La Pampa.

Con la finalidad de conocer en forma directa y acabada las condiciones en que viven estos niños, sería prudente la realización de visitas asistemáticas, ya que si se parte de la premisa de que fueron separados de sus familias porque éstas nos les brindaban las condiciones óptimas para su desarrollo, se debe esperar que el Estado sí se las brinde.

Estos niños deben convivir en este ámbito solo cuando sea absolutamente necesario y por el menor tiempo posible, además de recibir la máxima de las calidades humanas y profesionales de parte de quienes cohabitan con ellos, para lograr una pronta y duradera inserción en su familia de origen, en su familia ampliada o en la sociedad.

f. Programa de egreso: destinado a jóvenes en conflicto con la Ley penal que hayan egresado del proyecto vida y/o del hogar de adolescentes varones, como etapa tendiente a complementar los logros obtenidos en el recurso institucional.

g. Instituto para la Educación y Socialización de Adolescentes: destinado a adolescentes en conflicto con la Ley penal, cuya problemática requiera un ámbito de internación para su abordaje.

h. Programa INAUN: destinado a niñas, niños y adolescentes menores de 18 años en situación de riesgo social. La cantidad de beneficiarios de este programa es de 299 casos con remisión de información, 68 casos de seguimiento por demanda espontánea y 75 casos en actividades de capacitación y recreación. Todos ellos en el ámbito de la Ciudad de Santa Rosa. Las metas del programa se centran en la continuidad de los tratamientos tutelares derivados por el Juzgado y las acciones que esto implique.

Dentro de las carreras ofrecidas por la Universidad Nacional de La Pampa (UNLP) se encuentra la de Abogacía, pero no existe una formación sobre esta temática para sus graduados, quienes en su mayoría ejercen en la provincia su profesión.

Esta situación no es menor, ya que difícilmente un profesional pueda aplicar en su trabajo lo que no ha aprendido en la casa de estudio.

La realidad en la provincia es, en principio, preocupante. La necesidad de una ley provincial es apremiante, la apatía de los funcionarios es irritante y la falta de conocimiento de la legislación vigente de los jueces es avergonzante.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Durante este periodo legislativo la sanción de una Ley Provincial sobre Niñez y Adolescencia es un horizonte lejano; para poder concretarse esta necesidad, previamente debe existir un cambio de paradigma en la visión que se tiene de los sectores de la niñez mas vulnerados. Debe generarse un debate abierto y público, con participación de todas las instituciones y los actores involucrados, para realizar un cambio profundo en la concepción que se tiene de la infancia. Los derechos de los niños no pueden ser valuados en costos y beneficios.

El objetivo y la razón de ser de estos hogares es proteger a los niños que han padecido situaciones graves, por eso el uso de este recurso extraordinario debe ser limitado en el tiempo. Los jóvenes que allí viven deben sentir el hogar como un lugar propio, en el que son valorados. Ésta es una responsabilidad que le cabe al Estado y a la sociedad en su conjunto, y por esa meta debemos trabajar.

Todos los jóvenes deben vivir en un ámbito en el cual las normas de convivencia sean establecidas de manera razonable, con anterioridad, y consensuadas de acuerdo a sus edades, del mismo modo en que sucede en un ámbito familiar. Solo a través del crecimiento en su autonomía y en su autoestima serán adultos responsables y ciudadanos críticos.

Cada miembro de la sociedad, desde su lugar de trabajo, realizará su aporte para construir una comunidad más justa, equitativa y digna; será a través de nuestras conductas y posturas que generaremos esta realidad.

En la provincia de La Pampa, aun en la infancia, hay dos categorías: niños y menores. A estos últimos están destinados todos los programas enunciados anteriormente, ya que resalto que en la mayoría se hace referencia al *riesgo* y no a la *vulnerabilidad*, y se pondera la tutela y la institucionalización por sobre otras prácticas protectoras de sus derechos humanos.

En el Instituto Provincial de Educación Socializadora (IPESA), creado para los jóvenes en conflicto con la Ley penal, existieron hasta hace poco cárceles de castigo¹⁴. Esto no debería haber sucedido, ya que una sociedad sana y democrática debe avanzar y no retroceder en el tiempo cometiendo las mismas faltas.

Si bien la reforma constitucional de 1994 vino a dar un amplio reconocimiento a los derechos humanos, se necesita un cambio más serio y comprometido en todas las provincias para que la Carta Magna no se transforme en letra muerta.

14 "No demolerán las celdas de admisión del Ipesa", en *Diario La Arena*, 29 de marzo de 2011.

Si bien la Ley Nº 26.061 podría ser aplicada, se utiliza como argumento la falta de legislación provincial para mantener una situación irregular.

Podríamos creer que con la vigencia de la Ley nacional basta y quedarnos tranquilos con que ya no habrá institucionalizaciones de niños o jóvenes. Pero sabemos que aun debemos lograr un consenso básico de parte de toda la sociedad, incluidos nuestros representantes, a través de un debate profundo, serio, reflexivo y sobre todo sin prejuicios, sobre los derechos a favor de la infancia.

La Ley no solo nos da la oportunidad de profundizar el debate sobre la exigibilidad de los derechos de la infancia, sino también nos permite crear las instituciones que nos merecemos. Es necesario entonces un activismo comprometido, en el que cada uno participe desde el rol que le toca ocupar en la sociedad, para generar el verdadero cambio, construir las instituciones y reformar las prácticas.

La salida de la situación irregular para ingresar en la protección integral de los derechos del niño exige que se deroguen en forma expresa las normas provinciales nacidas durante aquél paradigma de la Ley de Patronato.

Es un derecho de la ciudadanía pedirle a las autoridades que gobiernen y deliberen, en el marco de cada Legislatura Provincial, para armonizar los tratados con el ordenamiento interno. Por ello realizo un pequeño aporte a partir de este trabajo para remover los obstáculos que entorpecen el camino de los derechos que nos llevan a tener una Nación justa.

El acceso a la jurisdicción es una de las principales garantías que se debe fijar como meta cualquier Estado que pretenda ser de Derecho. Así, las asistencias jurídicas gratuitas vienen a morigerar el déficit que se produce con las diferencias sociales.

¿Pueden quienes tienen las necesidades básicas insatisfechas acudir a la Justicia?

¿Es este acceso igual al de quienes se encuentran en condiciones de abonar los servicios de un abogado?

Y por último, reformulo una pregunta: ¿existe un real acceso a la jurisdicción?

“La historia de la infancia es una pesadilla de la que hemos empezado a despertar desde hace muy poco”¹⁵.

15 De Mause, L. (1982): *Historia de la Infancia*, Madrid, Editorial Alianza.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Beloff, M. (1997):** "La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno", en Abregú, M. y Courtis, C. (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS/Editores del Puerto, págs. 621/635.
- Beloff, M. (1993):** "Niños y jóvenes: los olvidados de siempre", en Maier, J. (comp.): *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Bidart Campos, G.:** *El Derecho*, t.137, pág. 561.
- Bidart Campos, G. (1991):** *Teoría General de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea.
- Carocca Pérez, A. (1998):** *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Madrid, Bosch Editor.
- Cayuso, S. (2000):** "La aplicación del principio de razonabilidad y las limitaciones a los derechos fundamentales. El diseño constitucional y la búsqueda de efectividad", en *El valor justicia en la convivencia democrática*, publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, coordinadora Alicia Noemí Farinati, Buenos Aires, EDIAR, pág. 179 y ss.
- Cillero Bruñol, M. (1999):** "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en *Justicia y Derechos del Niño*, Santiago de Chile, Número 1, UNICEF.
- Cillero Bruñol, M. (1997):** "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño", en el seminario *Las nuevas doctrinas de la justicia para menores en Colombia*, Bogotá, Editado por el Ministerio de Justicia y Derecho.
- Colombo, C. (1969):** *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado*, Buenos Aires, t. II, Abeledo-Perrot.
- De Lázzari, E. (1997):** *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2da edición.
- De Mause, L. (1982):** *Historia de la Infancia*, Madrid, Alianza.
- "Derecho del niño a ser oído", Intervención Procesal (2002)**, publicado en la revista *Derecho Procesal*, Rubinzal, Culzoni Editores, Tomo 2.
- "Medidas cautelares y Procesos" (1999)**, en *Digesto Práctico La Ley*, Buenos Aires, Ed. La Ley.
- Ekmekdjian, M. (1997):** *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ed. Depalma.

García Méndez, E.: "La nueva institucionalidad de la Ley Nº 26.061: la defensoría de los derechos de niños, niñas y adolescentes", en *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley Nº 26.061*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

García Méndez, E. y Beloff, M. (1998): *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá/Buenos Aires, Ed. Temis-Depalma.

García Méndez, E. (1998): *Infancia: de los derechos y de la justicia*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Gil Domínguez, A., Fama, M. y Herrera, M.: *Derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Editorial Ediar, p. 645.

Guemureman, S. y Daroqui, A.: *La Administración de Justicia en Sede Judicial*, pág. 68. *Justicia y acceso*, revista Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica.

Kemelmejer de Carlucci, A. (1994): "El derecho constitucional del menor a ser oído" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 167.

Kielmanovich, Jorge L., "Medidas Cautelares", Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2000.

Lamberti, S., Viar, J. y Irazuzta, V. (2003): "Niñez y adolescencia en riesgo: La protección de persona", en Lamberti, S. (comp.), *Maltrato Infantil*, Buenos Aires, Ed. Universidad.

López Oliva, M.: "Las políticas públicas en la Ley Nº 26.061: de la focalización a la universalidad", en García Méndez, E. (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley Nº 26.061*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Maier, J. (1997): "El recurso del condenado contra la sentencia de condena. ¿Una garantía procesal?", en Abregú, M. y Courtis, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS/ Editores del Puerto.

Maier, J. (1996): *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Maier, J. (2001): "Los niños como titulares del derecho al debido proceso", en *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, Número 2, UNICEF.

Mancuso, F. (1982): *Formas de facilitar el acceso a la Justicia*, Buenos Aires, Editorial Zeus.

Padilla, M. (1987): *Lecciones sobre Derechos Humanos y garantías*, Buenos Aires, Tomo III, Abeledo Perrot.

Palacio, L. y Alvarado Velloso, A. (1996): *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Buenos Aires, Reimpresión, Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo 5, arts. 195-237.

Palacio, L. (1997): *Manual de derecho procesal*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, decimotercera edición actualizada.

Pinto, G. (2001): “La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del niño”, en *Justicia y Derechos del Niño*, Buenos Aires, Número 3, UNICEF.

Pignata, N.: “El acceso a la Justicia de los niños en la ciudad coquetea con la ideología del patronato”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia Lexis Nexis*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Podetti, J. (1969): *Derecho procesal, civil, laboral. Tratado de las medidas cautelares IV*, Buenos Aires, segunda edición, actualizado por Guerrero Leconte, V.

Rodríguez, L.: *El derecho a ser oído y la defensa técnica a la luz de la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, Fundación Sur Argentina.

Salvadores de Arzuaga, C. (1993): *El derecho a la jurisdicción*, Buenos Aires, La Ley.

SEGUNDA PARTE

TRABAJOS SELECCIONADOS DEL CURSO
DE ACTUALIZACIÓN *ONLINE*: NIÑEZ, ADOLESCENCIA
Y SALUD MENTAL (JUNIO Y OCTUBRE DE 2011)

EL MODELO DE INTERVENCIÓN PENAL JUVENIL EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA. NECESIDAD DE SU REFORMA

MARCOS JAVIER AGUERRIDO¹

“...Un niño de 10 años, por ejemplo, puede matar a otro. Ha sucedido en un caso trágico en Inglaterra: el 12 de febrero de 1993, en la ciudad de Liverpool, dos niños de esa edad se llevaron a uno de 2 y lo condujeron desde un centro comercial hasta las vías de un tren, matándolo a golpes. Treinta y ocho personas vieron cómo esos dos niños de 10 años conducían violentamente a uno de 2 durante cuatro kilómetros. Dijeron que lo habían visto llorar, quejarse, querer escapar, pedir por su madre. Ninguno Intervino. Sin embargo, lo único que se juzgó en ese caso fue la acción de los dos niños de 10 años.” *Claudia Cesaroni - “La Vida Como Castigo”*

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El presente trabajo intenta mostrar la modalidad de intervención de la justicia penal de menores en la provincia de La Pampa, analizando en especial las medidas de disposición de niñas, niños y adolescentes no punibles.

A los fines de conocer la realidad pampeana, en el primer capítulo se hará un recorrido por la normativa local vigente y se hará mención de algunas “buenas intenciones” del legislador local al tiempo de sancionar las Leyes 1343 (Boletín Oficial nº 1926) y 1556 (Boletín Oficial nº 2067) en el año 1991 y 1994 respectivamente.

Vale aclarar que aún subsiste –aunque cueste entender a más de veinte años de la sanción de la Convención Sobre los Derechos del Niño– el modelo normativo tutelar que delinea la vigente Ley Nº 1270.

La norma aludida regula tanto la organización del fuero de familia y del menor como el ejercicio “coordinado” del patronato de menores en la provincia

¹ Abogado - Universidad Nacional de La Plata. En la actualidad se desempeña como Juez titular del Juzgado de la Familia y Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial de la Ciudad de Santa Rosa Provincia de La Pampa. Anteriormente se desempeñó como Defensor General Sustituto de la Ciudad de Santa Rosa. Entre otras titulaciones académicas, es Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Nacional de Rosario, y Magister en Ciencias Penales de la Universidad Nacional de La Pampa.

pampeana (sancionada el 22/11/1990, promulgada el 7/12/1990 y publicada en el Boletín Oficial el 21/12/1990 - ADLA 1991 - A, 1260).

Asimismo, señalaré la oportunidad desaprovechada que representó la sanción de la Ley Nº 2287 que modificó el sistema de enjuiciamiento penal en la provincia de La Pampa en vigencia desde el mes de marzo del corriente año, transformando el modelo inquisitivo mixto por un modelo de perfil acusatorio sin dedicar ninguna de sus normas al procedimiento penal de niños y adolescentes a los que se deja huérfanos del aludido modelo como también de la aplicación de criterios de oportunidad y de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

De todas formas y no obstante el panorama indicado, se analizarán algunas formas o modalidades de intervención judicial como así también el actual tratamiento en nuestra Cámara de Diputados de un proyecto de ley que adhiere a la Ley Nacional 26061 con la intención de concluir con una propuesta que contribuya a una futura reforma legislativa.

Todo ello de conformidad con las pautas emanadas por el bloque de constitucionalidad de la infancia y a partir del presupuesto teórico que se encuentra en consonancia con los derechos humanos de la infancia.

2. NORMATIVA VIGENTE

El sistema legal en materia de minoridad en la provincia de La Pampa continúa fundándose, como en las primeras décadas del siglo pasado, en una perspectiva que podemos llamar tutelar paternalista. A lo largo de todo su articulado puede advertirse el reconocimiento de los menores como objetos de protección y no sujetos de derechos.

El modelo teórico doctrinario del que deriva la legislación tutelar de menores pretende que tanto la delincuencia infanto-juvenil como otras "situaciones irregulares" son expresiones de un mismo problema social y deben ser tratadas unitariamente

Ejemplo paradigmático de lo manifestado es el artículo 37 de la norma provincial, el cual establece que las medidas tutelares previstas en el artículo 42 de la ley –que son nada más y nada menos que las medidas que se pueden adoptar como resultado de un tratamiento tutelar respecto de un menor infractor– serán de aplicación también a los menores respecto de los cuales se tramite un procedimiento asistencial: niños víctimas de delitos o en situación de riesgo.

No es deseo abundar en las conocidas críticas que se señalan a modelos como el vigente en la provincia, siendo común, en los aludidos sistemas, la inter-

vención o injerencia coactiva de sus órganos (judicial y administrativo) bajo el argumento "protector" a través de la aplicación de medidas tutelares sin distinción de trato a niños en situación de desamparo como tampoco a aquellos en conflicto con la ley penal.

Basta señalar, como dato suficiente, la letra del numerado 21 de la ley que otorga la facultad al juez en cualquier estado del proceso y aún cuando se determine que el hecho imputado al menor no encuadre en figura penal alguna o medie otra causa de inimputabilidad, exculpación o justificación igualmente podrá adoptar las medidas tutelares al respecto.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que las cuestiones jurídicas que involucran a la infancia deben ser analizadas desde la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, sumándose también la vigencia de la Ley Nacional Nº 26.061.

En relación al recorrido propuesto por el presente trabajo, resulta oportuno citar lo sostenido por nuestro máximo tribunal (Fallos 328: 4343 con 26 votos positivos):

"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."

No obstante como se verá, existen aislados esfuerzos de operadores integrantes de las agencias administrativas y judiciales para hacer efectivos el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia con intervenciones o prácticas respetuosas de la dignidad y derechos de las personas involucradas.

2.1. FRANJA ETARIA

El régimen penal vigente en la Argentina regulado por la Ley Nº 22.278 establece que los imputados menores de 16 años de edad no son punibles por la comisión de ningún delito y que los imputados menores de 18 años de edad no son punibles por delitos de acción privada, delitos sancionados sólo con pena de multa o inhabilitación o con pena privativa de la libertad inferior a los dos años.

No obstante la claridad de la norma en relación al límite infranqueable de ingreso del poder punitivo estatal, la misma norma prescribe que cuando se atribu-

ye la comisión de un hecho tipificado por la ley como delito penal, el magistrado debe proceder a la comprobación del hecho delictivo, tomar conocimiento del imputado y de su familia y disponerlo provisoriamente (Art. 1º de la Ley Nº 22.278).

Que esta “potestad de disposición judicial” en sede penal, de clara orientación tutelar y en línea con la intervención estatal que delineaba la “ley Agote Nº 10.903” se traduce en muchas ocasiones en medidas de “protección” que afectan principios constitucionales básicos dentro de un estado de derecho.

Si bien, el comportamiento infractor no tiene consecuencias penales o retributivas de modo desproporcionado y sin derecho a ser oído se fundan decisiones aplicando criterios de derecho penal de autor, sosteniendo medidas en base a la personalidad del menor, violando principios constitucionales de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, inocencia y debido proceso penal.

3. EVOLUCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Intentaré describir cierta evolución en la jurisprudencia local a partir de presuponer que las medidas tutelares son un bien y que no son una manifestación del poder sancionatorio del Estado.

Por lo tanto no es necesario que estén rodeadas de garantías.

En ese sentido, trataré de describir esta hipótesis a partir de diversos pronunciamientos jurisdiccionales como los siguientes:

“...Sea que el delito quede o no comprobado, sea que tenga o no al acusado por autor, el Juez debe disponer también definitivamente de él si lo halla abandonado, falto de asistencia o en peligro material o moral.

