LIBRO DE PONENCIAS

VIII CONGRESO LATINOAMERICANO

DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA 2016

Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia.

- ALAMFPyONAF –

"Es sublime luchar por un ideal, pero lo es mucho más practicarlo"

Cartagena de Indias - Colombia, 2 al 4 de Noviembre de 2016

Libro de Ponencias VIII Congreso : recopilación ponencias y trabajos VIII Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia / Horacio J. Romero Villanueva ... [et al.]. - 2a ed revisada. - Mendoza : ALAMFPYONAF, 2017.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga
ISBN 978-987-46184-1-2

1. Derecho. 2. Derecho de Familia . I. Romero Villanueva, Horacio J.
CDD 346.015

Contenido

Paneles:

Panel 1

Título: Crimen organizado y su influencia en la niñez y adolescencia en la Republica Argentina

Autor/es: Horacio J. Romero Villanueva

I. **Comisión 1:** Derechos Humanos, Políticas Públicas, legislativas Respecto de niños, niñas y adolescentes en Responsabilidad del Estado: art. 20 de la convención Internacional de los Derechos del Niño.

Ponencia 1

Título: Alternativas creativas y eficientes frente al encierro tradicional.

Autor/es: Ana De Marchi

Ponencia 2

Título: Argentina: Impacto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en la órbita de la Salud Mental y Adicciones y Consumos en niñez, adolescencia y juventud.

Autor/es: Luján Liliana Rocca

Ponencia 3

Título: Demoler prejuicios

Autor/es: Patricia Stefanazzi – Natalia Castro

Ponencia 4

Título: Derecho al voto.

Autor/es: María E. Molina

Ponencia 5

Título: Derechos Humanos de Niños, Niñas, Adolescentes y Familias en situación difícil. Desnutrición infantil. Capacidades restringidas: trabajo, salud y educación. Asistencialismo e Inclusión.

Autor/es: Laura Alejandra Gomez - Paula Carina Mora

Ponencia 6

Título: Derechos Humanos y Política Social.

Autor/es: Mirta Coria - Cinthya Mora - Miguel Solórzano

Ponencia 7
Título: Dispositivo de intervención subjetivarte en el campo educativo.

Autor/es: Fabricio Fiochetta - Viviana Juri - María Alejandra Gajardo - María Alejandra Mercado - Gabriela Baldini

Ponencia 8
Título: Dispositivo pedagógico para re-conocer con los y las estudiantes, del preuniversitario, los mecanismos de memoria colectiva de derechos humanos, en la ciudad de Tunja.

Autor/es: Aida Johana Figueroa Blanco

Ponencia 9
Título: Diversos Dispositivos Terapéuticos de Niñez, Adolescencia y Familia en el Hospital Escuela de Salud Mental (San Luis-Argentina).

Autor/es: Julieta Gatica

Ponencia 10
Título: Efectividad del estado social de derecho en Colombia, frente a la salud de los niños, conforme la jurisprudencia constitucional.

Autor/es: Vilma Lucia Riaño Gonzalez - Laura Pérez Valle - Katerine Seoanes Cotes

Ponencia 11
Título: El caos en las Ciencias Sociales. Un mundo de niños dentro del caos.
Ensayo Científico del Postgrado Doctorado en Ciencias Gerenciales.

Autor/es: Eduardo Torres Zamora

Ponencia 12
Título: El gabinete de los niños y niñas: Una experiencia de participación ciudadana junto a los niños y niñas de la ciudad de Jesús María, Córdoba, Argentina.

Autor/es: Fernando Guevara - María Emilia Solfanelli - Laura Bornancini - Guadalupe Díaz Murisi - Dante Area - Julio Enríquez - Sofía Boscaci - Celeste Petrello - Soledad Ponso - María de la Paz Tesino - Fernanda Salas - Yanina Aguirre

Ponencia 13
Título: Enfoque de Derechos Humanos en las políticas públicas para garantizar el acceso a la atención en salud de adolescentes y jóvenes gays en chile.

Autor/es: Adela Montero Vega - María Isabel González Trivelli - Jorge Vergara Vidal - Electra González Araya - Cristóbal Carvajal Canto

Ponencia 14
Título: Entrecruzando derechos en Argentina.