Siempre ha de quedar en claro, en la disposición definitiva de un menor que ha comparecido ante el tribunal, acusado de la comisión de un hecho ilícito si la decisión que se impone se funda en una situación antijurídica activa, es decir, en los problemas de conducta evidenciados por su acción o en una situación antijurídica pasiva descubierta con motivo de los estudios a que aquel obligó (Fallo 3255 B Expte. 753/96) Registro de la Cámara en lo Criminal de la Segunda Circunscripción Judicial caratulado “L.A.M. s/ medidas tutelares”.

En oportunidad de ordenar la institucionalización de un niño de 16 años en una imputación por amenazas (constaban cuatro causas registradas con anterioridad y una medida de restricción horaria incumplida).

El juzgado de la Familia y del Menor de la primera circunscripción judicial con fecha 30/12/1998 (causa Nº 675/98, tramitada por ante la secretaría penal caratulado “M.C.E. (menor) s/ Amenazas”), lo hizo en los siguientes términos:

“Según registro de la presente causa... que refiere a un hecho de fecha posterior a aquellas medidas tutelares adoptadas, evidencian la actitud de los progenitores imposibilitados de establecer límites que requiere la conducta de su hijo, y concretamente cumplir con las prohibiciones que el suscripto estableciera y de cuyo cumplimiento son directos responsables. Que todo ello evidencia también, que el ámbito familiar que rodea al menor no es el adecuado a su contención y a su protección, motivos por los cuales, llevan al convencimiento del suscripto que debe procederse a su INSTITUCIONALIZACION...y suspensión de la patria potestad de los progenitores...”.

Esta forma de argumentación o lógica tutelar partía del señalamiento de los déficit del niño y su grupo familiar, de una mirada al niño por lo que no tiene y una agencia judicial que suplía la ausencia de políticas públicas o bien atendía sin mayores objeciones a los discursos de etiquetas de las agencias administrativas en cabeza de sus equipos técnicos intervinientes.

Con sofisticados discursos autoritarios, amparados en viejas dicotomías de normal - anormal rotularon a los “beneficiarios” según si sus conductas son o no las esperadas, ejerciendo en nombre de la protección del niño, un poder represivo y violento judicialmente.

Esta modalidad de intervención creaba categorías de delincuentes sin atribución de delito alguno o bien “merecedores” de un proceso tutelar correctivo a partir del diagnóstico que lo sintique como “abandonado”, “falto de asistencia”, en “peligro material o moral”; criterios peligrosos cuando la libertad y dignidad de una persona está comprometida.

Otra muestra del criterio tutelar también se verificó al tiempo de interpretar el derecho al recurso de una persona no punible dado que el único recurso contemplado en la ley es el establecido en el procedimiento civil asistencial (art. 41) en estos términos: *“La Cámara en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería será competente para entender en las apelaciones contra las medidas tutelares y cualquier otra apelación planteada en el procedimiento asistencial...”.*

El juzgado de la Familia y del Menor había ordenado la institucionalización de un joven en el Instituto San Martín –recurso del ex Consejo Nacional de la Familia y del Menor de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– resolución que fue apelada por el defensor general.

Una vez concedido el recurso se elevaron las actuaciones a la Cámara Civil.

Este organismo se declaró incompetente en el entendimiento de que no le corresponde conocer en apelaciones de medidas tutelares a menores infractores.

Radicadas las actuaciones en la Cámara en lo Criminal, la misma también consideró su incompetencia dado que no se encontraba legislada la instancia recursiva y que “nunca” la medida tutelar dispuesta por el juez de menores puede causar agravios porque es “un bien” para su persona.

En oportunidad de conocer un caso de homicidio de un adolescente de catorce años el 31 de julio de 2006.

El hecho generó una gran movilización en la comunidad.

Se dio intervención al juzgado de la Familia y del Menor en la causa Nº 373/2006, caratulada “R.R.E s/ lesiones”, al tiempo de fundamentar la prórroga de la institucionalización del joven en el IPESA (recurso del Ministerio de Bienestar Social que alberga a jóvenes infractores a la ley penal); el Juez Subrogante sostuvo:

“...el joven ha sido informado de manera clara y precisa de los hechos imputados (declaración de fs. 245/253) como de su derecho a ofrecer prueba; ha tenido la asistencia jurídica técnica desde el primer momento del procedimiento, ha ejercido el derecho de impugnar la legalidad de la medida tutelar originariamente adoptada y con el decisorio de la Cámara de Apelaciones Civil en los autos “PAZ, Marcos L. s/ Interpone Recurso de Apelación” (Expte. Nº 13703/06 R.C.A.), ha tenido el derecho que esa impugnación fuera resuelta sin dilación alguna... Es necesario promover una interpretación compatible no sólo con el mejor interés del niño y su derecho de vivir en familia –cuestión que no puede desconocerse– sino con la construcción de un sujeto de derechos y obligaciones, responsable frente a terceros y respetuoso de la convivencia... no motiva la institucionalización, la historia de vida de R., o la excesiva sobreprotección materna, o la ausencia de la figura paterna sino la conducta desplegada por el mismo de atentar contra la vida de una persona... Que esta es la revisión que es necesario realizar y profundizar: crear en el menor la conciencia de que la vida ajena es un valor supremo. Este es el recurso a generar como modelo de interacción. En ello deben colaborar los adultos que rodean al menor en su vida cotidiana tanto su madre como la familia ampliada... Que la idea de responsabilidad es central desde la perspectiva de la integración social del adolescente ya que difícilmente podrá asumirse como ciudadano pleno si no logra vincularse de alguna manera con sus actos y comprender el significado disvalioso que el delito tiene para la comunidad en la que vive”.

Otra muestra de lo arraigado que está la cultura tutelar en la región lo refleja una nota remitida el corriente año por la jefa de la comisaría tutelar de menores (Unidad Policial Especial que interviene en cuestiones de niños, víctimas e

infractores no punibles) donde solicita al juzgado de la familia se arbitren medidas para "contener" a los niños en situación de calle.

Cursando el Juzgado la siguiente respuesta:

"...En mi carácter de Juez Titular del Juzgado de la Familia y del Menor, dirijo a Ud. la presente en relación a su Oficio Nº 15/11 "SSTM" donde se me solicita "...tenga a bien contemplar o reveer algún tipo de medida para con los mismos, tendientes a su protección física y/o psíquicas tanto para ellos como para el resto de la comunidad...". Atento lo planteado, llevo a su conocimiento que se encuentra vigente el sistema de protección integral de la infancia y adolescencia, siendo sus postulados básicos, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) y la Ley Nacional Nº 26061, habiéndose derogado expresamente el sistema de Patronato de Menores, y la práctica tutelar judicial que tal estructura delineaba. En el actual sistema, de reconocimiento y protección de los Derechos, es el Organismo Técnico Administrativo el competente para atender la problemática por Ud. descripta, en la que se reconoce una "...clara falta de contención familiar...", y en donde se alude a "molestias constantes que efectúan los adolescentes que no llegan a constituir delito alguno, pero que hace a la convivencia pacífica del barrio".

Que por lo expuesto, deberá coordinarse con los funcionarios a cargo de la políticas públicas, y evaluarse en cada caso las propuestas y medidas de protección integral y/o excepcionales que corresponda (arts. 4º, 5º, 6º, 7º, 32 a 38, y 39 y ssgtes. de la Ley Nº 26.061).

Sin perjuicio de lo expresado precedentemente, pongo en su conocimiento que en el día de la fecha se dió intervención a la Dirección General de Niñez y Adolescencia, ello a los fines de la implementación de las acciones pertinentes de acuerdo a la normativa precedentemente citada, quedando a su disposición a los fines de gestionar cualquier diligencia de coordinación y/o diálogo para la adecuada implementación de acciones efectivas de abordaje de la problemática planteada..."

Otro precedente que muestra la falta de especialidad del Ministerio Público Fiscal en su actuación ante el fuero de familia y menores de la ciudad de Santa Rosa, lo refleja la siguiente resolución del 26/10/2011.

El pronunciamiento rechaza la apelación interpuesta por la agente fiscal al archivo de las actuaciones porque se había denunciado un abuso sexual donde tanto víctima como supuesto victimario eran niños menores de diez años.

Toda vez que se había remitido el caso a la intervención preventiva de la Secretaría Civil y Asistencial:

"SANTA ROSA, 26 de octubre de 2011. VISTO: (...), RESULTA: (...) Y CONSIDERANDO: -----Que, al tiempo de fundamentar su impugnación recursiva, la Señora Fiscal Adjunta señala que el resolutivo dictado el día 28 de setiembre, obrante a fs. 11/13 "es algo prematuro, ya que no se realizó ningún tipo de investigación, ni se incorporó elemento probatorio alguno que permitiera desvirtuar los dichos de la denunciante". Que entiende la impugnante que la "la gravedad del hecho puesta de manifiesto por Fernández al momento de formular la denuncia, amerita la realización de algún tipo de investigación para esclarecer lo realmente acontecido, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 17 y siguientes de la ley 1270". Que seguidamente concluye en que "es imperiosa la necesidad de incorporar informes médicos realizados a la menor a fin de constatar si la misma presenta algún tipo de lesión compatible con el tipo de abuso denunciado, la realización a la menor de exámenes psicológicos y/o psiquiátricos que correspondan, tales como la Cámara Gesell, la recepción de declaración de personas que conviven con la menor y que pudieran tener algún tipo de conocimiento de lo sucedido...". Que luego de señalar la "importancia" de la causa en trámite por ante la Secretaría Civil y Asistencial, la recurrente concluye en la necesidad de "reconstruir" lo sucedido o acontecido, peticionando se revoque el archivo decretado y "se prosiga con la investigación penal en orden al hecho denunciado...". -Que llegado el momento de resolver los peticionado debo efectuar las siguientes consideraciones 1º) Que de conformidad a la letra y espíritu de la Convención sobre Derechos del Niño, los niños, niñas y adolescentes son titulares no sólo de los derechos que le corresponden a todas las personas, sino también de derechos específicos por su circunstancia de sujetos en crecimiento. -Que el paradigma de la protección integral de derechos, (que incluye como sujetos obligados a prestaciones positivas al Estado, familia y comunidad, y beneficiarios tanto a niños víctimas como a imputados de hechos calificados por la ley como delitos), obliga a revisar cualquier norma, práctica o procedimiento que no se ajuste a la protección de los derechos humanos de la infancia y adolescencia. Que una de las pautas a seguir en intervenciones como las de análisis es la obligación de todo operador que intervenga en la asistencia de niños víctimas y testigos de delitos, de hacer todo lo posible por coordinar con los servicios de apoyo a fin de evitar que los niños participen en exceso de múltiples intervenciones. (Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos. Aprobadas por el Consejo Económico de Naciones Unidas el 22/7/2005). - Que afirmamos entonces que las conductas ofensivas de carácter sexual que invo-

lucran a niños y adolescentes merecen un tratamiento diferencial y especial. Estas problemáticas deben ser abordadas con medidas de protección. (arts. 19 Convención Americana de Derechos Humanos; art. 4; 18; 34 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 75 inc 23º de la Constitución Nacional; Ley 26061). 2º) Que en este orden de conceptos, y entrando en el análisis de las argumentaciones de la recurrente (las mismas pueden resumirse en la necesidad de ajustarse a la literalidad del procedimiento establecido en la ley Nº 1270, agotar la investigación penal propiamente dicha y determinar responsables). En este aspecto debo principiar por recordar que, ante la información comunicada por el Fiscal previniente... y la petición formal de la Señora Asesora de Menores –obrante a fs. 13/14 del legajo Nº 700/11 (registro de la Secretaría Civil y Asistencial)–, el Tribunal ordenó como medida urgente, la intervención del organismo técnico administrativo a los fines de garantizar el pleno goce y protección de derechos de los menores involucrados, mandando coordinar acciones a las Direcciones de Niñez y Adolescencia como asimismo a la Dirección de Violencia Familiar (despacho del del 15/7/2011). –Que podríamos afirmar que cumpliendo con la obligación de dar efectividad a los derechos de los niños en circunstancias como las de análisis, y en el entendimiento que el objetivo primario es la protección integral de los niños involucrados, asumimos como práctica constante el análisis y/o ponderación de alternativas útiles al procedimiento penal propiamente dicho; esto es, no introducir al menor (sea víctima o victimario), si no es absolutamente indispensable. –Que asumimos también que no corresponde la búsqueda de una sanción punitiva. Ajustarse estrictamente a la literalidad del procedimiento legislado, tendiente a “esclarecer los hechos y determinar responsabilidades”, no resulta congruente con el espíritu ético de la intervención...”

4. PROCEDIMIENTO ACTUAL

Es necesario realizar una breve mención del procedimiento penal actual respecto de los niños no punibles en la primera circunscripción judicial de la provincia de La Pampa.

La ley provincial Nº 1270 –en los aspectos que aquí interesan– consagra un sistema actuarial y tutelar en cabeza de un mismo magistrado: el juez de la familia y del menor, atribuyendo la competencia para la investigación y la decisión del hecho a personas no punibles, y al mismo Juez que también se faculta para la eventual aplicación de medidas tutelares.

En relación a la franja etaria de 16 a 18 años que queda sujeta al proceso penal, la decisión de su autoría y responsabilidad en el hecho queda a cargo de los mismos jueces de mayores, apareciendo cumplido el requisito de especialidad recién al tiempo de la celebración de la audiencia del artículo 4 de la Ley 22.278 donde el juez de familia y menores –tras valorar la evolución del tratamiento tutelar– pondera la conveniencia y necesidad de imposición de pena.

Es importante destacar que por cada hecho ilícito que ocurre en la ciudad de Santa Rosa en el cual se encuentra vinculado un niño o adolescente “no punible”, la policía tutelar del menor –seccional séptima– realiza un informe socio - ambiental de éste. El informe que a posteriori confeccionan los psicólogos y los asistentes sociales es remitido junto al sumario policial a la secretaría penal del juzgado de la familia y del menor. Una vez radicado allí, se analiza la complejidad del caso y las posibles alternativas a seguir para evitar el procedimiento penal.

Es decir, si se investiga un hecho que por su insignificancia no afecta gravemente el interés público y del informe social precedentemente mencionado surge que el niño vinculado a la causa se encuentra contenido por sus progenitores, se procede sin más al archivo de las actuaciones y se notifica de ello a la Asesoría de Menores y al Ministerio Público Fiscal.

Respecto a los delitos de contenido patrimonial principalmente cuando se investiga un daño, la modalidad a seguir –si las particularidades del expediente lo permiten– es la aplicación del Art. 15 inc. 4 del Código Procesal Penal de la provincia de La Pampa que regula la conciliación entre víctima e imputado.

Aunque cabe reconocer que aún existe reticencia a la aplicación de este artículo por parte de la sociedad y de algunos operadores judiciales que entienden que el nuevo sistema de enjuiciamiento penal en la provincia sólo es aplicable a los mayores.

Es menester mencionar qué pasos se siguen cuando el ilícito investigado se encuadra dentro de los delitos contra la integridad sexual.

En primer lugar –y tal como se observó en la jurisprudencia seleccionada– se evita la judicialización del hecho y la concurrencia de los niños, víctima y causante, al Tribunal.

En segundo lugar, se cita a los progenitores de aquellos para que asistan a una entrevista y puedan aportar datos de la situación tanto de los motivos que la originó como de las medidas adoptadas posteriormente.

Si las particularidades del caso lo ameritan, el niño “causante” junto a sus progenitores mantienen una entrevista con el equipo técnico del tribunal –con-

formado por una psicóloga, una médica y una asistente social— quienes evalúan la necesidad de “remisión del caso”; además de incluir a ese niño en algún tratamiento terapéutico o bien en algún programa brindado por el Ministerio de Bienestar Social.

Por otro lado, sucede frecuentemente que del informe elaborado por la seccional séptima se desprenden conclusiones que activan distintas opciones a seguir.

A saber, si se observan situaciones de violencia familiar, de ello se corre vista a la Defensoría Civil de turno, a los fines de aplicación de la ley 1918.

Si el joven sufre adicciones se le da intervención a la Subsecretaría de Abordaje a las Adicciones y por último, si se desprende que el niño no se encuentra escolarizado, se remiten fotocopias de ese informe al juzgado de faltas provincial a los fines de intimar a los padres a que cumplan con los deberes de los progenitores conforme lo exige el Art 106 del Código de Faltas Provincial.

Todo ello con el fin de brindar medidas que protejan de una forma integral a los niños y adolescentes en conflicto con la ley.

Por último, debo consignar que en los demás expedientes que no se hallan incluidos en los supuestos citados se procede a la investigación del hecho, si existe material probatorio suficiente se cita al joven a los fines que preste declaración y para ello, previamente es asistido por un defensor que en la mayoría de los casos es oficial.

El resultado al que se arriba, si existen elementos de convicción que permitan comprobar la existencia del hecho y la vinculación del joven es la declaración de “inimputabilidad”.

5. “UNA OPORTUNIDAD DESAPROVECHADA”

El primero de marzo de 2011 comenzó a regir en nuestra provincia el nuevo sistema de enjuiciamiento penal instaurando por la Ley Nº 2287, normativa que consagra un modelo de perfiles acusatorio y en donde —entre otros aspectos— se diferencia la función requirente e investigativa a cargo del Ministerio Público, la función decisoria a cargo de los tribunales, reemplazando el vetusto modelo inquisitivo mixto.

En este nuevo paradigma respetuoso de los derechos de los involucrados (tanto imputados como víctimas) se consagran principios procesales y constitucionales de bilateralidad, oralidad, de juez imparcial, de debido proceso, contemplando mecanismos de justicia restaurativa, criterios de oportunidad y justa composición del conflicto.

Uno de los objetivos del nuevo sistema es descomprimir a la justicia con el fin de impulsar el proceso jurisdiccional solo en aquellos supuestos relevantes que ameriten investigación.

La suspensión de juicio a prueba y el juicio abreviado son otros de los mecanismos utilizados en el nuevo sistema con el fin de lograr la mínima intervención estatal aunque rodeando al imputado de amplias garantías.

No obstante, los menores no punibles siguen sin poder escapar de los muros tutelares; concentrando en el mismo juez de menores, la actividad investigativa y decisoria en la comprobación del hecho además de la posibilidad de aplicar medidas tutelares.

Tal insólito mecanismo de intervención judicial no resulta adecuado al debido proceso penal acorde con lo dispuesto por la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y sus instrumentos complementarios y la Ley Nº 26.061 de "Protección integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente" que derogó precisamente la antigua ley de patronato de menores (Ley Nº 10.093).

Que si adherimos a la doctrina judicial emanada de nuestra Corte Suprema de Justicia al redefinir las prácticas de la justicia juvenil "Maldonado" (Fallos 328: 4343) y "García Méndez" (resuelto el 2 de diciembre de 2008) y al precisar los alcances del debido proceso constitucional, no podemos desconocer que en los citados precedentes la CSJN reconoce el respeto de la igualdad frente a la ley y a la no discriminación; diseñando el estándar de reconocimiento de derechos del niño y adolescente como un sujeto dotado de una autonomía jurídica y social en permanente evolución y al que debe reconocerse todos los derechos que tienen las personas mayores más un plus de derechos específicos, estando limitada la actividad del juez por las garantías sustantivas y procesales.

A modo de ilustrar lo expuesto en este capítulo debo manifestar que a principios de este año en pleno auge de implementación del nuevo código, la Secretaría Penal del Juzgado de Familia recibió un expediente remitido desde el Ministerio Público Fiscal por incompetencia.

Una vez leído el legajo se observa que en el hecho investigado habían participado personas mayores y menores de edad no punibles.

La solución a la que arribó el fiscal de guardia fue abstenerse de ejercer la acción penal respecto de los mayores de edad, aplicando el principio de oportunidad; sin embargo, respecto de los adolescentes remitió el legajo al juzgado de la familia para que prosiga con la investigación.

Resulta ilógico que si el legajo fue archivado respecto de los mayores se aparte a los menores de esa solución y se remita "a los fines que estime corresponder".

Podría argumentarse que el sistema de enjuiciamiento se modificó para todas las personas sin discriminación alguna en razón de su edad pero digo "oportunidad desaprovechada" porque era una buena ocasión aún sin legislación de protección integral de avanzar en la especialidad que reclama tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como el Comité de los Derechos que se constituye en el intérprete de sus normas en la observación general Nº 10, pudiendo haberse creado un Ministerio Público Fiscal para la niñez y la adolescencia con una defensa especializada y un juez de garantías de niños.

6. PROPUESTAS PRÁCTICAS

Podríamos afirmar que la potestad judicial de "disposición de menores" colisiona abiertamente no solamente con la Ley Nº 26.061 sino también con las garantías constitucionales consagradas en la constitución nacional y con el bloque de constitucionalidad federal (Artículo 75 inc. 22 CN).

Tal como se ha reseñado, no obstante la ausencia de un marco normativo respetuoso de los derechos humanos de la infancia en la provincia de La Pampa, son constantes pero también aislados los esfuerzos de algunos operadores para dar efectividad a los derechos humanos de la infancia, ello en los términos que manda el Artículo 4º de la CDN.

Es real, y creo que hasta natural, la resistencia mostrada por funcionarios judiciales no especializados en la problemática juvenil sin reparar en las características propias del fuero especial.

Que en nuestra realidad a pesar de no contar con agencias específicas de niños y adolescentes tales como defensores, fiscales y una alzada especializada en niñez y adolescencia se ha intentado adecuar la legislación nacional e internacional vigente a la normativa provincial, utilizando vías de escape o remisión al procedimiento penal legislado. Esto en el marco del Artículo 40.3. de la CDN que orienta que siempre es apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir al procedimiento penal.

7. PROPUESTA LEGISLATIVA DE ADHESION A LA LEY Nº 26.061

En estos días se encuentra en tratamiento en la Cámara de Diputados provincial, el proyecto de protección integral de niñez que adhiere a la normativa nacional y tal como allí se ha legislado, nada contempla en relación a un procedimiento penal de niños y adolescentes.

Decía en párrafos anteriores que bien pudo el legislador al tiempo de actualizar el sistema de enjuiciamiento de menores, extender tales alcances a los niños y adolescentes infractores, pudiendo con pocos recursos avanzar en un modelo respetuoso de la infancia y de la especialidad obligatoria del fuero.

Los mecanismos ya vigentes de alternativas de composición del conflicto o conciliación, extenderlos en una suerte de modelo de justicia restaurativa para niños y adolescentes, remedio aplicable en una comunidad chica como la santarroseña en la que desempeñamos nuestras funciones judiciales.

La propuesta podría ser efectiva a través de centros de mediación integrados con equipos interdisciplinarios, fijándose como objetivos del proceso la pretensión de asumir la responsabilidad por el accionar propio sino la reparación significativa del daño que no implica necesariamente reparación material sino significativa para las partes.

8. CONCLUSIÓN

Cualquier legislación sobre infracciones a la ley penal cometidos por niños y adolescentes puede considerarse como prueba de la insuficiencia cuando no del fracaso de las políticas públicas acerca de la familia y la niñez.

Vivimos en una sociedad que sólo acepta discutir y deliberar en ocasión de producirse graves hechos cometidos por niños, proponiendo –desde un doble reduccionismo legal y penal– modificaciones legislativas que pasan por bajar la edad de imputabilidad o discurrir sobre el alcance de la pena a imponer.

Cualquier propuesta sería y razonable de intervención estatal ante el comportamiento infractor de niños no punibles debe analizar con justicia el contexto social, económico y político en donde el niño nace, crece y se desarrolla.

Si bien resulta de suma importancia la consagración y aplicación práctica para esta particular franja etaria de las garantías sustanciales y procesales emanadas del corpus iuris derivado de la Convención sobre los Derechos del Niño; las reglas, las observaciones generales y la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

La discusión sobre el alcance y modalidad de la intervención estatal debe contemplar también el papel del Estado como garante de la prestación de las políticas sociales básicas a favor de la infancia de forma tal de que todos los niños sin discriminación puedan ejercer en plenitud sus derechos fundamentales a la educación, a la salud, al desarrollo y consecuentemente construir su ciudadanía.

El desafío desde las distintas agencias será redefinir el concepto de protección que no prive de derechos, que prevenga y en su caso restituya los derechos vulnerados.

Concluyo citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 19 de noviembre de 1999 (Caso de los "Niños de la Calle"), parágrafo 197:

(...) "La corte considera pertinente destacar que, si los estados tienen elementos para creer que los "niños de la calle" están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia... Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a "permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad".

EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA EN EL CUMPLIMIENTO DE DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

NUEVO ROL DEL PODER JUDICIAL Y DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO

CYNTHIA CARLA BISTOLFI¹

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A través del presente trabajo se comentará la acción de amparo promovida por una justiciable de la Cuarta Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro con asiento de funciones en la Ciudad de Cipolletti a fin de lograr que el Estado cumpla con la provisión de una vivienda a su grupo familiar, cesando de esta manera con la vulneración del derecho reconocido constitucionalmente como lo es el de acceso a una vivienda digna.

1.1. LA DEMANDA

En autos caratulados "F.S.B. S/ Amparo" (Expte. Nº 13670-JFVII-11) se presenta la Señora S.B.F. a fin de interponer recurso de amparo contra el Instituto de Planificación y Promoción de la Vivienda de la Provincia de Río Negro (I.P.P.V.) en razón de que es madre de dos hijos con problemas de salud, PAULA ANDREA (16 años) padece una enfermedad llamada fibrosis quística desde los tres años de edad, requiriendo continuos tratamientos en el Hospital Garrahan, por tal motivo, debe viajar cada seis meses a la Ciudad de Buenos Aires. Su hijo menor, CLAUDIO DAMIAN (15 años) es discapacitado y fue diagnosticado con colostomía por ano imperfecto congénito y también le realizan tratamiento en el Hospital precitado.

¹ Abogada - Universidad Nacional del Comahue. En la actualidad se desempeña como Defensora de Pobres y Ausentes Nº 5 de la Cuarta Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro. Es Mediadora y formadora de mediadores. Docente regular en las materias Instituciones del Derecho Privado e Instituciones del Derecho Público; Ex miembro del Consejo de la Magistratura de la Pcia. de Río Negro actuante en la Cuarta Circunscripción Judicial.

Manifiesta que desde hace quince años aproximadamente se encuentra inscrita en los listados para adquirir una vivienda en el I.P.P.V. Cada dos años, la Señora S.B.F. realiza la inscripción en el mencionado Instituto, siendo la última en el año 2008.

Actualmente, ella vive en un departamento cedido por la Municipalidad de la ciudad de Cipolletti en calidad de comodato en el año 2006 con una vigencia de diez años, es decir que vencería en el año 2016.

El departamento se encuentra en buen estado de conservación; no obstante, el inconveniente que a ella se le plantea es que continuamente se rompen las cloacas del lado de afuera del departamento lo que ocasiona que se inunde la cámara séptica del lavadero generando malos olores, provocando que el baño se tape y también en ocasiones se inunde.

Como esta problemática es constante, pone en riesgo la salud de CLAUDIO quien por su problema debe permanecer en un ambiente adecuado en el cual es importantísimo el cuidado de la higiene ya que debe usar bolsas de colostomía, lo que lo hace propenso a contraer infecciones de toda índole.

Asimismo, manifiesta que ha concurrido infinidad de veces al I.P.P.V. a fin de obtener respuesta a su situación pero nunca ha sido atendida.

Por su parte, la amparista refiere que trabaja en la Municipalidad donde percibe un haber de \$1.300 y que la pensión que percibe por la discapacidad de Claudio asciende a la suma de \$1.100, por lo que con estos magros ingresos no puede intentar obtener una vivienda acorde a la situación familiar que no sea apelando a los Organismos del Estado.

Por otra parte tampoco tiene a su alcance poder realizar las reparaciones definitivas de la vivienda que ocupa, atento a que no tiene los ingresos suficientes y en función de que el Municipio no le cede la misma con lo cual la problemática no se solucionaría.

En función de todo lo expuesto, le solicita al Instituto de Planificación y Promoción de la Vivienda de la Provincia de Río Negro que evacue su necesidad de vivienda.

1.2. LOS INFORMES

a. Instituto Provincial de Planificación y Promoción de la Vivienda (I.P.P.V.)

Al momento de evaluar el informe que le fuera requerido, el I.P.P.V. explicó que la amparista se encuentra inscrita en el Registro de Demanda Habitacional Permanente habilitado en la Agencia Cipolletti de esa entidad y que –por

contar el grupo familiar con un integrante discapacitado— su legajo fue oportunamente remitido al Consejo Provincial de las Personas con Discapacidad a efectos de determinar la prioridad en la adjudicación.

Se precisó en esa oportunidad que el I.P.P.V. destina un diez por ciento (10%) de viviendas de los planes habitacionales a la solución de las necesidades de aquellas familias que enfrentan problemas relacionados con la discapacidad tal como prescribe el Art. 57 de la Ley Provincial Nº 2055.

b. Consejo Provincial de las Personas con Discapacidad (CPPD)

A su turno, el CPPD informó que su función consiste en evaluar el orden de prioridad de entrega de las viviendas con base a la documentación que remite el I.P.P.V. y otra que pueda recabar. De tal forma, hizo saber a la Magistrada que el Organismo cuenta con un listado de personas cuyo nivel de prioridad ha sido analizado y en el cual se encuentra el hijo de la presentante.

Ese listado se agregó a autos y fue elaborado por el CPPD a partir del estudio de las diferentes solicitudes recibidas en el año 2010 y las adicionadas en el año 2011. Se explica allí que el orden de prelación para el acceso a viviendas responde a un análisis exhaustivo, llevado a cabo por un equipo interdisciplinario, en el cual se ponderan diferentes variables, tales como el diagnóstico, tipo y grado de discapacidad, la presencia de otros miembros con discapacidad en el grupo familiar, edad, cantidad de integrantes de la familia, ingresos económicos e inclusión social por ingreso, entre otros.

De acuerdo a la apreciación de todos esos factores, el CPPD ha ubicado a la Sra. F. S.B. en el lugar Nº 17 del listado.

c. Informe socio ambiental

El informe socio ambiental llevado a cabo por la Asistente Social del Poder Judicial destaca que la situación familiar es grave y urgente fundamentalmente desde lo ambiental, indicando en sus conclusiones la necesidad de esta familia de contar con una vivienda que preserve la salud de sus integrantes.

1.3. LA SENTENCIA

La sentencia optó por acoger completamente el amparo y ordenar al I.P.P.V. que “...por sí o a través de quien corresponda arbitre los medios pertinentes a fin de brindar de manera inmediata una solución habitacional a la amparista que contemple conforme su situación familiar, las necesidades de la misma

ya sea dentro del programa en que se encuentra inscripta o en el que considere procedente, o bajo otra modalidad alternativa de acuerdo a la situación familiar de la amparista, en forma coordinada...”.-

2. LEGISLACION VIGENTE EN LA MATERIA

Analizando la legislación vigente en la materia, cabe recordar que el régimen legal se compone de las leyes cuyos artículos pertinentes articulan un sistema de protección y cobertura integral que intenta por sobre todas las cosas la salvaguarda de los derechos humanos. Esta normativa adquiere rango constitucional por imperio del Art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, a saber:

2.1. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Art. 11 dispone que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

Asimismo, manifiesta el principio de efectividad de los derechos estableciendo que los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2.2. CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTES

La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 27 dispone: *“A los padres u otras personas encargadas del niño le incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.”*

Respecto de la efectividad refiere: *“...Los Estados Partes adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y otras personas responsables por los niños a dar efectividad a este derecho, y en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, vestuario y vivienda”.*

El Art. 23 de la Convención dispone que los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y de-

cente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

Reconoce el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán con sujeción a los recursos disponibles, la protección al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

Cabe recordar asimismo que en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce a la familia como elemento básico de toda sociedad y miembro natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, debiendo recibir toda la asistencia y protección necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.-

2.3. LEY NACIONAL Nº 26.061: LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

La Ley Nacional Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes sancionada el día 28/09/2005, promulgada el 21/10/2005 y publicada el 26/10/2005 en el B.O., obligó al Estado a reformar el sistema legal dentro de la agenda política nacional a fin de internalizar el convenio, cumpliendo con ello las obligaciones asumidas por Argentina en sede internacional al suscribir el mismo para que su ratificación no quede en un mero alarde de modernidad jurídica únicamente.

Establece en sus artículos 5 y 7 in fine que es responsabilidad de los organismos públicos del Estado: establecer, ejecutar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas dando prioridad al ejercicio de los derechos del niño.

Esta ley establece bajo el Título III, el Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes aplicable cuando algún derecho o garantía del menor sea lesionado, restringido, amenazado, estableciendo que cuando la amenaza de algún derecho sea consecuencia de una necesidad básica insatisfecha como la vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico.

Asimismo, es preciso destacar que los niños con capacidades diferentes merecen y así se les ha reconocido, una protección especial. En su artículo 15 menciona que los niños o niñas con capacidades especiales tienen además de los derechos reconocidos por la ley, derechos inherentes a su condición específica.

2.4. CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO

En diferentes normas, la Carta Magna Provincial ha receptado previsiones en el sentido indicado precedentemente ya que en diferentes articulados aboga por el reconocimiento de los derechos de los menores de edad.

Así en su artículo 33 dispone que los niños tienen derecho a la protección y formación integral por cuenta y cargo de su familia; merecen trato especial y respeto a su identidad, previniendo y penando el Estado cualquier forma de mortificación o explotación. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer dicha protección.

Por su parte, en su artículo 36 refiere la protección integral a toda persona discapacitada, garantizando su asistencia, rehabilitación, educación, capacitación e inserción en la vida social. Implementa políticas de prevención y procura que la sociedad tome conciencia y adopte actitudes solidarias.-

2.5. LEY PROVINCIAL Nº 2.055

La Ley Provincial Nº 2055 sancionada por la Legislatura de la Provincia de Río Negro el 22/11/1985 –promulgada el 11/12/1985 y publicada el 19/12/1985 en el B.O.– instituye un régimen de promoción integral de las personas con discapacidad tendiente a garantizarles el pleno goce y ejercicio de sus derechos constitucionales que en su Art. 57 dispone que el Estado Provincial procurará a las personas con discapacidad el acceso a la vivienda.

En cada uno de los planes habitacionales oficiales: el 10% del total de viviendas se adjudicará a familias cuyo núcleo familiar conviviente esté integrado por alguna persona con discapacidad y/o a personas con discapacidad que vivan solas y que cumplan con los requisitos previstos por la legislación nacional y/o provincial vigente. En el caso de que no exista demanda o de que la misma no cubra el porcentaje estipulado, las unidades funcionales que queden sin adjudicar pasarán a integrar el cupo de demanda general en las condiciones que fija el Instituto de Planificación y Promoción de la Vivienda (I.P.P.V.).

En los planes habitacionales oficiales con provisión de tierras, el orden de prioridad de adjudicación del porcentaje de viviendas destinadas a personas con discapacidad será establecido por el Consejo Provincial de las Personas con Discapacidad en acuerdo con el Consejo Local del Discapacitado.

El Consejo Provincial de las Personas con Discapacidad deberá responder dentro de los 45 días de recibida la solicitud de prioridades que le efectúe el I.P.P.V. para cada plan indicando orden de prioridad y tipo de discapacidad.

En los planes habitacionales sin provisión de tierras, el orden de prioridad de adjudicación del porcentaje de viviendas será establecido por la entidad intermedia que provea la tierra la cual deberá informar al Consejo Local del Discapacitado, el listado de adjudicatarios con discapacidad y su prioridad.

Y en su artículo 58 establece que el Estado promoverá a través de créditos, subsidios o exenciones impositivas la construcción y/o adaptación de viviendas particulares para grupos familiares con algún integrante con discapacidad, circunstancia por la cual han recibido una tutela especial que atenúe, morigere o limite en todo lo humanamente posible los males de sus condiciones de vida por parte de algún legislador provincial.

En aras de esta tutela que emana del mandato legal, el Estado Provincial se compromete a brindar determinadas prestaciones en materia de seguridad social que el propio legislador ha calificado de integrales.

3. COMENTARIO AL FALLO

Ingresando al análisis del fallo, entiendo que con la totalidad de los elementos recabados ha quedado sobradamente demostrado que la legislación interna e internacional adoptada por Argentina reconoce los derechos de los niños y de los menores con capacidades diferentes.

Sin embargo, huelga destacar que para que ello no quede reducido solamente a una mera declaración carente de aplicación práctica, es obligación inherente e indelegable del Estado garantizar y asegurar el cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos, a través de la adopción de políticas públicas.

Ello ha sido consagrado en el Art. 4 de la CIDN y los Arts. 4,5 y 7 de la Ley Nº 26.061.

Así corresponde al Poder Ejecutivo: diseñar, implementar y ejecutar políticas públicas que generen las condiciones necesarias para mejorar la calidad de vida de los niños y adolescentes y que permitan el goce y ejercicio efectivo de sus derechos, a través de los organismos administrativos competentes creados a tal efecto.

Es decir, la mentada efectividad de los derechos del Niño implica la adopción de políticas públicas en la órbita del poder ejecutivo del Estado ya que si bien es cierto que sin familia los niños no pueden ser cuidados, no pueden crecer y no pueden recibir la protección que merecen por parte de sus familiares directos encargados de su desarrollo y protección. Por otro lado, resulta difícil que el grupo familiar continente pueda garantizar todo ello cuando no tiene techo, ni comida, ni trabajo.