Autor/es: Gabriela Carolina Colef - Rocio Antonina Victtorello Longoni

Ponencia 15
Título: La trata de personas en Colombia, la esclavitud moderna.

Autor/es: Paula Andrea Jiménez Teherán - Maira Alejandra Salcedo Arango - Denis Susana Hernández Ballestas

Ponencia 16
Título: Participación juvenil: Todo un reto.

Autor/es: Maryenni Contreras Mulford - Sofía Herrera Cáceres - Ingrid Montes Alvarino

Ponencia 17
Título: Los desafíos de la Educación Superior y el status jurídico de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes.

Autor/es: Stella Kozur - Maria Flavia Lorena Morales - Ana Laura Cesar

Ponencia 18
Título: La ley 30466 y la consideracion primordial del interes superior del niño.

Autor/es: Roberto Palacios Márquez

Ponencia 19
Título: Servicios de orientación escolar. Participación y Prevención en Problemáticas adolecentes: suicidio-abuso sexual- trabajo infantil-embarazo adolescente.

Autor/es: Sonia Norma Gonzalez

II. **Comisión 2:** Derecho de Familia y Derecho Procesal de Familia.

Ponencia 1
Título: Alternativas Acceso a la justicia y participación en el proceso de niños, niñas y adolescentes con discapacidad: análisis socio-jurídico.

Autor/es: Mariana Guarido

Ponencia 2
Título: Adopción. Estado de adoptabilidad. Plazos y derechos.

Autor/es: Silvina Mariana Basso

Ponencia 3
Título: Consejero de familia.

Autor/es: Marianela Cristina Molinier - Margarita Fox Anzorena

Ponencia 4

Título: Derecho del niño a participar en los procesos judiciales. El derecho del Niño a ser escuchado.

Autor/es: Silvina Alejandra Arancibia Narambuena

Ponencia 5

Título: Discapacidad: La revisión de las sentencia en materia de capacidad jurídica ¿es obligatoria en todos los casos?

Autor/es: María Andrea Caleri

Ponencia 6

Título: Abogado del Niño como figura de integración de la escucha de las Niñas, Niños y Adolescentes en su participación activa en el proceso judicial del Derecho de Familia.

Autor/es: Sandra Elizabeth Freijo - Luisa Verónica Garay

Ponencia 7

Título: El derecho a la defensa de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales.

Autor/es: Gabriela Barbara Vargas Rojas

Ponencia 8

Título: El perfil de los aspirantes a vinculación con fines adoptivos. La evaluación desde la perspectiva de las necesidades del niño.

Autor/es: Lucia Verónica Monsalva

Ponencia 9

Título: Sujeto Niño, Niña y Adolescente en el Proceso de Adopción

Autor/es: Yamila Grisel Pérez - Maria Silvana Spais

Ponencia 10

Título: Proceso judicial de Familia en organismos administrativos: Principios y propuestas de eficacia.

Autor/es: María Alejandra Cabrera Paredes

Ponencia 11

Título: Inconstitucionalidad del art. 590 del Código Civil Argentino. Necesidad de derogación del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad del padre matrimonial, y los terceros legitimados (padre biológico).

Autor/es: Maria Aurora Roch Benitez

Ponencia 12
Título: La tutela judicial eficiente en los procesos de familia, en la actualidad.

Autor/es: María Marta Nieto

Ponencia 13
Título: Las Medidas cautelares y anticipadas en Derecho de la niñez.

Autor/es: M. Margarita Renteria D.

Ponencia 14
Título: Las uniones convivenciales y la vocación hereditaria.

Autor/es: Silvia Elizabeth Heredia - Maria Elizabeth Cuello - Andrea Beatriz Ramirez

Ponencia 15
Título: Medidas excepcionales bajo la mirada del principio de tutela judicial efectiva y el tiempo del proceso.

Autor/es: María Marta Nieto

Ponencia 16
Título: Negativa a someterse a las pruebas de ADN en los procesos de reclamación de filiación.

Autor/es: Vaninna Pola Cordi

Ponencia 17
Título: Procedimiento de conciliación de las Defensorías de NNA en Venezuela.

Autor/es: Alexandra P. Figueroa García

Ponencia 18
Título: La participación procesal de los niños, niñas y adolescentes consolidada con la sanción del Código Civil y Comercial Argentino.

Autor/es: Carolina Van Domselaar - Julián Emil Jalil

Ponencia 19
Título: El proceso abreviado y los derechos de niños, niñas y adolescentes: Un modelo procesal novedoso de efectivización de derechos en El Salvador. Fortalezas y desafíos.

Autor/es: Alex David Marroquín Martínez

Ponencia 20

Título: Guía de buenas prácticas para la actuación del órgano administrativo en las situaciones en que una mujer manifiesta su voluntad de dar a su hijo /a en adopción.

Autor/es: Alicia Ana Galletto - Maria Paula Mangani - Maria Fernanda Barbiero

Ponencia 21
Título: Reeducación judicial: nuevo paradigma procesal.

Autor/es: María Florencia Vidal

Ponencia 22
Título: En la Guarda de Hecho que prima lo real o lo legal? … y luego?

Autor/es: Adriana Ávila de Torrente

Ponencia 23
Título: Sentencias de adopciones extranjeras de niños, niñas y adolescentes paraguayos, su inscripción en Paraguay.

Autor/es: Evelyn Marlene Peralta

Ponencia 24
Título: Transitando otros caminos III: escuchando a los niños y adolescentes en los procesos que los involucra.

Autor/es: Zulma B. Mengual

Ponencia 25
Título: La recepción de institutos sanadores en el nuevo Código Civil Argentino en relación a derechos que hacen a la identidad de las personas: la adopción integrativa y el cambio de nombre por petición de niños y jóvenes.

Autor/es: María Teresa Hube

Ponencia 26
Título: Procesos en el ámbito judicial de las familias de Tucumán

Autor/es: Carlos Acuña

Ponencia 27
Título: El comienzo de la vida Humana e introducción a la naturaleza Jurídica del embrión en la Legislación Argentina.

Autor/es: Román Rosario Caggiano

Ponencia 28

Título: Principios generales de los procesos de familia. su aplicación en el procedimiento administrativo.

Autor/es: María Luisa Arias

III. **Comisión 3:** Justicia Juvenil

Ponencia 1
Título: Abordaje de Salud Mental de Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal.

Autor/es: María Susana Quinteros - Cristina Noemí Noguera

Ponencia 2
Título: Desafíos en la intervención con niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Autor/es: Silvia Cristina Almada - María Teresita González - Adriana Cristina Obregón - Paula Andrea Salto

Ponencia 3
Título: El Retorno del Porvenir, dar un Futuro.

Autor/es: Clara Bordenave - Patricia Marini

Ponencia 4
Título: El rol del psicólogo en el abordaje de jóvenes infractores a la ley penal.

Autor/es: Claudia De Simone

Ponencia 5
Título: Escuchar, preguntar, pensar: Re- construirse.

Autor/es: Mónica Patricia Turri - Antonella Simoncelli

Ponencia 6
Título: La conciliación como fórmula alternativa de la resolución de conflictos en el sistema penal de responsabilidad del adolescente aplicable en Venezuela.

Autor/es: Zuly Rebeca Suárez García

Ponencia 7
Título: El instituto de la Remisión en la Justicia Penal Juvenil.

Autor/es: Alicia Beatriz Alcalá

Ponencia 8

Título: Procesos de maternaje en adolescentes infractores penales.

Autor/es: Liliana Muñoz - Mónica Valgañón

Ponencia 9

Título: Procesos dignos y Sistemas que dignifican.

Autor/es: Jorgelina Alejandra Camiletti - Cecilia Karina Benítez - Gabriela Inés Raimundo

Ponencia 10

Título: Resolución del conflicto: la justicia restaurativa y el derecho penal juvenil. Remisión de causas. Modificaciones en la legislación argentina, nacional y provincial. Rol del ministerio publico fiscal.

Autor/es: Ana María Blanco

Ponencia 11

Título: ¿Responsabilidad juvenil o de los padres? Tratamiento en la justicia de faltas mediante modos alternativos de solución de conflictos.

Autor/es: Natalia Johanna Langer

Ponencia 12

Título: Sistema de protección integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de Catamarca.