Es necesario mediante la ejecución de políticas públicas, la creación de las condiciones necesarias para que las familias, remediando las dificultades que tuvieran que afrontar en su función puedan cumplir acabadamente y responsablemente su rol.

Del análisis de la situación planteada y de lo resuelto por la Magistrada –sin hesitación– puede afirmarse que surge de autos, la motivación suficiente para otorgar andamiaje a la acción y que el resguardo proteccional, constitucionalmente garantizado es merecedor del tratamiento que la sentenciante le ha prodigado de modo razonable y legal.

En el sublite no sólo se está ante la protección de la garantía constitucional de acceso a una vivienda digna sino que a ello se suma la protección de la niñez y el plus doblemente protectorio cuando se trata de niños con discapacidad.

En autos “PEÑIPIL”² indicó V.E. que ha de tenerse presente que: *“el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Artículo 11, inc. 1 establece que los Estados Partes en el Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”*.-

Del mismo antecedente corresponde citar: *“...Se ha señalado que adoptado un curso de acción por el Ejecutivo, o bien por el contrario verificándose un supuesto de omisión material, el Poder Judicial tiene la posibilidad de examinar –ante un caso concreto– si la alternativa elegida se adecua a las exigencias establecidas por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. No se trata de un análisis de oportunidad, mérito o conveniencia: la cuestión que se pone bajo escrutinio judicial es la idoneidad de la medida implementada para garantizar el acceso de los interesados al derecho (Ver cons. 15.3 de la Cámara de Apelaciones en lo contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 12/3/2002, “Ramallo Beatriz y otros v. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo”; L.L., Suplemento de Derecho Constitucional, 2002-58; y en Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Nº 28, septiembre 2003, p. 30 con cita del Tribunal del caso resuelto por la Corte Constitucional de Sudáfrica, “The Government of de Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom”, caso “C.C.T.”, 11/00, fallado el 4/10/2000, en el cual se analizó la justiciabilidad del*

2 “Peñipil s/Amparo” – SE. 54/10 – STJRN

derecho a la vivienda, con fundamento en el art. 11, párr. 1º, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 26 de la constitución que los rige; cf. "Asociación Civil Miguel Bru y otros c/ Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires s/ legajo de apelación" (cf. La Plata, 5 de mayo de 2009, Registrado bajo el N° 395)".-

En un todo de acuerdo a esta última cita, el análisis del caso ha de apoyarse en la solución a la que ha arribado la Jueza del amparo; y a la hora de ponderar la existencia de aquello que el Estado niega; esto es, la lesión actual y la inminencia de un daño resulta por demás elocuente que precisamente ocurre lo contrario.

En el subexamine se trata del acceso a una vivienda digna lo que implica necesariamente gozar de una vida digna, a la par de la preservación del estado de salud de los niños que integran el grupo familiar de la amparista.

Lo primero no puede tenerse garantizado por la precaria circunstancia de que el Municipio de Cipolletti haya dado en comodato un lugar para que la Sra. S.B.F. y sus hijos habiten temporalmente; y en cuanto a la salud y el riesgo que implica para ambos niños habitar en un sitio que no es recomendable por sus deficiencias estructurales no se soluciona ni se neutraliza la obligación del Estado a que se inste a quien corresponda a fin de solucionar el problema cloacal.

En respaldo del criterio aquí expuesto se ha sostenido que "*...el derecho a la vivienda, al igual que los restantes derechos sociales, implica para las autoridades diferentes niveles de obligaciones, a saber; por un lado obligaciones de respetar y proteger, que requieren que el Estado no adopte medidas que impidan o dificulten su goce y, a su vez, que garantice que terceros no priven a las personas del derecho a la vivienda; por el otro, obligaciones de realizar y promover, que implican el deber estatal de planificar y ejecutar actividades que fortalezcan el acceso de la población a la vivienda, de manera tal que quienes se encuentran en una situación de pobreza puedan superar la crisis y asegurarse una vivienda por sus propios medios. Dentro de ese campo se inscriben todas las iniciativas legales y administrativas adoptadas para facilitar su concreción, entre ellas, obviamente, los planes de vivienda. Constituye un principio cardinal del Estado de Derecho la circunstancia de que, frente a toda exigencia constitucional o legal, la administración no está facultada, sino obligada a actuar en consecuencia. Por todo ello, y de acuerdo a los argumentos vertidos, se ha sostenido reiteradamente que el derecho a la vivienda implica, por su naturaleza, un deber de las autoridades públicas de garantizar un nivel mínimo de efectiva vigencia. Es que, como ya se expresó, en algunos casos será necesario adoptar medidas que con-*

lleven algún tipo de acción positiva, cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcancen estándares mínimos...¹³

De esta forma, cuando un individuo o grupo no puede acceder a una vivienda digna, cuando se vulnera además el derecho de niños con capacidades diferentes, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas pertinentes para proveer al menos en un estadio básico, la satisfacción de ese derecho. Este deber tiene vigencia en especial cuando se trata de grupos extremadamente vulnerables y que viven en situación de extrema precariedad.

De lo expuesto se desprende claramente que los deberes que tiene a su cargo el Estado son deberes de tipo "afirmativo"; es decir, debe llevar adelante decisiones que afirmen el reconocimiento y garantía de derechos.

En este orden de ideas, el Estado tiene el deber de hacer efectivos todos los derechos a los efectos que se configure un cabal cumplimiento de la normativa constitucional y legal. La ciudadanía de las niñas, niños y adolescentes sólo está garantizada si todo el universo de la infancia y en especial de la infancia con capacidades diferentes tiene cubiertas todas las esferas de la misma tales como la civil, la política y la social, sin excepción.

De una interpretación armónica del art. 4º de la Convención de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y de las demás normas de la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional surge claramente que el Estado es el principal responsable para que todos los derechos sociales enunciados no se conviertan en una mera declaración de buenas voluntades.

En función de ello y para culminar, diremos que lo resuelto en autos no sólo robustece la protección de la garantía a una vivienda digna sino que además resalta el rol activo y fundamental del Estado de cumplir con su obligación constitucional de ejercer el doble plus protectorio que conllevan la niñez y la discapacidad, estableciendo de esta manera un sistema de protección de derechos básico, robusto y sustantivo en la satisfacción y respeto por el cumplimiento de los derechos humanos.

3 Cámara de Apelac. en lo Contencioso administrativo y Tributario de la ciudad Autónoma de Bs. As., Sala I – 13/10/2006- "M., M.M. c. Ciudad de Buenos Aires "; Cita Online: AR/JUR/10649/2006.-

EL DERECHO A LA CONVIVENCIA FAMILIAR Y LAS NECESARIAS POLÍTICAS PÚBLICAS TENDIENTES A CUMPLIMENTARLO

ESTADO DE SITUACIÓN EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA

MARÍA ANAHÍ BRARDA¹

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo intentará describir el estado actual de compatibilización y adecuación de la Provincia de La Pampa a los estándares normativos y axiológicos marcados por la normativa internacional constitucionalmente consagrada sobre derechos humanos, en lo que respecta al derecho a la convivencia familiar.

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, como los demás instrumentos internacionales de protección de la familia, exigen no sólo la modificación de leyes sino también el establecimiento de procedimientos y abordajes tendientes a dar efectividad a los derechos reconocidos en sus normas.

En los aludidos instrumentos como asimismo en la Ley Nacional Nº 26.061, se consagra de manera expresa que la familia constituye la institución primordial para que los niños y adolescentes desarrollen el ejercicio pleno de sus derechos, siendo entonces el fortalecimiento familiar el primer eje sobre el cual se deben diseñar las políticas públicas de la niñez y adolescencia.

En el punto primero del presente trabajo se describirá la normativa local vigente en la provincia de La Pampa además del reconocimiento formal o eufemístico de derechos y garantías que significó la sanción de las leyes Nº 1343 y 1556.

Normas que conviven con la ley de organización del fuero de familia y menores Nº 1270 y con el ejercicio del patronato en la provincia, modelo basado en la doctrina de la situación irregular.

En segundo lugar, y a partir de la obligación de adoptar todo tipo de medidas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención sobre los

¹ Abogada - Universidad Nacional de La Pampa. Actualmente se desempeña como Asesora de Menores Sustituta de la I Circunscripción Judicial de la Provincia de La Pampa.

Derechos del Niño (Artículo 4º CDN) se señalará la modalidad de intervención actual, rol desempeñado por la asesoría de menores y de las agencias administrativas a partir de la necesidad de revisar las prácticas y funciones de los operadores del sistema sin dejar de mencionar el fuerte arraigo que tiene en nuestra provincia la cultura proteccionista inspirada en el modelo tutelar.

En tercer orden se analizará concretamente cómo opera en nuestra región el derecho a la convivencia familiar a partir del análisis de casos judicializados, pudiendo conocer y demostrar que las prácticas no han podido internalizar los lineamientos de restitución de derechos, evidenciándose una intervención estatal discrecional que aparece disponiendo medidas que en muchas ocasiones vulneran o abusan del bien jurídico que dicen proteger y en muchos otros casos postergan de manera ilimitada su reconocimiento.

Finalmente, en el punto cuarto se informará respecto del actual tratamiento legislativo del proyecto de ley de protección integral en la provincia no sin dejar de mencionar que el sólo cambio de normas o paradigmas satisface sin más los derechos fundamentales de las personas; concluyendo con algunos aportes para el diseño de las políticas públicas que contemplen la capacitación integral de los operadores y equipos técnicos tanto para desarraigar la cultura tutelar como para replantear la misión de los equipos técnicos y programas estatales desde una mirada que respete el abordaje integral de la familia y sus derechos.

2. NORMATIVA LOCAL. CONSIDERACIONES

De manera previa al tratamiento de la cuestión planteada corresponde hacer referencia a la realidad actual de nuestra provincia y específicamente a la legislación interna vigente en virtud de que, no obstante la sanción de la Ley Nacional Nº 26061, aquí aún se encuentra en aplicación la ley provincial Nº 1270 cuya normativa se estatuye en torno al patronato de menores en cabeza del juez de la familia y del menor y la aparición secundaria del Ministerio de Bienestar Social para actuar en coordinación con el juzgado y asesoría de menores y como organismo de ejecución de los mandatos del juez en su carácter de titular del patronato.

Conforme la letra de la mencionada ley, resulta el juez el organismo con competencia exclusiva para decidir en relación a la situación del menor en riesgo o abandono, disponiendo las medidas de protección aplicables en cada caso como así el destino provisional y ulterior del niño.

El Art. 2 establece que: "En jurisdicción de la provincia de La Pampa, la titularidad del patronato de menores será de los jueces de familia y del menor. Los

asesores de menores y el Ministerio de Bienestar Social a través del organismo respectivo concurrirán para su ejercicio en forma coordinada”.

Con la sanción de la Ley Nº 26.061 se ha intentado su aplicación por lo menos en los principales aspectos de protección de la niñez y adolescencia, instando desde el Poder Judicial a que el organismo administrativo –Dirección General de Niñez y Adolescencia– diseñe las políticas públicas tendientes a dar cumplimiento a la norma nacional e internacional.

Asimismo, y a los efectos de lograr armonizar la legislación nacional con la intervención provincial se ha logrado establecer que el abordaje del caso en particular y su ejecución recaigan en cabeza del poder ejecutivo a través de sus organismos específicos con seguimiento desde el ámbito judicial, intentándose de esta manera la materialización de los preceptos legalmente establecidos a nivel nacional y en consonancia con la normativa internacional constitucionalmente consagrada.

En este orden de ideas se ha iniciado un proceso de reformulación de las intervenciones y su judicialización, a los fines de desterrar los procedimientos asistenciales que se iniciaban a la luz de la ley de patronato, apareciendo en su lugar las medidas de protección y reconocimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes cuya judicialización se plantea de manera excepcional receptando el nuevo paradigma por lo menos desde lo fáctico.

3. ANALISIS DE NUESTRA REALIDAD ACTUAL

3.1. INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL

Como consecuencia de la situación legal descripta tan incongruente como inconstitucional nos encontramos con graves dificultades al momento de abordar la temática, lo que requiere de coordinación, buena voluntad e intervenciones que nada tienen que ver con las utilizadas antaño.

Ello genera que siempre o en la mayoría de los casos, la intervención extrajudicial del poder ejecutivo aparezca a petición del Ministerio Tutelar que está compuesto por dos asesores de menores en toda la provincia, uno en la primera y otro en la segunda circunscripción judicial.

Ambos con competencia multifueros y en la tercera y cuarta circunscripción, interviniendo defensores generales.

La intervención a requerimiento se genera en virtud de que es el ministerio pupilar, el receptor de la mayoría de los informes de los distintos organismos que refieren situaciones de vulnerabilidad, riesgo real o supuesto, maltrato, ausencias del hogar, falta de escolarización, alteraciones de conducta, adicción de

niños, niñas y adolescentes como así sus conductas en conflicto con la ley penal e imposibilidades ciertas en el ejercicio parental.

Es decir, que la aparición de la Dirección de Niñez y Adolescencia como organismo administrativo tanto para la prevención como para la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y en su caso, ejecución de medidas excepcionales, ordenadas en la generalidad de los casos por el juzgado de la familia y del menor, se efectiviza a raíz de una previa petición de intervención que efectúan los órganos del poder judicial: juzgados de familias, asesorías de menores o defensorías generales.

De ello surge de manera palmaria que la actuación del Poder Judicial no ha logrado establecerse en el rol secundario que se pretende sino que continúa con una intervención a modo de actor principal; solicitando abordaje, requiriendo tratamientos interdisciplinarios y hasta sugiriendo las medidas a los fines de su efectivización.

Siendo entonces el organismo administrativo que se mantiene en el rol de subsidiariedad que antiguamente se le atribuyó.

Advirtiéndose en este estado que una de las pautas lineales de las políticas públicas para la niñez resulta de imposible cumplimiento en nuestra sociedad, toda vez que la base de la doctrina de la protección integral no logra establecerse aquí ni readecuar las funciones correspondientes a cada uno de los partícipes en su ejecución y control.

3.2. LA INTERVENCIÓN DEL PODER EJECUTIVO

En el ámbito del poder ejecutivo, la Dirección General de Niñez y Adolescencia es el organismo intrínsecamente vinculado a la protección de los niños, niñas y adolescentes dependiente del Ministerio de Bienestar Social.

Asimismo existen direcciones vinculadas a la temática como son la Dirección de Prevención y Asistencia de la Violencia Familiar, la Dirección de Discapacidad y la Subsecretaría de Adicciones pero poseen como característica peculiar que si la situación que genera su intervención tiene como parte a un niño, algunas de las dependencias mencionadas consideran que no pueden inmiscuirse en la cuestión por tratarse de niños cuyo abordaje es materia exclusiva de la Dirección de Niñez y Adolescencia.

Por lo que en muchos casos la intervención se dilata y genera violación a los derechos fundamentales de la niñez por planteos de incompetencias administrativas, debiendo aparecer nuevamente el Poder Judicial a los fines de lograr

la coordinación y participación de las distintas áreas tendientes al abordaje integral del caso.

En cuanto a la Dirección General de Niñez y Adolescencia, órgano provincial a cargo de la planificación y ejecución de las políticas públicas de la minoridad según la Ley Nº 1270, no podemos dejar de advertir su ausencia de recursos, la insuficiencia de profesionales que puedan abordar la gran cantidad de intervenciones que diariamente se plantean.

Lo que deviene en una atención insuficiente en muchos de los casos con seguimientos mensuales, la desnaturalización de la finalidad de protección y la prolongación extrema en el tiempo de seguimientos en muchos casos extendidos durante años, olvidándose que la urgencia y la gravedad son los motivos por los que se requiere su intervención.

En consecuencia, la necesidad de inmediatez en el trabajo con niños en riesgo y grupos familiares en conflicto resulta muy difícil de cumplimentar, generándose intervenciones que no logran la finalidad perseguida.

En cuanto al fortalecimiento familiar y la realización de acciones positivas tendientes a garantizar las prestaciones básicas y necesarias para el desarrollo integral dada la plataforma fáctica descrita –si bien en muchos casos tales circunstancias son atendidas– no en todas las situaciones se logra el resultado esperable ni a tiempo, muchas veces el acompañamiento es tardío y cuando ello ocurre resulta complejo poder lograr la solución de situaciones que pasaron a ser extremas a consecuencia de las deficiencias propias del sistema.

El problema que aquí se advierte tiene relación no ya con la solución de cuestiones de índole económica ya que existen numerosos programas de ayuda a través de los cuales se brinda asistencia alimentaria, habitacional y de insumos pero lo que resulta de gran complejidad es el abordaje tendiente al fortalecimiento y preservación del grupo familiar con indicadores claros de necesidad de acompañamiento.

Así se complejiza el garantizar la asistencia terapéutica sanitaria cada vez que el abordaje se estima como fracasado ante la negativa de los involucrados de recibir asesoramiento técnico.

En igual sentido, en oportunidades se propone la asistencia del acompañante terapéutico a los fines de asistir a grupos en crisis pero en la mayoría de los casos su intervención se frustra por falta de recepción de la familia.

De lo que surge que el trabajo anterior de prevención tampoco cumplió su cometido ya que tanto la concientización de la situación como su involucramiento y su compromiso no han logrado ser receptados y entendidos como tales.

La utilización de prácticas estandarizadas que responden a la vieja corriente basada en la doctrina irregular no hacen otra cosa que mantener incólume a la familia sin otorgar posibilidades ciertas de modificación de las circunstancias que las colocaron en situación de "riesgo"; rotulando a sus integrantes por las conductas asumidas en lugar de situarlos en posición de beneficiarios del sistema y receptores del mayor esfuerzo tendiente a la superación del nexo conflictivo a través de la ejecución de aquellas políticas públicas que resulten apropiadas.

3.3. DESCENTRALIZACIÓN

En igual sentido no resulta fácil de cumplir con la necesaria descentralización de los organismos estatales.

En muchos casos, y frente a la gran cantidad de intervenciones requeridas a la Dirección de Niñez y Adolescencia se intenta el compromiso de las áreas de acción social de los municipios.

Si bien existen áreas comprometidas con la protección integral, en la mayoría de los casos requieren el apoyo del organismo provincial no pudiendo dar cumplimiento a su específica función de manera independiente y sin el acompañamiento de la Dirección de Niñez y Adolescencia.

Por lo que resulta complejo lograr la distribución de las políticas públicas ya que son los propios organismos municipales que en un intento de descentralización son quienes solicitan participación conjunta a modo de soporte por lo que el organismo provincial sigue en la misma situación compleja en cuanto a la imposibilidad de delegación.