Autor/es: Ana María Caliva - Norma Judith Medina

Ponencia 13

Título: Sistema integrado de justicia de Infancia y Adolescencia. Juez del Niño y Juez penal juvenil. Intervención interdisciplinaria y de salud mental.

Autor/es: Marta Teresita Biaciotti - Gabriela Sansó

Ponencia 14

Título: El reconocimiento legal y judicial del acompañante terapéutico

Autor/es: Nicolás E. del Hoyo

IV. **Comisión 4:** Violencia parental, entre pares, familiar, social e institucional.

Ponencia 1

Título: Cámara Gesell: entre la demanda jurídica y la particularidad del niño.

Autor/es: Analia Adriana Avalos - Hanya Natalia Costa

Ponencia 2
Título: Consejería Familiar en familias multiproblemáticas basada en la resiliencia familiar.

Autor/es: Sara Patrón Presa

Ponencia 3
Título: Declaración Especializada de niños y adolescentes víctimas o testigos de violencia sexual: la experiencia brasileña.

Autor/es: Maria Isabel de Matos Rocha

Ponencia 4
Título: Derecho a la no violencia y su efectividad en las instituciones locales: propuesta de intervención.

Autor/es: Maria Fontemachi - Nicolás Bianchi

Ponencia 5
Título: Derechos del niño y abuso físico bullyng.

Autor/es: Laura Marcela Gómez

Ponencia 6
Título: El fenómeno del Acoso o Bullying. Varias miradas.

Autor/es: José Eduardo Fernández

Ponencia 7
Título: El rol del abogado involucrado en la temática – violencia familiar.

Autor/es: Nancy Miriam Goico

Ponencia 8
Título: La educación sexual integral, puentes iníciales para la prevención y erradicación de la violencia de género.

Autor/es: Karina Vanesa Losada

Ponencia 9
Título: La intervención judicial en cuestiones de violencia.

Autor/es: Viviana Karina Kalafattich

Ponencia 10

Título: La prevención del maltrato intrafamiliar a los niños: una contribución a la paz.

Autor/es: Aída Fernández de los Campos - Martha Ortega Ortiz

Ponencia 11
Título: La supervisión como herramienta para el abordaje de situaciones de violencia de género.

Autor/es: Adriana Marta Luna

Ponencia 12
Título: Lazos institucionales que dejan huellas.

Autor/es: Norma Beatriz Aparicio

Ponencia 13
Título: Maltrato infantil y maltrato institucional. Reparación del daño.

Autor/es: Sandra González - Verónica Alfieri - Martín Nieto - Ana Planker - Sandra Diaz - Alejandra Galeano

Ponencia 14
Título: Perspectiva de género en el derecho penal (subtema: femicidio).

Autor/es: María Laura Valles - Matías Zárate

Ponencia 15
Título: ¿Se responde por los daños sufridos por las víctimas de violencia?

Autor/es: María Alejandra Ferrer

Ponencia 16
Título: Sustracción y traslado ilegal de niños, niñas por sus progenitores.

Autor/es: Marcela Virginia Panatti - María Soledad Pennise Iantorno

Ponencia 17
Título: Violencia familiar y el rol del juez de familia.

Autor/es: Liliana Lourdes Michelassi

Ponencia 18
Título: Violencia familiar y procedimientos de la justicia penal.

Autor/es: Carolina Monserrath García Carreño

Ponencia 19
Título: Violencia mediática e inclusión social.

Autor/es: Camilo Javier Cantero Cabrera

Ponencia 20

Título: El cuidado: espiritualidad y derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Autor/es: María Auxiliadora Montoya Hernández

Ponencia 21

Título: El niño víctima de violencia.

Autor/es: Silvana Inés Tejerina de Farfán

Ponencia 22

Título: Violencia estatal desde la ley, la jurisprudencia y las prácticas institucionales: El caso de los niños y niñas que viven en prisión junto a sus madres en El Salvador.

Autor/es: Alex David Marroquín Martínez

Ponencia 23

Título: Función del asesor de menores en casos de violencia.

Autor/es: Elizabeth Ornat

Ponencia 24

Título: Procedimientos ante la Violencia en Juicios de Familia

Autor/es: Adriana B. Rodríguez

Ponencia 25

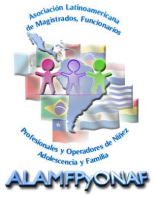
Título: Abuso sexual contra menores. Cómputo diferenciado de la prescripción penal. Retroactividad de la ley penal más benigna para las víctimas.

Autor/es: Raquel Martinez

Ponencia 26

Titulo: Justicia de Genero en la Administración de Jusiticia

Autora: Erika Mercedes Salazar Mendoza


Asociación Latinoamericana
de Magistrados, Funcionarios
Profesionales y Operadores de Niñez
Adolescencia y Familia
ALAMFPyONAF

PANELES

Panel 1

Título: Crimen organizado y su influencia en la niñez y adolescencia en la Republica Argentina

Autor/es: Horacio J. Romero Villanueva

Datos autor:

Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina.

CRIMEN ORGANIZADO Y SU INFLUENCIA EN LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA REPUBLICA ARGENTINA.

1. INTRODUCCIÓN.

La Republica Argentina cuenta con cantidad de niños, niñas y adolescentes (0 a 17 años), de 12.333.747, lo que equivale a un porcentaje 30,70% de la población global de 40.091.359 habitantes en un territorio de 2 780 400 km², según datos estadísticos del año 2010 (INDEC)

Sin embargo, la información que actualmente disponible sobre infanto-adolecente en conflicto con la ley penal se encuentra dispersa y poco organizada, entre otros factores, por la organización política del país, que adopta un sistema federal de múltiples jurisdicciones ([1]). Así, tareas tales como evaluar la situación de riesgo de menores y adolecentes respecto al accionar del crimen organizado hace difícil determinar cuál fue creciendo de la actividad delictual estructura en esa franja etaria de la población, dado que debe acudir a innumerables fuentes indirectas y no especificadas con datos certeros.

[1]La República Argentina ha adoptado un régimen representativo, republicano y Federal – artículo 1º de la Constitución Nacional – conformando 23 provincias y un distrito federal, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cada provincia dicta su propia constitución y organiza sus autoridades, en la medida que gozan de autonomía política y jurídica y –en su carácter de entidades preexistentes a la Nación–, conservan todas aquellas funciones y competencias que no hayan sido expresamente delegadas a las autoridades federales.
En este sentido, cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pueden organizar su propia policía con el objeto de llevar a cabo las funciones de policía preventiva y de investigación criminal dentro de su territorio y organizan su poder judicial y su sistema penitenciario.

Solo a título de ejemplo en la Republica Argentina existen 1.331 tribunales con competencia en lo penal, siendo la tasa por cada 100.000 habitantes de 3,12.

A fin de evitar la especulación sobre la cifra negra del delito ([2]), en atención a las objeciones metodológicas de cualquier medición, preferimos optar por destacar que durante el año 2014 se dictaron en el país 33.688 sentencias condenatorias, 4.134 condenas más que las 29.554 dictadas durante el año 2013.

Cabe destacar que este número representa la cantidad de personas que recibieron una condena penal, pero la misma puede incluir varios delitos.

De esta manera, si tomamos en cuenta todos los delitos incluidos en el total de condenas del año 2014, la cifra se eleva a 43.906 figuras penales. En particular hubo 6.055 sentencias dictadas por delitos contra las personas, de las cuales 1.743 fueron por homicidios dolosos ([3]), mientras que hubo 21.590 condenas por delitos contra la propiedad.

En lo referente al resto de información relevada, si bien hay una gran cantidad de casos en los que no se informa en detalle, podemos destacar a modo de síntesis que prevalecen las sanciones de reclusión hasta tres años, los condenados en su mayor parte tenían más de 20 años de edad, el 73% del total de condenados no era reincidente y los procesos penales tuvieron una duración variada, sobresaliendo levemente en los agrupamientos utilizados, los extremos: aquéllos que duraron más de tres años y los que, por el contrario, duraron hasta seis meses.