Asimismo, en casos de niños en situaciones extremas, los organismos municipales consideran que es la Asesoría de Menores o la Dirección General de Niñez y Adolescencia quienes cuentan con potestad exclusiva para solicitar la materialización de las medidas excepcionales de retiro, demostrando la ausencia de posibilidades ciertas de compromiso con la preservación de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y terminan truncando un trabajo más integral.

En cuanto a organismos no gubernamentales existen organizaciones tendientes a la asistencia familiar, prevención, protección y hasta incluso de cobijo de niños en situación de orfandad, desamparo familiar o con necesidad de tratamiento pero poseen cupos reducidos, y sus requisitos para la incorporación distan de la inclusión de niños y/o grupos familiares cualquiera sea su situación.

Ello en virtud de que conforme su característica de no gubernamental y por su autonomía establecen amplios requisitos de admisión, y si bien en muchos casos estas organizaciones resultan fundamentales para el abordaje de situaciones problemáticas, en muchos otros y frente a las condiciones fijadas no resultan de utilidad para la función de protección y preservación de los niños, niñas y adolescentes y grupos familiares extensos por no lograr observarse todos y cada uno de los recaudos preestablecidos que habilitan la admisión y el tratamiento para los cuales se han organizado.

De ello se desprende la clara necesidad de formar y capacitar a los técnicos intervinientes a la luz del nuevo paradigma de protección integral en virtud de que su implementación resulta de imposible cumplimiento sin la intervención y asistencia de todos los operadores vinculados con la preservación de la niñez y la familia

4. DERECHO A LA CONVIVENCIA. ANÁLISIS DE SITUACIÓN EN CASOS JUDICIALIZADOS. ROL DEL PODER JUDICIAL Y LA ACTUACIÓN DE LOS ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS EN CASOS JUDICIALIZADOS

Durante largo tiempo, la característica que revestían los casos sujetos a judicialización era una extremada extensión en el tiempo.

Muchos de ellos con prolongadas intervenciones innecesarias por advertirse que la situación de urgencia que diera inicio al trámite había desaparecido o, lo que es peor, nunca se había acreditado.

Muchos otros que por desidia de los organismos pertinentes terminaban generando la postergación de los derechos de los niños sin mediar justificación alguna.

Así se advertía que en los primeros de ellos, el grupo familiar se había reorganizado con o sin ayuda externa pero se continuaba con el seguimiento de técnicos que se inmiscuían en la intimidad del grupo familiar para relevar su situación, remitiendo un informe del procedimiento asistencial, tomando vista del mismo la asesoría de menores, y ordenando el juzgado respectivo su incorporación en las actuaciones.

Sólo en casos excepcionales se requería alguna medida alternativa y rara vez se cumplimentaba en término.

Desconociendo cuál era el motivo por el que se mantenían en trámite dichos expedientes cuando no se advertía situación alguna de riesgo, disfuncionalidad ni puesta en crisis del superior interés de los niños involucrados.

Ello originó un proceso tendiente a la regularización de tales procedimientos, intentando una solución favorable que receptara y reconociera los principios fundamentales que rigen en la materia por lo que con la resolución del cese de la intervención se logró armonizar la normativa con la intervención generada pese a que ese grupo familiar no fue remediado en relación a los extensos períodos de tiempo sujetos a monitoreo estatal.

Lo más grave eran aquellos procesos en los cuales el derecho a la convivencia familiar se había truncado, habiendo ejecutado retiros de niños desde muchos años antes sin haberse realizado en tales procesos trabajo alguno con el grupo familiar de origen ni propuesta superadora tendiente a la reorganización y revinculación de los involucrados en la situación de conflictividad oportunamente constatada.

El mecanismo desarrollado en relación a las medidas excepcionales del Artículo 39 de la Ley Nº 26.061 distaba enormemente de su finalidad real.

En primer lugar porque la excepcionalidad muchas veces no era tal, y asimismo, porque el lapso de tiempo que debía ser el menor posible parecía aplicar la regla inversa en muchos casos con niños institucionalizados por hasta siete años.

Los niños eran retirados de sus hogares y el trabajo con la familia de origen no aparecía, sólo se contenía al niño en hogares sustitutos durante años con escasas medidas tendientes a la reparación de aquellas consecuencias dañosas advertidas en los niños a consecuencia de la causal originaria de la medida.

En relación a los progenitores y/o adultos responsables de los menores, los técnicos aguardaban que hicieran voluntariamente su aparición en el programa familias de contención bajo el cual se receptaba a los menores para someterse a tratamiento.

No había notificaciones ni informes de propuestas de trabajo con el núcleo familiar y en muchos casos tampoco para con los niños a quienes sólo se les garantizaba escolarización y un hogar.

Se debe destacar en cuanto al hogar en el que se les brindaba cobijo que si bien debía revestir el carácter de transitorio por los extensos períodos de tiempo en que los niños permanecían en ellos, pasaba a adquirir la característica de permanente.

A su vez, y por las condiciones del sistema, a los niños institucionalizados se los iba trasladando de familia en familia existiendo casos de niños que a lo largo del procedimiento cambiaron de familia sustituta hasta en siete oportunidades.

Es decir, que de ello surge claramente que el derecho a la convivencia familiar no era receptado como un principio fundamental en torno al cual trabajar

sino que frente a un mínimo indicador de riesgo, el niño era privado de su entorno familiar y su regreso, si se lograba, era luego de extensos períodos de tiempo en los cuales ninguna política pública se instrumentaba con el grupo de origen y la causal inicial por la que se arribaba a la medida excepcional no se abordaba sino en una última instancia para materializar la restitución.

Arribándose a la ansiada restitución, sea por proximidad a la mayoría de edad del niño retirado o por causas ajenas a la acreditación del riesgo denunciado.

En muchas de estas circunstancias, el tratamiento médico, terapéutico o de otra naturaleza que resultaba necesario para la reparación de consecuencias gravosas que habría generado en el niño el supuesto riesgo al que fuera expuesto nunca se ejecutaba o se iniciaba y luego por hechos ajenos al niño era descartado.

Actualmente, si bien se observan cambios en el abordaje de la cuestión no resulta posible aseverar la recepción por parte de los organismos a cargo de las políticas públicas del derecho a la convivencia como norma rectora y fundamental.

Así, en la generalidad de los casos de niños separados de su grupo conviviente; los profesionales como primera medida, los alojan en los sistemas alternativos bajo su órbita y disponen la privación de contacto con sus progenitores y su familia ampliada por lapso incierto, fundamentando ello en la necesidad de trabajo inicial sin contacto ni relación para luego evaluar la conveniencia de la visita.

Esto ha generado que judicialmente al autorizarse la medida excepcional requerida expresamente se disponga el mantenimiento de contacto con la familia biológica del niño, niña o adolescente salvo circunstancia que indique grave perjuicio para el caso de mantener la vinculación.

El trabajo inicial mencionado aparece frustrado si los progenitores no se acercan por propia voluntad a los programas o si llegan fuera de horario o si no hay turnos para su asistencia.

Si se logra su voluntaria asistencia se indican las pautas a cumplir sin límites en el tiempo y sujetas a la asistencia pero durante este período parecería que la regla sigue siendo la ausencia de contacto con los niños.

Si finalmente se supera la primer etapa y comienzan las visitas, los profesionales siempre requieren autorización judicial para materializarla así como la ampliación a la visita domiciliaria y en el caso de una restitución –hasta que no se obtiene una orden judicial que así lo indique –la revinculación definitiva no se cumple, más allá de que se encuentren acreditadas las condiciones desde tiempo atrás.

Todo ello genera que en ocasiones los padres logren contacto con sus hijos por fuera del sistema y mediante acuerdos con los guardadores, lo que acarrea graves desencuentros entre los responsables del seguimiento y el grupo familiar involucrado quedando los niños en el medio de la situación por cuya protección todos deberían velar.

A los fines de superar estas circunstancias, se ha establecido como regla desde el ámbito judicial que inmediatamente después de la autorización para cumplimentar la medida excepcional del Art. 39 de la Ley 26.061, se convoque a audiencia a los progenitores, equipos técnicos y asesor de menores por ante el juzgado de la familia y del menor.

A través de ello se pretende garantizar la finalidad de la medida y la intervención de las partes en las actuaciones, informando a los padres en primer lugar de los motivos que dieran lugar a la concesión de la autorización del retiro de los niños como así el lugar de ubicación de sus hijos, la propuesta de abordaje planteada, la extensión en el tiempo, la conducta que asuman, los riesgos para el caso de reiterados incumplimientos, el contacto directo con los responsables del abordaje del caso y por supuesto para garantizar el derecho de defensa y asistencia letrada a lo largo del proceso.

Todo ello reviste singular importancia, en virtud de que lo que se advertía en las viejas actuaciones que no era sólo la ausencia de trabajo con el núcleo familiar sino la total desinformación en relación a la situación e incluso el desconocimiento del lugar de alojamiento de los hijos y la familia a cargo de su protección.

Se pretendía un compromiso unilateral en virtud de que se requería que voluntariamente estos padres se sometían a un abordaje, el cual les resultaba completamente ajeno y desconocido.

Esto se sumaba a que en muchos casos veían vulnerado el derecho a la convivencia familiar de manera repentina y a raíz de una medida excepcional ejecutada sin notificar los motivos e impidiéndoseles el concreto ejercicio de su defensa.

En consecuencia, y frente a tal realidad, los organismos judiciales no sólo aparecen para ejercer el control de legalidad judicial cuya competencia resulta indiscutible sino que han asumido a su cargo el contralor del abordaje y del trabajo de los técnicos, requiriendo la incorporación de información de manera constante a los fines de garantizar la asistencia y cumplimiento de los deberes atribuidos a los órganos administrativos.

Con este nuevo escenario, lo que se pretende es el reconocimiento del niño como tal, evitando la antigua "cosificación" que se hacía del mismo al incorporarlo a un proceso que tenía como cimiento el reconocimiento de su interés superior pero ello desde lo discursivo en virtud de que a los fines de su

protección y restitución de derechos ninguna política pública ni acción positiva se advertía.

Asimismo, se busca lograr la implementación de manera inmediata de aquellas medidas que a criterio de los profesionales a cargo del abordaje resulten apropiadas para la superación de las situaciones de exclusión que ocasionan la vulneración de derechos fundamentales con activa intervención de los organismos judiciales en ejercicio del poder de contralor.

5. ANTEPROYECTO PROVINCIAL DE LA LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En la actualidad se encuentra en pleno tratamiento el anteproyecto de la nueva ley provincial de protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El mismo adopta, como la mayoría de las adhesiones de las restantes provincias, el esquema reconocido por la Ley Nacional Nº 26.061, colocando al Ministerio de Bienestar Social como autoridad de aplicación de la norma, y a cargo del diseño y ejecución de las políticas públicas de protección y promoción de los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, recepta el paradigma de protección integral en sus tres estadios: prevención, protección y medidas excepcionales, estableciendo en relación a estas últimas que serán debidamente fundadas con proyectos de trabajos específicos que recepten la individualidad del grupo familiar, fijando como objetivo el reintegro del niño al seno familiar.

Consagra expresamente las pautas de descentralización y desconcentración, la intervención coordinada de organismos administrativos provinciales y municipales y permite la participación de organismos no gubernamentales.

Reconoce el rol subsidiario del Poder Judicial y la intervención del "letrado patrocinante del niño cuando se hubiera designado".

En consecuencia, si bien no establece la obligatoriedad de la designación del defensor del niño por lo menos de manera inicial reconoce su participación en el proceso más allá de la intervención del asesor de menores.

Un punto importante que surge de esta nueva legislación es que reconoce la necesidad de capacitación y formación de profesionales, técnicos y empleados vinculados a áreas de niñez y adolescencia.

Considero que resulta primordial, a la luz del análisis efectuado a lo largo de este trabajo, la capacitación de los operadores y equipos técnicos intervinientes a fin de que se logre focalizar el problema y diseñar el abordaje específico.

co, tomando al grupo familiar de manera individual con políticas específicas de acuerdo a su conformación, pautas culturales por las que se rige, necesidades y conductas que los colocan en situación de exclusión y vulnerabilidad.

A través de ello lograr la internalización de los lineamientos de la doctrina de protección integral, partiendo de la necesidad inicial de prevención, fortalecimiento familiar y la preservación del derecho convivencial, invirtiendo de esta manera el fuerte arraigo con que permanece en el sistema la doctrina irregular.

Si bien la modificación de la normativa vigente no genera por sí sola la modificación de las situaciones de hecho que se vienen advirtiendo, considero que resulta de primordial importancia, básicamente porque frente a la reforma legislativa aparece la necesidad de una readecuación, y ella debe surgir a través de nuevas políticas públicas que recepten la promoción de la niñez, adolescencia y familia que actúen como restrictivas ante la discrecionalidad que resultaba característica de las viejas prácticas instauradas bajo el amparo de las leyes de patronato.

La existencia de normas claras, congruentes y que recepten estándares constitucionalmente reconocidos aparece como puntapié inicial a los fines de traer luz a la situación tan compleja como preocupante que se advierte en nuestro sistema actual donde resulta complicado en demasía, la instauración de roles y competencias asignadas a los distintos organismos así como el futuro de los niños, niñas y adolescentes que por su situación de vulnerabilidad se encuentran sometidos a procesos cuyo fin siempre debe obedecer a su protección y al reconocimiento de sus derechos.

EL ACCESO AL DEBIDO PROCESO LEGAL Y LA FIGURA DEL ABOGADO DEL NIÑO

REFLEXIÓN A PARTIR DE UN CASO EN LA PROVINCIA DE MISIONES

MARIO ANTONIO FIORAVANTE¹

1. CASO

El caso que motiva el presente trabajo es un pedido formulado a un Juez de Familia de la Ciudad de Posadas, Misiones, por una niña de catorce años de edad que se encontraba embarazada a consecuencia de una violación de un pariente próximo (tío) para obtener autorización para abortar dado que los profesionales del servicio de salud público provincial se negaban a realizar el aborto con la sola manifestación de voluntad de la niña y de sus progenitores.

El pedido no tuvo decisión favorable por razones ajenas a la que motiva este trabajo dado que los progenitores aceptaron recibir asistencia económica para hacer frente al nacimiento del niño concebido.

Lo relevante del caso es que el pedido fue efectuado por sus progenitores con el patrocinio letrado del representante del ministerio público, en su carácter de "Defensor de Pobres" y en la causa únicamente intervino el "Defensor de Menores" en ejercicio de la representación promiscua. Se omitió designar el "abogado del niño" para que asista y patrocine independientemente a la niña y se asegure de que su opinión sea tenida en cuenta.

2. INTRODUCCIÓN

Los niños y niñas tienen el derecho de contar con asistencia letrada autónoma para que los asista y patrocine en todo proceso judicial o administrativo que lo afecte y, por consiguiente, pesa sobre los órganos judiciales y administrativos sean nacionales, provinciales o municipales, la obligación inexcusable de garantizar la intervención activa del niño a través de la "asistencia letrada

¹ Abogado. Profesor en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Profesor Auxiliar de las Cátedras de Filosofía del Derecho y de Derecho Internacional Privado de la Universidad Católica de Santa Fe, Delegación Posadas, Misiones. Funcionario del Poder Judicial de Misiones. Maestrando de la Maestría en Magistratura Judicial de la Universidad de Buenos Aires.

autónoma” y, en caso de no contar con uno, arbitrar los medios necesarios para proceder a su designación.

3. EL “ABOGADO DEL NIÑO” EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

En principio, la Convención de los Derechos del Niño no contempla expresamente y con carácter autónomo la figura del “abogado del niño” solo contempla el derecho de defensa técnica para los niños sometidos a procesos penales.

El artículo 40 expresamente dispone: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes ...[a disponer]... de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa”².

Por su parte, el artículo 37 dispone: “los Estados Partes velarán por que: ... d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada”.

La Convención no contempla explícitamente la defensa técnica en otros ámbitos que también tienen potencialidad de restringir derechos de los niños, niñas y adolescentes, como ser los procesos administrativos y procesos judiciales civiles, comerciales y laborales.

A pesar de posibles interpretaciones restrictivas, los niños y niñas son titulares del derecho de defensa en todo proceso administrativo o judicial que los afecte.

El derecho de defensa comprende dos facetas: a) la defensa material o derecho a ser oído y b) la defensa técnica o el derecho a una asistencia jurídica especializada³.

a. En primer término, válidamente puede sostenerse que el “derecho a la asistencia letrada” y a “designar a un abogado de confianza” deriva del “derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta” que se encuentra consagrado en el Artículo 12 de la Convención: “1. Los Estados Partes garantizarán al

2 Convención sobre los Derechos del Niño, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Fecha de actualización: 20 de Noviembre del 2011. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

3 Pinto, G. (2001). “La Defensa de Niños, Niñas y Adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño”. “Revista Justicia y Derechos del Niño”, UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, Buenos Aires, Nº 3, p. 131. Disponible en: http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/70/Justicia%20y%20derechos%203.pdf

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 de procedimiento de la ley nacional”.

La norma no efectúa distinción alguna entre procesos penales o no penales sean judiciales o administrativos⁴. Por consiguiente, el derecho a ser escuchado debe ser reconocido y garantizado en todo proceso que afecte a un niño o niña sin distinción alguna⁵ y consecuentemente el derecho de defensa.

El derecho a ser oído en un proceso determinado implica el derecho de participar activamente y desde su inicio en la toma de cualquier decisión⁶.

Y para ello, es indispensable la defensa jurídica autónoma del niño. El involucramiento del niño en el proceso implica estar informado de todas sus contingencias aún de las decisiones de mero trámite, sus consecuencias en el fondo del asunto y, especialmente, de las posibles consecuencias en sus derechos. Y que dicha información debe ser comprensible y comprendida por el niño, según su grado de madurez⁷.

Esto se relaciona con las medidas para garantizar la observancia del derecho a ser oído⁸ y es impracticable sin patrocinio jurídico autónomo⁹.

4 Un procedimiento administrativo equiparable a un proceso penal sería la aplicación de sanciones en un establecimiento escolar.

5 Comité de los Derechos del Niño, “Observación General Nº 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párrafo 32, p.12. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/455/17/PDF/G0345517.pdf?OpenElement>

6 Couso, J. (2006). “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”. “Revista de Derechos del Niño”, UDP/UNICEF, Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Oficina de Chile. Chile, Santiago de Chile, Nº 3 y 4, p. 156. Disponible en: http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf

7 Comité de los Derechos del Niño, “Observación General Nº 12 (2009)...”, párrafo 34, p.12.

8 Comité de los Derechos del Niño, “Observación General Nº 12 (2009)...”, párrafos 41-47, p.13-14.

9 Couso, op. cit., p. 158. Millán, P., Villavicencio, L.. (2002). “La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección”. “Revista de Derechos del Niño”, UDP/UNICEF, Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia. Oficina de Chile. Chile, Santiago de Chile, Nº 1, p. 65.