Con respecto a los menores y adolecentes en el año 2014 en conflicto con la ley penal privados de su libertad tenemos según la estadística elaborada por elaborados por la Dirección Nacional de Política Criminal ([4])

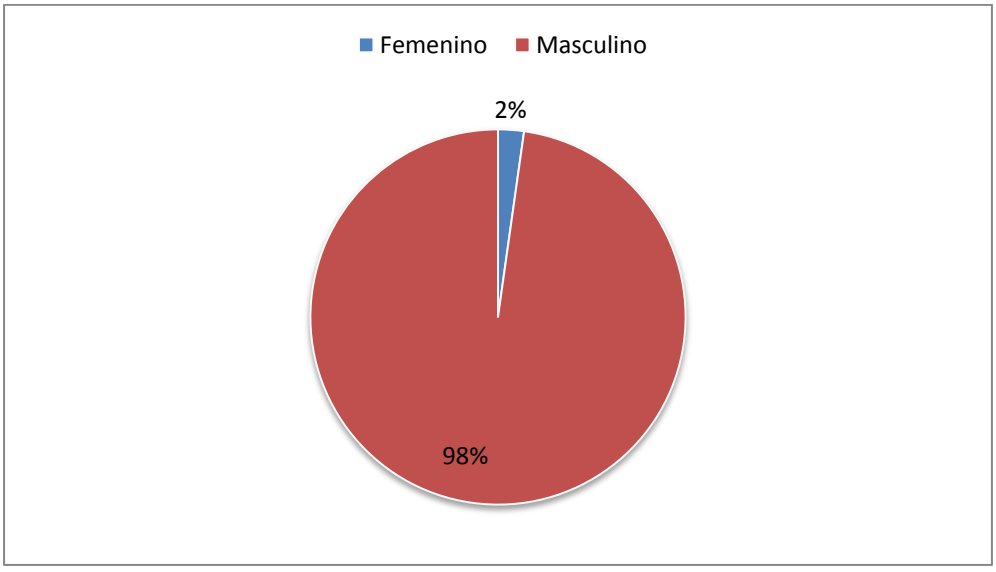
---

[2] La Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Republica Argentina llevó a cabo estudios de victimización en diferentes centros urbanos del país entre los años 1996 y 2010. En el último año de este período se entrevistó a 2.228 mayores de 15 años en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del Gran Buenos Aires, de Rosario, Córdoba y Gran Mendoza. Algunos de los datos más relevantes, según esta encuesta, apuntan que el 34% de la población mayor de 15 años sufrió algún delito en 2010; y que el 69% de los hechos criminales sufridos no fueron denunciados, es decir, muestra una elevada "cifra negra" del delito ya que 7 de cada 10 delitos no son denunciados. En términos de los hechos ocurridos, la encuesta muestra que el 29,5% de los casos se trató de robos dentro de los cuales el 9,2% fue con violencia (Consultar en: http://www.jus.gob.ar/areas-tematicas/estadisticas-de-politica-criminal/estudios-de-victimizacion.aspx)

[3] Es importante aclarar que entre los Homicidios Dolosos se incluyen también otros tipos penales tales como Robo seguido de muerte, Violación seguida de muerte y Abuso seguido de muerte, los cuales forman parte de otros Títulos del Código Penal.

[4] Esta tarea se lleva a cabo en el marco de lo dispuesto por la Ley Nº 25.266 que faculta a la Dirección a requerir información estadística a diferentes organismos oficiales con el fin de confeccionar los informes

Sexo	Cantidad
Masculino	1.116
Femenino	26
Total	1.142



El objetivo de presente trabajo exponer nuestra visión crítica a la carencia de una política criminal legislativa especifica y clara en relación a los riesgos que implican el crimen organizado para la niñez y adolescencia que con algunas características socio-demográficas y socio- económicas que podrían ser útiles al momento de diseñar políticas públicas dirigidas a monitorear de manera permanente a los indicadores que reflejen la situación riesgo ese sector poblacional y a propiciar la búsqueda permanente de estándares de protección en la materia.

2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

La criminalidad organizada es una fenomenología compleja ([5]), desde el punto de vista criminológico, con múltiples matices vinculados al tipo de estructura organizativa, objetivos

correspondientes. Puede consultarse en: http://www.jus.gob.ar/media/3128503/TotalesGeneralesMenores2014.pdf

[5] El crimen organizado es un fenómeno multidimensional desarrollado por un grupo de personas que realizan múltiples actividades delictivas. A la hora de clasificar dichas actividades delictivas, entendemos que existe generalmente una actividad principal (aunque también pueden existir actividades secundarias) que generan el principal ingreso de la organización. Además, existen múltiples actividades instrumentales que también son necesarias para el desarrollo de la actividad principal pero cuya finalidad no es estrictamente la generación de un beneficio sino la protección o aseguramiento de la continuidad de la organización, ej. Actos de violencia,

e ilicitudes ([6]). Razón por lo cual es difícil definir que es o no esta tipología delictual no es una tarea sencilla, máxime que no existe consenso respecto de la misma.

Una primera aproximación, reside en el modo de comisión del delito, concretamente, en el hecho punible, donde la estructura organizativa conlleva una planificación superior a la forma individual, vinculada a una finalidad ilegal común estable en el tiempo, con estabilidad organizativa y adhesión de sus miembros en una estructura jerarquizada, aptas por la dirección organizativa de ejecutar ciertos comportamientos que por su entidad resulten una amenaza al orden social, político y económico [(7)].

La Republica Argentina adoptó la definición que realiza la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también llamada Convención de Palermo, que fue adoptada en 2000 y entró en vigor el 29 de agosto de 2009 ([8]), que brinda la siguiente definición de "*grupo delictivo organizado*" en su artículo 2: "Por "*grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.*" (ONU, 2004)

Nuestro país, desde una perspectiva más jurídico-penal, no una legislación especial que reprima el crimen organizado - a diferencia de otros países de la región como Costa Rica ([9]),la Republica de Guatemala ([10]) , los Estados Unidos Mexicano ([11]) o la Republica del Perú

---

corrupción, actividades de falsificación de documentación, actividades relacionadas con el blanqueo de capitales, etc. (GIMENEZ- SALINAS, Andrea – DE LA CORTE IBÁNEZ, Luis - REQUENA ESPADA, Laura, DE JUAN ESPINOSA, Manuel de Juan, "*La medición y evaluación de la criminalidad organizada en España: ¿Misión Imposible?"*, en Revista Española de Investigación Criminológica. Artículo 9, Número 7 (2009), Consultar en: www.criminología.net

[6] GONZALEZ CORREAS, Tristán – ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., "*Una mirada actual sobre el delito de asociación ilícita"*, J.A. 2003, II, 773.

[7] No obstante la diferencia de estos preceptos, es indudable que ambos han tomado como base para construir la definición normativa de la delincuencia organizada, dos perspectivas que la investigación empírica viene enunciando con relación a este fenómeno; concretamente: la entidad subjetiva y la orientación delictiva. En palabras de Yacobucci: "Por la primera (entidad subjetiva) reúne los aspectos organizativos de los sujetos, valiéndose de criterios asociativos, de orden interno, capacidad, permanencia, medios, etc. Por la segunda, evalúa la dirección organizativa a la realización de ciertos comportamientos que por su entidad resulten una amenaza al orden social, político y económico" (YACOBUCCI, GUILLERMO J., "*Política criminal y delincuencia organizada"* en la obra coordinada por el mismo autor, "El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2005, p. 56)

[8] Fue aprobada mediante la Ley Nº 25.632, del 1º de Agosto de 2002 y promulgada el 29 de Agosto 2002.

[9] Ley Contra la Delincuencia Organizada - 8754 – en su artículo 1º define por delincuencia organizada a "[…] un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves" y como extensión dispone que dicha ley "[…]se aplicará, exclusivamente, a las investigaciones y los procedimientos judiciales de los casos de delitos de delincuencia

([12]), - tan solo encuentra su represión la figura de la asociación ilícita prevista en el artículo 210 del Código Penal de la Nación ([13]) y con sus agravantes en el artículo 2010 bis ([14]) del mismo cuerpo normativo, de mucha complejidad probatoria ([15]) y dificultad probatoria ([16]), por tratarse de un figura penal que adelanta la punición a un acto preparatorio ([17]) y escasa incidencia condenatoria.

---

organizada nacional y transnacional […]para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más".