Disponible en: http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/10/RevistaDerechos1.pdf

Caso contrario, habría que citarlo tantas veces como decisiones o contingencias se produzcan o eventualmente puedan producirse en el proceso lo que se constituiría en una carga insostenible para el niño.

Y, terminaría conspirando con la garantía de la celeridad de los procesos¹⁰. Lo que no implica que no deba escucharse directamente al niño; por el contrario, siempre que sea posible, el niño debe ser escuchado directamente por el órgano decisor¹¹.

Sin asistencia letrada autónoma, se expone a que su voluntad pueda ser tergiversada por el órgano administrativo o judicial, no por mala fe sino aún más grave con estricta finalidad tutelar: "solo los adultos saben verdaderamente lo que los niños y niñas necesitan y son los verdaderos y autorizados intérpretes de sus decisiones".

Desde esa perspectiva, la figura del "abogado del niño" es extraña y lleva a confusión.

"El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor/es), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad)"¹².

Ahora bien, la elección del abogado del niño debe ser ejercida personalmente por el propio niño de acuerdo a su grado de madurez como consecuencia del principio de la autonomía progresiva consagrado en el Artículo 5 de la Convención¹³ sin perjuicio del control del órgano judicial o administrativo y del representante promiscuo de las condiciones personales del designado, de su relación con alguno de los representantes legales del niño y de su actuación profesional en el proceso¹⁴.

"La adopción de una medida que afecta al niño tras haber considerado debidamente su opinión es en un sentido sustancial una decisión distinta de mucha mayor calidad que la 'misma' decisión adoptada sin tomar en cuenta esa opinión"¹⁵.

10 Ídem. Artículo 3 de la "Convención sobre los Derechos del Niño – Artículo 8, inciso 1, de la "Convención Americana de Derechos Humanos" – Artículo 14, inciso 1, del "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

11 Comité de los Derechos del Niño, "Observación General Nº 12 (2009)...", párrafo 35, p.12.

12 Comité de los Derechos del Niño, "Observación General Nº 12 (2009)...", párrafo 37, p. 13.

13 Couso, J., op. cit, p. 151-153.

14 Mizrahi, M. L. (2011): "Intervención del niño en el proceso. El Abogado del Niño", Diario La Ley del 11/10/2011, p. 11. Disponible en:
<http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/documentVM?rs=&vr=&src=doc&docguid=iEDEE4C8C9E3BF487B1EF9D209BBBC464&spos=&epos=1&td=&openLocator=>

15 Íbidem, p. 154.

El propio niño o niña es el protagonista en sentido más amplio de la decisión que debe adoptar por el órgano interviniente; no basta simplemente con ser oído sino que es necesario que participe activamente en la decisión¹⁶.

La existencia de capacidad para formarse opiniones sólo puede determinarse en referencia a las circunstancias particulares del caso, debiendo partirse de la premisa de la capacidad suficiente del niño¹⁷.

Debe darse suficiente audiencia al niño o niña para que manifieste personalmente si desea designar algún profesional de su conocimiento y confianza y, sólo después, proceder a la designación de oficio por el juez de la causa, con intervención de los representantes legales¹⁸.

La circunstancia que carezca de capacidad suficiente no significa que resulte innecesaria la designación del "abogado del niño"¹⁹.

b. En segundo término, el Artículo 4 expresamente establece principios de interpretación de las normas contenidas en la Convención al disponer: "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado".

Es decir, consagra el principio "pro homine" como pauta hermenéutica de las normas convencionales y de los derechos consagrados en las mismas²⁰; en virtud del cual: "ante una pluralidad de normas aplicables a una misma situación jurídica, el intérprete debe elegir la norma que brinde una protección más favorable para la persona humana en sentido de darle la mayor extensión posible a las que consagran derechos y el menor alcance posible a las que posibilitan restricciones, limitaciones o suspensiones"²¹.

c. Ahora bien, dicho principio actúa armónica y subordinadamente con el "principio del interés superior del niño"²² consagrado en el Artículo 3 de la Convención en mérito que será este último el que determinará "cuál" de las normas

16 Ídem.

17 Comité de los Derechos del Niño, "Observación General Nº 12 (2009)...", párrafo 20, p.9.

18 Comité de los Derechos del Niño, "Observación General Nº 12 (2009)...", párrafos 42-43, p.13-14.

19 Mizrahi, M. L., op. cit., p. 9.

20 Pinto, G., op. cit., p. 133.

21 Manili, P. L. (2005). "El bloque de Constitucionalidad. La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentina", Buenos Aires, La Ley, p. 218-226.

22 Pinto, G., op. cit., p. 133.

o interpretaciones legales aplicables resultará la más favorable para la persona del niño o niña.

Es decir, actúa como pauta hermenéutica de las normas aplicables y, fundamentalmente, de las prácticas relacionadas con su aplicación.

No obstante, también actúa como pauta de integración de lagunas reglamentarias derivadas del incumplimiento por los órganos del Estado y como pauta de impulso de medidas de acción positiva tendiente a dar efectividad oportuna al derecho a contar con asistencia letrada en todo proceso²³.

El principio del interés superior del niño es interdependiente y complementario con el derecho a ser oído; uno determina el objetivo a alcanzar y el otro, la metodología para lograrlo²⁴.

El principio del interés superior del niño fundamenta la obligación de los Estados parte a garantizar que los responsables de adoptar medidas escuchen a los niños²⁵.

Es decir, la falta de regulación explícita del derecho de asistencia letrada en procesos no penales y del derecho a designar a un abogado de confianza en las normas convencionales no debe ser entendida como su negación.

Por el contrario, los órganos de los Estados Parte no sólo deberán reconocerlos sino que deberán garantizarlos con medidas apropiadas y oportunas.

c. A igual conclusión se arriba de atenernos a la Opinión Consultiva OC 17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶ cuando afirma: “En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.

d. El derecho de defensa se encuentra consagrado explícitamente en la “Convención Americana de Derechos Humanos” y en el “Pacto Internacional de De-

23 Dutto, R. J. (2011) “El Principio del mejor interés del niño y sus derivaciones procesales”, XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Comisión Nº 3: Derecho Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia, p. 2 y 9. Disponible en: http://www.procesalsantafe2011.com/wp-content/uploads/2011/05/Dutto_Ricardo_FCL.pdf

24 Comité de los Derechos del Niño, “Observación General Nº 12 (2009)...”, párrafos 70-74, p.19.

25 Ibidem, párrafo 70, p. 19.

26 Opinión Consultiva OC 17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 102.

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

rechos Civiles y Políticos"²⁷, que poseen jerarquía constitucional en mérito al Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

La Convención Americana consagra explícitamente el derecho irrenunciable a la asistencia letrada libremente elegida o a la asistencia gratuita proporcionado por el Estado (Artículo 8, inciso 2, "d" y "e"²⁸).

El Pacto consagra iguales garantías con similares términos que consagra el derecho de toda persona de ser asistido por un abogado de su elección (Artículo 14, inciso 2, "b" y "d"²⁹).

Sin perjuicio de reconocer que tales disposiciones se refieren a procesos penales, válidamente pueden ser extensibles a todo proceso no penal, administrativo o judicial en lo que se encuentre afectado un niño. Como derivación del principio hermenéutico "pro homine" contemplado en ambos tratados (Artículo 29 de la Convención Americana y Artículo 5 del Pacto) y de las circunstancias que ambos consagran del derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva (Artículo 8, 1, de la Convención Americana y Artículo 14, 1, del Pacto) que comprende el derecho a la asistencia letrada³⁰.

4. SITUACIÓN LEGAL ACTUAL, NACIONAL Y PROVINCIAL

4.1. NIVEL NACIONAL

La figura del "abogado del niño" se encuentra consagrada en el Artículo 27, inciso "c", de la Ley N° 26.061 cuando dispone:

"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... los siguientes derechos y garantías: ... 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."

Es decir, se reconoce enfáticamente:

27 Millán, P., Villavicencio, L.. op. cit., p. 68.

28 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

29 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

30 Millán, P., Villavicencio, L.. op. cit., p. 68.

a. La existencia de una obligación legal en cabeza de los organismos del Estado de garantizar a todo niño en cualquier proceso judicial o administrativo que los afecte la asistencia letrada autónoma.

Y, de atendernos a las prescripciones contenidas en los Artículos 5, cuarto párrafo, y 29, de la Ley Nº 26.061 dicha obligación debe cumplirse con “absoluta prioridad” y con sujeción al “principio de efectividad” que persigue como estricta finalidad la de garantizar el ejercicio oportuno y adecuado de los derechos de los niños.

Dicha obligación pesa sobre todos los órganos del Estado Argentino sin distinción alguna: sean nacionales, provinciales o municipales; sean de cualquiera de los poderes del Estado, legislativo, ejecutivo y judicial. Los que deben adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole para garantizar a todo niño, la asistencia letrada de un abogado de su confianza desde el inicio del procedimiento (Artículo 5, cuarto párrafo, de la Ley Nº 26.061).

Es decir, pesa sobre el Poder Legislativo sea nacional, provincial o municipal (especialmente sobre éstos últimos); la obligación de dictar las leyes en sentido formal y material que pongan en ejecución el derecho a la asistencia letrada gratuita y oportuna de todo niño o niña en todo proceso administrativo o judicial y, fundamentalmente, establecer las consecuencias jurídicas para los funcionarios estatales que impidieron arbitrariamente su ejercicio en tiempo oportuno o, directamente, lo desconocieron por cuestiones puramente formales (ej.: inexistencia de servicios jurídicos estatales o ausencia de reglamentación por el Poder Ejecutivo).

El Artículo 5 de la Ley Nº 26.061 establece que “toda acción u omisión” de los órganos estatales en el diseño y establecimiento de políticas de promoción y protección de los derechos fundamentales de niños o niñas constituye un acto antijurídico y pasible de sanciones.

El establecimiento de un régimen adecuado de sanciones administrativas o penales, según el caso, constituye un excelente auxilio para el efectivo ejercicio de los derechos consagrados en tratados internacionales de derechos humanos.

También, pesa sobre el Poder Ejecutivo, sea nacional, provincial o municipal, crear y organizar los servicios jurídicos estatales o privados que efectivicen la asistencia letrada a todo niño o niña sujeto a sus respectivas jurisdicciones.

Finalmente, pesa sobre los órganos del Poder Judicial, sea nacional, provincial o municipal cualquier sea el fuero o instancia, controlar el adecuado y oportuno cumplimiento del derecho a la asistencia letrada en todo proceso judicial donde intervengan.

Y, fundamentalmente, en caso que el Poder Ejecutivo haya incumplido las obligaciones a su cargo de crear y organizar los servicios jurídicos estatales o privados, adoptar las medidas procesales oportunas y adecuadas para garantizar a todo niño o niña sometido a proceso la asistencia letrada autónoma, independientemente de la intervención del representante del ministerio público pupilar.

Corolario de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino en los tratados internacionales de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional y que fundamentan su exigibilidad jurídica.

b. La existencia de un derecho a la asistencia letrada autónoma para todo niño en todo proceso judicial o administrativo.

Que comprende el "derecho de designar personalmente a un abogado de su confianza" conforme a su madurez y desarrollo o a través de sus representantes legales; consecuencia del derecho a ser oído y a participar activamente en el proceso (Artículos 3, inciso "b", 24 y 27, incisos "a" y "d", de la Ley N° 26.061)³¹.

Mal podría predicarse que en un proceso determinado, un niño o niña fue oído adecuadamente si se le desconoció el derecho de designar a su abogado de confianza.

Por su parte, el Artículo 27 del Decreto Nacional N° 415/06, reglamentario del inciso en cuestión, expresamente reconoce que:

a. El "derecho de asistencia letrada" incluye el derecho de todo niño de designar a un abogado de su confianza para que lo asista y defienda en todo proceso administrativo o judicial donde estén en juego sus derechos e intereses.

b. La intervención del "abogado del niño" se realizará en todo proceso administrativo o judicial sin perjuicio de la intervención promiscua del representante del Ministerio Público Pupilar.

Es decir, se reconoce la intervención simultánea y no excluyente del "abogado del niño" y del representante del Ministerio Público Pupilar ("defensor de menores").

Lo que implica que no es suficiente la intervención del "defensor de menores" para dar cumplimiento con las prescripciones de la norma legal sustantiva.

c. A continuación, se "convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la Ley N° 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públi-

³¹ Mizrahi, M. L., op. cit, p. 9.

cos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades”.

Es decir, sin perjuicio de reconocer que el derecho consagrado en la norma del inciso “c” del artículo 27 de la Ley Nº 26.061 es de naturaleza sustancial y, por consiguiente, de aplicación y exigibilidad inmediata en todo el ámbito de la República Argentina; reconoce la forma de su concreción en los procesos administrativos o judiciales en trámite ante las jurisdicciones provinciales debe quedar deparada a las autoridades locales.

Lo que no implica someter a condición alguna el cumplimiento o la exigibilidad de la garantía consagrada en la norma en cuestión. La garantía de la “asistencia letrada” designada por y para el niño es inmediatamente exigible a las autoridades administrativas o judiciales provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires.

La obligación de las autoridades locales es la de garantizar la existencia de servicios jurídicos que efectivicen el acceso al derecho a la asistencia letrada autónoma y, por consiguiente, su falta de reglamentación del derecho en el ámbito local no puede oponerse como justificación para su incumplimiento en un proceso administrativo o judicial determinado.

4.2. NIVEL PROVINCIAL

En el ámbito de la Provincia de Misiones, la figura del “abogado del niño” se encuentra consagrada en el Artículo 31, inciso “d”, de la Ley II - Nº 16 (Antes Ley 3820)³²: Garantías procesales. El Estado garantiza a los niños, niñas y adolescentes en todo proceso legal, los principios y garantías procesales reconocidos a las personas adultas y los inherentes a la protección complementaria de la que son sujetos titulares, en especial: ... d) a la asistencia técnica letrada especializada para la defensa de sus derechos independientemente de la representación promiscua del Artículo 59 del Código Civil”

32 Ley II - Nº 16 (Antes Ley 3820), Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Sancionada el 06 de Diciembre del 2001 – Promulgada el 20 de Diciembre del 2001 – Publicada el 27 de Marzo del 2002 – Boletín Oficial Nº 10745. Actualmente integra el Digesto Jurídico de la Provincia de Misiones organizado por la Ley integrante de la Ley 4526, Ley de Consolidación Normativa. Sancionada el 03/12/2009 – Promulgada 18/01/2010 – Publicada el 19/01/2010 – Suplemento del Boletín Oficial Nº 12672. Disponible en: http://www.boletin.misiones.gov.ar/index.php/boletin-digital/doc_download/1210-boletin-nro-10745-27-de-marzo-del-2002
http://www.boletin.misiones.gov.ar/index.php/boletin-digital/doc_download/2427-suplemento-12672-martes-19-de-enero-de-2010

La regulación legal provincial antecede a la regulación nacional en varios años; no obstante, a la fecha, la figura del “abogado del niño” y su implementación en procesos administrativos o judiciales no se encuentra reglamentada.

a. Se reconoce el “derecho a la asistencia letrada especializada” en todo “proceso legal”, es decir, tanto en procesos judiciales como administrativos de manera independiente a la intervención del “defensor de menores” en ejercicio de la representación promiscua.

Surge indudablemente la diferencia entre la figura del “abogado del niño” y la del “defensor de menores”; la utilización del término “independientemente” es determinante.

La sola intervención del “defensor de menores” en un proceso judicial no implica que la intervención del “abogado del niño” sea facultativa para el órgano jurisdiccional; por el contrario, se erige en un deber cuya omisión constituye un acto jurídico contrario al ejercicio de los derechos fundamentales de los niños y pasible de ser valorada como mal desempeño de sus funciones.

b. El “derecho a una asistencia letrada especializada” comprende el “derecho de todo niño o niña a designar a un abogado de confianza” como derivado de la obligación estatal de respetar y garantizar el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

El reconocimiento del “derecho a designar un abogado de confianza del niño” surge de:

a. El principio del interés superior del niño consagrado en el Artículo 4, primer párrafo, de la Ley Provincial que lo conceptúa como “principio de interpretación y aplicación de esta Ley ... de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes”.

A continuación, en el inciso “a” del artículo en cuestión se establece que “para determinar el Interés superior del niño, niña y adolescente en una situación concreta se debe apreciar lo siguiente: a) la opinión del niño, niña y adolescente”.

b. La existencia de una obligación estatal de adoptar medidas de protección: a semejanza de la regulación nacional; el Artículo 6 de la ley provincial dispone que es “indelegable e imprescriptible la responsabilidad de las áreas gubernamentales del Estado en la adopción de medidas administrativas, legislativas y de otra índole para la plena satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

c. Los principios de efectividad y absoluta prioridad: a semejanza de la regulación nacional, el Artículo 7 de la ley provincial dispone que es “responsabi-

lidad conjunta de la familia, la sociedad y el Estado, asegurar a los niños, niñas y adolescentes con absoluta prioridad, la efectivización de los derechos a ... ser oídos y que sus opiniones sean tenidas en cuenta”.

Se consagra la responsabilidad estatal a cargo de todos sus órganos sin distinción alguna y con absoluta prioridad de respetar y garantizar la designación por el niño o niña de un abogado de su confianza, derivado del derecho a ser oído en todo proceso judicial o administrativo.

d. El derecho a ser oído consagrado en el Artículo 18 de la ley provincial: “El niño, niña y adolescente tienen derecho a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en cualquier ámbito cuando se trate de sus intereses o al encontrarse involucrados en cuestiones o procedimiento relativos a sus derechos”.

En consecuencia, la intervención del “abogado del niño” en todo proceso judicial o administrativo en trámite en el ámbito provincial se erige como una garantía procesal y no como mera facultad o prerrogativa del menor que puede o no ejercer.

Es decir, en cuanto garantía procesal opera en un doble plano negativo y positivo pues no sólo es menester su no violación sino también la adopción de medidas que efectivamente aseguren su cumplimiento.

El órgano judicial o administrativo interviniente se encuentra en la obligación indelegable e imprescriptible con absoluta prioridad de: a) respetar la designación del abogado de confianza efectuada por el niño independientemente de la intervención del “defensor de menores” en ejercicio de la representación promiscua; y, b) garantizar la designación del abogado de confianza cuando el niño no haya manifestado su decisión, adoptando las medidas más apropiadas y oportunas.

La Ley Provincial II - Nº 16 (Antes Ley 3820) fue suspendida en su vigencia por la Ley Provincial 3883³³ hasta que su reglamentación.

Recién entró en vigencia y fue reglamentada parcialmente por el Decreto Provincial Nº 871/05³⁴.

Es decir, más de tres años después de haber sido sancionada.

33 Ley Provincial Nº 3883. Sancionada el 01 de Octubre del 2002 – Promulgada el 02 de Octubre del 2002 – Publicada el 03 de Octubre del 2002 – Boletín Oficial Nº 10873.
Disponible en: http://www.boletin.misiones.gov.ar/index.php/boletin-digital/doc_download/718-boletin-nro-10873-03-de-octubre-del-2002

34 Decreto Provincial Nº 871/05, reglamentario de la “Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”. Dictado el 07 de Junio del 2005 – Publicado el 15 de Junio del 2005 – Boletín Oficial Nº 11542.
Disponible en: http://www.boletin.misiones.gov.ar/index.php/boletin-digital/doc_download/1784-boletin-nro-11542-15-de-junio-del-2005

A la fecha, a más de un lustro de la vigencia de la ley, el artículo que consagra la figura del “abogado del niño” todavía no fue reglamentado y tampoco se ha establecido y organizado por el poder ejecutivo provincial, un servicio jurídico especializado para afrontar la asistencia letrada gratuita para los niños sometidos a proceso administrativo o judicial que carecen de suficientes recursos económicos o, siquiera, para hacer frente a los honorarios de un abogado designado “ad hoc” por el juez de la lista de profesionales matriculados en el Colegio de Abogados de Misiones.

En la práctica de los tribunales, el cumplimiento de la obligación de designar y dar intervención al “abogado del niño” se limita a dar intervención al “defensor de menores”, en ejercicio de la representación promiscua; práctica que se limita a convalidar y continuar el paradigma tutelar vigente antes de la sanción de la ley provincial y nacional. Pero que desconoce la nueva realidad legalmente establecida.

La única excepción es la intención de dar intervención a otro “defensor de menores” cuando en un proceso existan intereses manifiestamente contrapuestos de varios niños. Pero dicha solución no es uniforme y, en la mayoría de casos no se concreta y se mantiene la intervención de un solo “defensor de menores” cualquiera sea el número de niños.

5. DISTINCIÓN ENTRE ABOGADO DEL NIÑO Y EL DEFENSOR DE MENORES

5.1. FUNDAMENTO NORMATIVO

El artículo 27 del Decreto Nacional N° 415/06, reglamentario del inciso “c” del artículo 27 de la Ley N° 26.061 no deja lugar a dudas sobre la verdadera naturaleza de ambas figuras al disponer que la designación del “abogado del niño” en todo proceso judicial o administrativo resulta independiente de la intervención promiscua del representante del Ministerio Público Pupilar.

En el ámbito de la Provincia de Misiones, el artículo 31, inciso “d”, de la Ley II - N° 16 (Antes Ley 3820), la situación es aún más expresiva cuando afirma que la intervención del “abogado del niño” es independiente de la representación promiscua del Artículo 59 del Código Civil.

Se las entiende como figuras distintas y complementarias en la protección de los derechos y la persona del niño; su intervención no es conjunta, subordinada, alternativa, facultativa o mutuamente excluyente.

No es conjunta: dado que la intervención del “abogado del niño” es independiente de la intervención del “defensor de menores” y no está sujeta a ella; lo

que no implica que, en un caso concreto, puedan compartir una misma solución jurídica o aún adherir a la solución propuesta por el otro.

No es subordinada: la intervención del “abogado del niño” no es subordinada o dependiente de la actuación del “defensor de menores” y no está sujeta a control o fiscalización por éste.

En caso que el profesional designado como “abogado del niño” se desempeñe de manera negligente; dicha situación no puede ser sancionada por el “defensor de menores” y tampoco podrá ser sometida a su decisión.

Su actuación debe someterse al juez de la causa quien es el único autorizado a controlarla así como controla la actuación de los profesionales de cualquiera de las partes.

Tampoco es alternativa o facultativa: la intervención del abogado del niño en todo proceso es obligatoria para el órgano administrativo o judicial interviniente con prescindencia de su falta de regulación legal o reglamentaria o de la propia manifestación en contrario del niño³⁵ o de sus representantes legales.

Finalmente, no son excluyentes: la intervención del “abogado del niño” no excluye la intervención del “defensor de menores”. Su intervención es simultánea.

5.2. FIGURA AUTÓNOMA Y DIFERENTE DE OTRAS INSTITUCIONES PROTECTORIAS DE LOS INCAPACES³⁶

a. Representante promiscuo. La designación del abogado de confianza lo es con independencia del funcionario que ejerce su representación promiscua en los términos del Artículo 59 y 491 del Código civil.

Dada la claridad de las normas transcritas debe descartarse cualquier interpretación reduccionista que pretenda equiparar la actuación del “defensor de menores” en ejercicio de la representación promiscua con la actuación del “abogado del niño” y, pretender obviar la designación de éste último o proceder a designar a otro “defensor de menores” para que represente al niño además del “defensor de menores que ya interviene como representante promiscuo (situación que produce más complicaciones que beneficios, cuando existen

35 Oposición que deberá ser valorada desde la perspectiva de las circunstancias del caso, su grado de madurez y desarrollo y, especialmente, si pretende designar a otro profesional.

36 Padula, P. F. “El Principio del mejor interés del niño y sus derivaciones procesales”, XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Comisión Nº 3, Derecho Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia, p. 6. Disponible en: http://www.procesalsantafe2011.com/wp-content/uploads/2011/04/Padula_Pablo_F.pdf

problemas de subrogación legal y no existen suficientes funcionarios para cubrir los cargos).

El rol del "abogado del niño" y del "defensor de menores" dentro del proceso es diferente.

Además, según la Ley IV - Nº 15 (antes Decreto Ley 1550/82), de "Organización del Poder Judicial de la Provincia de Misiones", el "Defensor de Menores" en ejercicio de la representación promiscua³⁷ cualquiera sea su fuero o instancia, únicamente posee competencia para intervenir en procesos judiciales. Es decir, no se encuentra autorizado para intervenir en procesos administrativos de ninguna índole con gran desprotección para los niños ante esas instancias.

b. Tutor o curador *ad litem*. Tampoco puede identificarse con el tutor o curador *ad litem* que se encuentran reguladas en los Artículos 61, 397 y concordantes del Código Civil que son representantes legales de los menores cuando existen conflictos de intereses con sus padres, tutores o curadores.

En cambio, el "abogado del niño" no es representante legal de los menores que patrocina y, además, interviene aún a falta de conflicto con sus representantes legales.

La figura del "curador" o "tutor" *ad litem* no garantiza suficientemente el derecho de participación efectiva del niño o niña en el proceso; dado que, cuanto representante del niño, introduce un "filtro"³⁸ entre los deseos, opiniones y sentimientos del niño y su interés manifiesto en el proceso, dándoles una lectura desde su propia perspectiva personal. Es ese curador o tutor el que decide qué es lo que satisface mejor el interés del niño o niña, es el interés del niño o niña desde la mirada adulta.

"El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor/es), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad)".³⁹

El "abogado del niño" representa directamente esos deseos, opiniones y sentimientos con los mismos deberes de lealtad y confidencialidad que debería

37 Constitución de la Provincia de Misiones. Sancionada: 21/04/1958. Artículo 142: el Ministerio Público es un órgano del Poder Judicial.

Disponible en: http://www.secg.misiones.gov.ar/download/constitucion_provincial.pdf

Ley IV - Nº 15 (Antes 1550/82), integrante de la Ley 4526, Ley de Consolidación Normativa. Sancionada el 03/12/2009 - Promulgada 18/01/2010 - Publicada el 19/01/2010 - Suplemento del Boletín Oficial Nº 12672.

Disponible en: http://www.boletin.misiones.gov.ar/index.php/boletin-digital/doc_download/2427-suplemento-12672-martes-19-de-enero-de-2010

38 Couso, op. cit., p. 159-160.

39 Comité de los Derechos del Niño, "Observación General Nº 12 (2009)...", párrafo 37, p. 13.

proveerse a un cliente adulto. Trata que esos deseos y sentimientos lleguen al proceso sin distorsión alguna⁴⁰.

La participación del niño no debe ser meramente simbólica sino que debe estar orientada a determinar sus opiniones representativas, sus verdaderos deseos y sentimientos⁴¹; sólo la asistencia letrada autónoma garantiza dicha participación⁴².

El “abogado del niño” no representa al niño sino que lo asiste y patrocina en cuestiones técnicas de derecho para lo cual se encuentra habilitado por el título profesional; lo que no impide que pueda revestir ambas funciones en un caso concreto⁴³.

6. CONCLUSIÓN

La omisión de designar y dar intervención al “abogado de niño” en el caso que motivó el presente trabajo para que lo asista y patrocine constituyó una violación de la obligación internacional asumida por el Estado argentino en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos y tiene virtualidad suficiente para ser atribuida al Estado argentino y generar su responsabilidad internacional.

40 Comité de los Derechos del Niño, “Observación General Nº 12 (2009)...”, párrafo 35-36, p. 12-13.

41 Comité de los Derechos del Niño, “Observación General Nº 12 (2009)...”, párrafo 132, p. 31.

42 Ibidem párrafo 12, p. 6.

43 Mizrahi, M. L., op. cit, p. 10.

EL ROL DE LA DEFENSA PÚBLICA EN LAS INTERNACIONES INVOLUNTARIAS EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

LA ETAPA PREJURISDICCIONAL Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

ALFREDO J. BROUWER DE KONING¹

1. INTRODUCCIÓN

Luego de finalizado el curso y teniendo en cuenta la variedad de origen de los operadores jurídicos que participamos me pareció conveniente realizar un análisis de aspectos relacionados a la salud mental en relación al espacio físico en que me toca desempeñarme como Defensor Público (en la provincia de Córdoba se llaman "Asesores Letrados").

La realidad federal de nuestro país lleva a que no en todas sus provincias, la nueva ley de salud mental tenga una aplicación homogénea. Siendo fuente de interesantes debates y análisis de acuerdo a la regulación local y, por supuesto, conforme a la real aplicación de sus principios.

Por este motivo es que considero importante realizar un aporte basado en lo aprehendido en el desarrollo del curso como en la experiencia práctica del suscripto como Defensor Público a los fines de detectar y desarrollar las inconsistencias de las normativas vigentes en la provincia de Córdoba en materia de Internaciones Involuntarias por motivo de afectaciones a la salud mental.

El tema de las internaciones realizadas contra la voluntad de la persona es sin duda el tema que más interés y debates genera por tratarse de una intromisión del Estado en la intimidad y libertad de las personas con lo cual los aspectos relacionados a su regulación son siempre materia de debate.

¹ Abogado. Defensor Público por concurso desde el año 2005, con competencia múltiple en la ciudad de Río Tercero, Córdoba. Escribano. Diplomatura en "100 Reglas de Brasilia y sistema interamericano" por la Univ. de Chile, año 2010. Disertante en el IV Congreso de Defensorías Públicas AIDEF, Guatemala 2010. Adscripto a la cátedra de Derecho Penal y Criminología de la facultad de derecho y Cs. Sociales de la UNC, y adscripto a la cátedra de Derecho público de la Fac. de Derecho y Cs. Sociales de la UNC. Autor y ejecutor del proyecto de fortalecimiento del Acceso a la Justicia en Asesorías Múltiples del Poder Judicial de la Prov. de Córdoba, realizado durante el año 2011.

En este trabajo me he limitado al desarrollo de dos cuestiones relacionadas a las internaciones involuntarias que me han parecido interesantes de analizar: en primer lugar, la intervención que le corresponde a las Defensorías Públicas en la temática, centrando la atención en la compatibilidad de los diversos roles en los que le cabe intervenir y en segundo lugar, la regulación del consentimiento informado en la Ley Nº 26657, la cual genera problemas de interpretación y aplicación práctica.

2. LA ETAPA PREJURISDICCIONAL EN LAS INTERNACIONES INVOLUNTARIAS EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA Y EL ROL DE LA DEFENSA PÚBLICA

Para comprender acabadamente el enfoque del presente análisis, cabe en primer término hacer una breve referencia histórica.

Podemos señalar en la evolución de la normativa de la provincia de Córdoba una primera etapa en la cual la normativa de base estaba dada por el derogado art. 482 del C.C., complementada por una diversidad de Acuerdos Reglamentarios dictados por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia a los fines de regular la actuación de los Juzgados en relación a las internaciones involuntarias. En esta primera etapa, el procedimiento respondía a los viejos paradigmas de internación judicial, manicomialización, asilamiento, etc.; la internación era decidida por el Juez al igual que los permisos, salidas transitorias y altas, y la función del Defensor Público o Asesor Letrado estaba limitada a cumplir con la función de defensor especial que establecía el art. 482.

Esta función era en los hechos absolutamente limitada debido a factores legislativos y factores prácticos, todo ello avalado por (malas) prácticas judiciales y jurisprudencia afin. La función que el viejo art. 482 del CC. asignaba al Defensor Especial eran básicamente dos: evitar la internación y evitar que se prolongara mas allá de lo necesario. Como vemos, existía una limitación legal, puesto que sólo atribuía estas dos únicas funciones al Defensor Especial –y la jurisprudencia las interpretaba taxativa y restrictivamente al considerar que no era un patrocinante sino una función especial limitada legalmente–; a su vez que una limitación fáctica constituida por el hecho de que la primera de las funciones nunca podía ser ejercida toda vez que la intervención del Defensor Especial era dispuesta por el Juez que ordenaba la internación en el mismo auto que dictaba a tal efecto.

Esto es, se dictaba el auto de internación y en el resolvo del mismo se ordenaba la designación del Defensor Especial, al notificar dicho auto al Asesor

Letrado en turno, la función de “evitar la internación” era imposible de realizar por estar en los hechos realizada con varios días de antelación, la función de evitar que se prolongara también en los hechos era difícil de ejercer puesto que los pedidos de informe no eran contestados en tiempo y forma por los centros de internación.

Luego, en el mes de julio de 1998 se dicta el Acuerdo Reglamentario 948 Serie “A” por parte del Tribunal Superior de Justicia que introdujo una importante modificación en relación a la función que se asignaba a la defensa pública. El anunciado fin de dicho acuerdo era la “desjudicialización” de las internaciones involuntarias, y para ello dispuso, adelantándose a lo que luego serían los lineamientos de las leyes tanto provincial como nacional de Salud Mental respecto a que los Jueces ya no eran las autoridades que decidían la internación de un ciudadano afectado por una enfermedad mental ni tampoco tenían injerencia en relación a las salidas transitorias, permisos ni al alta del paciente.

Todas estas funciones estaban delegadas en los equipos de salud, siendo estos quienes debían tomar dichas decisiones en base a criterios médicos. Este cambio fue calificado como la “desjudicialización” de las internaciones involuntarias.

Sin embargo, en dicho acuerdo se imponía una nueva función a los Asesores Letrados consistente en la realización de una “etapa prejurisdiccional” tendiente a verificar si una persona debía o no ser internada involuntariamente por problemas relacionados con su salud mental.

En definitiva, la tan mentada “desjudicialización” publicitada que generaría dicho Acuerdo Reglamentario Nº 948 no fue tal, puesto que en la provincia de Córdoba, la Defensa Pública no es un organismo autónomo e independiente como lo es en otras provincias y a nivel Federal (conf. Art. 120 CN) sino que forma parte del Poder Judicial con dependencia directa del Tribunal Superior de Justicia; con lo cual el proceso que culmina en la internación de una persona no fue “desjudicializado” sino “desjurisdiccionalizado”.

Todo el trámite previo que implicaba una internación involuntaria (requerimiento de parientes u otras personas al Juez, orden de revisión médica, etc.) dejó de ser desarrollado por los Juzgados para pasar a ser implementado por los Asesores Letrados.

Esta reforma fue muy criticada en su momento porque asignaba a los Asesores Letrados funciones que a la postre resultaban incompatibles con las establecidas en el Art. 482 del C.C.: “evitar la internación”, toda vez que justamente se imponía a estos funcionarios que fueran los que generaran las condiciones,

promoviendo la actuación de los órganos específicos y removiendo los obstáculos que se presentaran para lograr la internación involuntaria de personas supuestamente afectadas por una enfermedad psiquiátrica.

Esta incompatibilidad generó innumerables problemas al momento de determinar quién y cuándo ejercía la función de Defensor Especial prevista en el derogado Art. 482 del CC. —aún vigente a esa fecha—, conformándose una jurisprudencia errática y variable de acuerdo a cada sede judicial de la Provincia de Córdoba, entendiendo algunos que el Defensor Público que solicitaba la intervención del equipo médico que practicaba la evaluación previa, y en su caso, decidía internar a una persona era a la vez quien debía ejercer como Defensor Especial y que no existían incompatibilidades.

Otros sostenían que debían ser funcionarios distintos quienes ejercieran ambas funciones, y finalmente podemos mencionar a un minúsculo grupo que consideraba que el Asesor Letrado era el encargado de decidir la internación y por lo tanto actuaba como Juez, como Defensor Especial y realizaba la etapa prejudicial.

Al sancionarse la Ley Nº 26.657 y desaparecer la figura del defensor especial prevista en el Art. 482 derogado, y surgir la nueva figura del abogado del internado o de sus representantes legales prevista en el Art. 22 se suscitaron nuevamente problemas similares en razón de continuar vigente el Acuerdo Reglamentario Nº 948 ya referido.

Vuelve entonces a repetirse la diversidad de pronunciamientos y de accionar por parte de los asesores letrados en orden a qué papel les toca desempeñar conforme al orden legal vigente.

A criterio del suscripto, las funciones que se asignan son diametralmente opuestas y no pueden por ello coexistir en un mismo funcionario, debiendo intervenir un Defensor Público en carácter de abogado conforme al Art. 22 de la nueva ley, diferente del que inicie la etapa prejudicial del Acuerdo Reglamentario.

En aras de cumplimentar la consigna elegida para el desarrollo de este trabajo integrador y proponer reformas normativas para superar las inconsistencias existentes entre la normativa legal a nivel nacional y local, considero que debe regularse “en detalle” la actuación del abogado del internado en razón de que la falta de consenso sobre esta figura, la confusión de roles que se generan entre los asignados por el Acuerdo Reglamentario y la ley Nacional, y por sobre todas las cosas, la urgencia intrínseca que tienen los planteos referidos a esta problemática que pivotan en la existencia de un riesgo cierto y real para quien padece una afección o para terceros, lleva a que los roles, funciones, tiempos de

intervención, etc. deban estar acabadamente regulados para lograr un actuar uniforme, eficaz y eficiente.