[10] Ley Contra la Delincuencia Organizada – Decreto – Ley 21-2006 – que en su artículo 2º considera "[…] grupo delictivo organizado u organización criminal, a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más de los delitos[enumerados en la propia ley]"

[11] Ley Federal contra la delincuencia organizada del 17-11-1996, que en su artículo 2º conceptualizad como "[…]Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos [enumerados en dicha legislación] .. serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada"

[12] LEY Nº 30077 – Ley contra el Crimen Organizado – que en el artículo 2º numeral 1º que considera como "[…] organización criminal a cualquier agrupación de tres más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3º de la presente", y agrega en su numeral 2º que también incluye "[…]la intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal".

[13] El Código Penal argentino se halla en correspondencia con tal definición, aunque lo hace respecto de la tipificación de asociación ilícita, en su artículo 210: "Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión."

[14]El artículo 210 bis establece una reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características: a) Estar integrada por diez o más individuos; b) Poseer una organización militar o de tipo militar; c) Tener estructura celular; d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo; e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país; f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad; g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior; h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

[15] Como se advierte, las dificultades mayores del delito en tratamiento se centralizan en los aspectos referidos al acuerdo y la planificación, lo que también confunde respecto de la nítida separación que debe existir entre participación y encubrimiento, ello en un tipo penal como el previsto por el art. 210 del Código Penal, denominamos "de convergencia" hacia un mismo fin lesivo de un bien jurídico.-

[16] Los fines de la configuración del delito, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho hincapié en la necesidad de verificar la existencia de un acuerdo de voluntades explícito o implícito, como nota caracterizante del mismo (Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa 17.791 "*Stancanelli, Néstor s/ inc. apel. Yoma, Emir",* rta. el 20/11/2001, La Ley, 2001-F, 832)

[17] En consonancia con ello, Patricia Ziffer sostuvo, con cita de autorizada doctrina alemana, que "..la comisión de un hecho punible objeto de la organización no pertenece al tipo...[;] esto se deriva del fin de protección de

Una observación critica la figura penal agravada de la asociación ilícita es que no contempla como supuesto particular la integración o uso de menores de edad o inimputables, y por el contrario - un sector mayoritario de la dogmatica - se ha expedido en el sentido de que es necesario que el mínimo esté integrado por sujetos capaces desde el punto de vista penal ([18]). Esto no sólo porque los menores e inimputables son juzgados como incapaces de celebrar un acuerdo, sino porque los miembros de la asociación deben tener capacidad de influir sobre el grupo en forma reprochable ([19])

Empero, debemos hacer la salvedad - que por razones poco claras para la dogmatica argentina ([20]) - en el año 2003 se incorporó una agravante genérica de punición en el artículo 41 quater del Código Penal que incrementa la escala penal del respectivo delito cuando el mismo "*sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad*" (ley 25767, B.O. 01/09/2003).

Así, desde su incorporación a la legislación positiva, se suscitaron divergencias en la interpretación y aplicación de esta norma, principalmente respecto a la intervención de los menores ([21]).-

Por un lado existe una interpretación restrictiva de la agravante se aplica por cuando se lo "*utiliza*" al menor como un instrumento para evitar su punibilidad, es decir, aquellos

---

la norma que adelanta la punibilidad a la etapa de preparación..."(en "*Lineamientos básicos del delito de asociación ilícita*" publicado en La Ley, boletín del 24 de diciembre de 2001, con cita de Wolfgang Fleischer; de la misma opinión es Oscar Tomás Vera Barros -"*Asociación Ilícita (art. 210 CP) algunas consideraciones- en el Homenaje a Claus Roxin*", Córdoba, 2001, p. 597, entre otros juristas).

[18] SOLER, Sebastián, "*Derecho Penal Argentino*", T. IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p.712.

[19] CANTARO, Alejandro S., Artículos 210 y 210 bis, en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio R., "*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*", T. 9, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 340; ídem ZIFFER, Patricia, *"El delito de asociación ilícita"*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2005, p. 36

[20] De la lectura de los proyectos legislativos puede sostenerse que el fin del legislador en la sanción de la ley que incorpora esta norma al Código Penal es, por un lado dar respuesta a la sociedad frente a la participación en los delitos cometidos por mayores y menores por la sensación de impunidad que la sanción de los menores genera, y por el otro intentar, ante esta incorporación legislativa, evitar que los mayores utilicen para la comisión de delitos a menores