Existe entonces una inconsistencia legislativa y práctica puesto que la finalidad de proveerle un abogado al internado que se encuentra privado de su libertad ambulatoria no se cumple en el tiempo que lo requiere su situación, su intervención sucede varios días después de que el paciente ha sido internado –se estima que entre 10 a 20 días después–, dependiendo de la sede judicial, puesto que en aquellas en que solo existe un asesor letrado, el abogado que requiere la Ley Nº 26.657 debe elegirse por sorteo de la lista de letrados particulares que cada sede posee, lo que generalmente ocasiona más demoras por las constantes inhibiciones o negativas a aceptar el cargo. Este es quizás uno de los motivos ocultos que sustentan la posición jurisprudencial que sostiene que ambas funciones pueden ser ejercidas por el mismo funcionario, en definitiva, la dificultad práctica se soluciona en los hechos acumulando funciones incompatibles en un mismo funcionario, perjudicando los derechos de la persona internada.

Retomando el análisis que se pretende desarrollar en este capítulo, debe tenerse presente que la propia ley establece una suerte de imparcialidad en los diferentes actores que tienen intervención en todo el proceso de internación de una persona, evitando que quienes intervengan tengan funciones incompatibles e incluso que ya hayan intervenido dando su opinión sobre la situación de la persona a internar. Así cabe mencionar como ejemplo, lo normado en el Art. 24 cuando se estipula que el Juez debe pedir al Órgano de Revisión creado por la ley nacional que “...*designe un equipo interdisciplinario que no haya intervenido hasta el momento ... a fin de obtener una nueva evaluación...*”. Como vemos, la finalidad de la ley es siempre evitar la contaminación, que lógicamente se produce en los operadores en un primer contacto, permitiendo que sean otras personas que nunca tuvieron contacto con la situación quienes efectúen una revisión sin los condicionamientos que genera una intervención y el consiguiente conocimiento anterior.

Sin dudas que el mayor problema en la temática de la salud mental en la provincia de Córdoba es la falta de difusión y conocimiento de los operadores jurídicos de la nueva ley de salud mental. En los hechos se comprueba a diario que los distintos actores que intervienen en este proceso (médicos, jueces, asesores, etc) siguen aún los lineamientos del derogado Art. 482 del C.C. y de viejos acuerdos reglamentarios. No se conocen las disposiciones de la nueva ley, y lo más preocupante es que no se advierte que haya hecho mella el cambio de paradigma operado.

Ello se observa tristemente en la práctica diaria, y mucho más en localidades pequeñas de la provincia donde continúa vigente la idiosincrasia de que “los locos” deben ser internados en un manicomio porque son “peligrosos” y molestan. En función de esta concepción es que resulta sumamente dificultoso entender que no estamos ante una peste sino ante una enfermedad que requiere un tratamiento y que no siempre este tratamiento requiere la internación como medida terapéutica. Que no se interna a las personas con padecimientos psiquiátricos para que el paisaje urbano nos transmita un sensación de armonía y belleza, retirándolos de nuestra vista como las bolsas de basura que afean la vista, etc.

Esta falta de conocimiento y de aceptación, sobre todo de los operadores judiciales es lo que influye en las trabas y obstáculos a la designación e intervención de un “abogado” que cumpla con la función de defender a su cliente, de requerir externaciones, pericias, etc.

Quizás en aquella dificultad práctica de conseguir rápidamente dos Defensores Públicos o un Defensor Público y un abogado particular ya mencionada supra, y en la siempre latente idea de que nombrar un “abogado” genera la posibilidad de “problemas” (léase, planteos, recursos, pedidos, etc.) –que no aparecen si al “loco” no se le designa uno–; se encuentre la explicación a ciertos fallos que consideran que no existe incompatibilidad en gestar y desarrollar un procedimiento tendiente a lograr la internación de una persona con la función de evitar y cuestionar la misma.

Tampoco puede descartarse que subsiste el paradigma anterior en el cual el Estado era omnipotente en materia de internaciones involuntarias por problemas psiquiátricos y que se consideraba en esencia que al afectado de un padecimiento mental se le estaba haciendo un favor, y por consiguiente, si bien era un proceso judicial, no requería de un “abogado” sino tan sólo de alguien que cumpliera la formalidad de tal; puesto que, en definitiva, ¿qué cuestionamiento podría plantearse al Estado cuando su actuación es en beneficio absoluto del internado?, ergo, no resultaba necesario que contara con abogado defensor.

La nueva ley ha roto con esta vieja concepción al aceptar que el internado tenga un abogado defensor que como tal, ya no está limitado a la función de evitar la internación o su prolongación indebida sino que –más allá de que ésta será sin dudas su principal norte– tiene por su carácter de abogado patrocinante o defensor una mayor amplitud en el ejercicio de los intereses de su defendido. En este sentido vemos que podrá desde recusar al Juez, presentar prueba, interponer todo tipo de recursos, etc. etc.

Esta nueva función viene de la mano del cambio de paradigma que implica la ley que constituye justamente lo más difícil de dirigir por los operadores y sobre todo por aquellos que llevaban años aplicando un sistema (el conocido miedo al cambio). Quizás ello explique que aún, a la función de abogado del internado se la considere compatible con la desarrollada por quienes ejecutan la etapa prejurisdiccional y también que en los hechos, la asignación de un abogado al internado cuente con diversos obstáculos que dilatan su intervención con la prontitud que esta situación amerita.

Cabe mencionar en este sentido que la práctica consolidada –aunque con matices– en esta provincia es que los asesores letrados ante el pedido de internación realizado por familiares u otras personas (las contempladas en el Art. 144 C.C.) dan inicio a la etapa prejurisdiccional, la cual consiste básicamente en lograr que un profesional del arte de curar examine a la persona supuestamente afectada de una patología psiquiátrica o adicción y determine si requiere ineludiblemente de un tratamiento que implique si o sí su internación. En caso afirmativo, es el propio médico quien materializa la internación debiendo comunicar al asesor letrado que requirió su intervención tal situación a los fines de que éste se presente ante el Juzgado en turno y requiera a un Juez el “mantenimiento” de la internación ya materializada.

Conforme a la legislación nacional, el abogado de la persona internada tiene una intervención ex post, esto es, recién interviene cuando se está en presencia de actuaciones judiciales y no en toda la etapa previa a ello. Esta conclusión se desprende de los términos en que esta redactado el propio Art. 22 *“El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento”* con lo cual surge claro que en la etapa prejurisdiccional de la provincia de Córdoba, el abogado de la persona afectada en su salud mental no parece tener cabida alguna o al menos no se encuentran regulados aspectos como el acceso a las actuaciones, etc.

El Juzgado solo toma intervención, conforme a la Ley Nº 26.657 dentro de las 10 horas de producida la internación (Art. 21), plazo que en la ley provincial 9848 se amplía a 24 horas (Art. 26).

Conforme a la normativa citada, recién al día siguiente de producida la internación podría tomar intervención el abogado del internado.

Sin embargo, en la práctica diaria observamos que esto ocurre en realidad varios días después puesto que los médicos informan al Asesor Letrado, la materialización de la internación involuntaria –en el mejor de los casos– luego de transcurridos 3 días de estar internados (basados en el reglamento 130 del mi-

nisterio de Salud de la provincia que establece que el director del establecimiento tiene un plazo de 48 horas para informar la internación producida al asesor letrado según el Art. 24).

Una vez que se comunica al Asesor Letrado la internación, éste tiene la facultad de decidir si solicita o no al Juez el mantenimiento de la internación y para ello, en los casos que considere insuficientes o contradictorios los fundamentos brindados podrá solicitar una pericia médica forense de contralor. Luego de ello, el Juez tiene 3 días para ordenar la internación.

De esta forma, la intervención del abogado es tardía y su función se diluye y limita a oponerse a la internación ya dictada y solicitar la externación, encontrándose en estos casos con un expediente judicial donde se ha producido la prueba –in audita parte– que determina en enorme medida la suerte de una petición en tal sentido.

Más tardía aún es la intervención del abogado del internado cuando los familiares no designan un abogado particular ni tampoco la persona internada y debe requerirse a solicitar los servicios del Defensor Público en turno puesto que el trámite que conlleva interrogar a los familiares y al internado sobre tal situación más el tiempo para la designación y aceptación del cargo del Asesor Letrado requiere de plazos que se miden en días y no en horas.

Como vemos, estas demoras burocráticas no llaman la atención ni escandalizan porque aún se conserva el viejo paradigma de que en realidad el internado no precisa de un “abogado” puesto que el Estado está velando correctamente por él, y en estos supuestos nunca se cometen errores - o al menos nunca fueron denunciados por alguien que “estuviera en sus cabales como para ser creíble”.

Por esta particularidad es que considero que debiera reglamentarse expresamente –al menos mediante un nuevo Acuerdo Reglamentario– que el Defensor Público que inicia la etapa prejudicial tendiente a lograr la internación psiquiátrica de una persona se encuentre impedido de ejercer la función de abogado de la misma conforme lo estipulado en el Art. 22 de la ley 26.657 en razón de ser dos funciones incompatibles entre sí y, asimismo que desde el momento en que se inicia la etapa prejudicial exista la posibilidad de intervención del abogado al internado.

3. CONSENTIMIENTO INFORMADO

En este segundo capítulo relacionado con las deficiencias legislativas en la normativa aplicable a la problemática de la salud mental considero que la ley nacional es poco clara en orden a determinar los aspectos relevantes del con-

sentimiento informado y si éste es –o no– un requisito ineludible en los casos de internaciones involuntarias.

El Art. 10 de la Ley Nº 26.657 tiene una redacción impropia que no se condice con una adecuada técnica legislativa; así, en el mismo pareciera que la finalidad ha sido la de dejar establecida una regla y su consecuente excepción, lo que se observa en la expresión: *“Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones establecidas en la presente ley. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión”*.

Como puede apreciarse, los términos son poco claros e inusuales en la redacción de normas destinadas a constituir reglas en materia legislativa, generalmente su redacción genera una imposición clara y concreta al estilo de: *“En todas las intervenciones se requiere el consentimiento informado salvo en x caso”* o similares que determinan una mejor comprensión al explicitar cuáles son las excepciones de dicha regla en el mismo artículo.

Por esta defectuosa redacción es que debemos adentrarnos en el análisis y comparación de los diferentes artículos que la componen para desentrañar cuál es la excepción a dicha regla.

Aparece entonces –a criterio del suscripto– que la única excepción encuentra relación con las internaciones involuntarias, entendiendo de la interpretación de la Ley Nº 26.657 que en este tipo de intervención no se requiere consentimiento informado.

Esta conclusión surge de analizar el Art. 16 inc. c, por el cual se expresa en términos generales que *“toda disposición de internación debe cumplir con los siguientes requisitos: c) Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda. Sólo se considerará válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación y se considerará invalidado si durante el transcurso de la internación dicho estado se pierde ya sea por el estado de salud de la persona o por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas. En tal caso deberá procederse como si se tratase de una internación involuntaria”*.

Como puede apreciarse, en esta norma se comienza repitiendo la regla antes expresada, en tanto y en cuanto, se expresa que *“en todas las internaciones”* se necesita del consentimiento informado. No obstante allí mismo nos fija la que sería la única excepción que está referida no específicamente a la obligación de requerir el consentimiento informado sino más bien a la validez de éste.

Así las cosas, cabe colegir que el consentimiento informado debe requerirse en todo tipo de internación pero sólo será válido si ha sido prestado en estado

de lucidez y comprensión de la situación y si permanece en ese estado durante el transcurso de la internación. De lo contrario perderá validez, y en tal supuesto, se deberá proceder como *“si se tratase de una internación involuntaria”*.

Del análisis de estas figuras legales, creo lógico concluir que la excepción a la que hace mención el Art. 10 está dada por las internaciones involuntarias puesto que conforme al Art. 16 c) cuando no se cuenta con consentimiento informado se debe proceder como si fuera una internación involuntaria, queriendo así dar a entender que en este supuesto no se requiere consentimiento informado, o al menos un consentimiento informado válido. Lo cual encuentra respaldo en la correlación de los Arts. 16 *“Internaciones”* y 20 *“internaciones involuntarias”* en el sentido de que para las primeras está expresamente previsto entre los requisitos el consentimiento informado y éste se encuentra ausente para las segundas.

Por ello, debe colegirse que la Ley Nº 26.657 establece como regla la necesidad de contar con el consentimiento informado de la persona afectada en su salud mental o que presenten adicciones (Art. 4) y que como excepción se encuentra el supuesto que se haya procedido a realizar una internación involuntaria.

No soluciona este problema interpretativo –a mi criterio– lo dispuesto en el Art. 20 de la ley nacional cuando expresa que para que proceda la internación involuntaria *“además de los requisitos comunes a toda internación deberá hacerse constar”*, toda vez que en el caso del requisito del Art. 16 inc. C nos señala este supuesto (internación involuntaria) como excepción con lo cual pareciera formarse un círculo vicioso en el cual la confusión es la única conclusión y genera la necesidad de recurrir a la interpretación para desentrañar la cuestión, esto es, si en las internaciones involuntarias se requiere el consentimiento informado o no.

El Art. 20 nos dice que se requiere de todos los requisitos comunes a cualquier intervención, ergo, se requiere para una internación involuntaria de consentimiento informado porque así lo dispone el Art. 16 inc. C pero este artículo dispone que el consentimiento no será válido cuando éste no es prestado en un estado de lucidez y comprensión de la situación, remitiendo a las normas aplicables para internación involuntaria, esto es, el Art. 20.

Lo que genera un problema para aplicar al caso concreto ya que no en todos los casos en que debe procederse a una internación involuntaria nos encontramos con una persona en ese estado.

En este sentido, me parece más clara la redacción que tenía el proyecto de ley de salud mental de la provincia de Córdoba puesto que en su Art. 4, titulado *“conceptos”* expresaba claramente y sin margen a dudas lo que debe en-

tenderse a los efectos de dicha ley por consentimiento informado, circunstancia obviada en la ley nacional y en la de la provincia de Córdoba.

Esta mejor técnica legislativa permite evitar problemas interpretativos que pueden presentarse en cada caso concreto relacionados y si la información brindada a la persona afectada en su salud mental era o no la necesaria para considerar que –en base a ella– se había prestado un consentimiento con el conocimiento necesario para ello.

Este proyecto que finalmente no fue aprobado, se encargaba celosamente de regular en diferentes incisos quién debe brindar la información –profesional interviniente– y sobre qué debe versar ésta.

Asimismo, dedicaba un artículo específico para desarrollar cuáles son las excepciones que se admiten para requerir el consentimiento informado, reconociendo dos causales a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública y b) Cuando mediare una situación de emergencia con grave peligro para la salud o vida del paciente y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales, estableciendo además que la regla de interpretación para la aplicación de estas excepciones sería de carácter restrictivo.

Esta regulación provincial representaba entonces una mejor técnica legislativa, una mejor redacción de la norma que evitaba el círculo vicioso que se genera en la Ley Nº 26.657 entre las remisiones de los Arts. 16 inc. c y 20; sin embargo, al sancionar la ley provincial de salud mental Nº 9848, estos aspectos contemplados en el proyecto no fueron incorporados.

En el inciso K del Art. 48 de la ley 9.848 se regulan los aspectos relacionados al consentimiento informado en forma casi idéntica a la legislación nacional “k) *La internación deberá contar con el Consentimiento Informado del paciente o del representante legal cuando corresponda. Sólo se considerará válido el consentimiento cuando el paciente manifieste lucidez y comprensión de la situación. No se considerará válido si dicho estado no se conserva durante la internación, ya sea por el estado de salud como por el tratamiento; en ese caso deberá procederse como si se tratase de una internación involuntaria*”.

En la ley provincial se vuelve a repetir el mismo defecto señalado anteriormente puesto que el Art. 50 es el único que regula las internaciones involuntarias y establece que: *La internación involuntaria puede utilizarse como recurso terapéutico excepcionalísimo, cuando, a criterio del equipo de salud interviniente en la etapa prejurisdiccional se considere que existe situación de riesgo cierto e inminente para el paciente o para terceros y se determine la inconveniencia momentánea de otra alternativa terapéutica.*

En este supuesto, se procederá de acuerdo a las pautas fijadas en el instrumento formativo indicado en el artículo 48 de esta Ley.

Así, en los casos de internaciones involuntarias, se procederá de acuerdo a las pautas fijadas en otro instrumento que, como vemos, realiza una remisión en todos los aspectos prácticos al mismo, y este instrumento es el Acuerdo Reglamentario Nº 948 serie A del Excmo. Tribunal Superior de Justicia, en el cual no se menciona en ninguno de sus pasajes, especificaciones sobre la necesidad o innecesariedad de requerir el consentimiento informado en aquellos supuestos de internaciones involuntarias.

Como observamos no aparece claramente en la regulación legal imperante en esta materia, la relación que existe entre el consentimiento informado y las internaciones involuntarias, en diferentes aspectos, tales como la necesidad o innecesariedad del mismo en los casos en que no se trate de una persona que esté en un estado de falta de lucidez o comprensión ni de la incidencia que debe o puede tener una vez ordenada la internación y comenzado el tratamiento terapéutico.

Creo que es necesario en este aspecto que la ley nacional y provincial sean más claras, más simples en su redacción sin remisiones ni lagunas legislativas, máxime teniendo en cuenta que en su aplicación intervienen profesionales de distintas ramas del saber (derecho, medicina, psicología, etc.).

Este ejemplar se terminó de imprimir en Primera Clase Impresores,
California 1231, C.A.B.A., Buenos Aires, Argentina.
Tirada: 1000 ejemplares.

Avanzar hacia la plena vigencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes nos obliga a los integrantes del sistema de justicia a revisar con ánimos de transformación ciertas prácticas institucionales que durante décadas resultaron nodales dentro de un modelo de intervención jurídico social de carácter tutelar, que hoy el Estado de Derecho nos impone dejar atrás.

Sobre la base de este punto de acuerdo, el Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires ha construido relaciones de cooperación con diferentes organismos a fin de impulsar actividades que abran canales de diálogo e intercambio de experiencias entre operadores jurídicos y sociales de distintas regiones del país.

Esta publicación presenta un conjunto de trabajos monográficos producidos en el marco de dichas iniciativas. La primera parte agrupa los artículos seleccionados en el **II Concurso de Monografías Inéditas Obstáculos y Desafíos para la plena vigencia de la Ley Nacional 26.061**, mientras que la segunda recoge trabajos destacados de los cursos de actualización **Niñez, Adolescencia y Salud Mental** de modalidad *online*.

Los autores –procedentes de distintas provincias, instituciones y profesiones– abordan cuestiones fundamentales como el derecho del niño a ser oído y a contar con un abogado, a la convivencia familiar, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, el acceso a la salud mental, la responsabilidad penal juvenil.



Ministerio Público Tutelar
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES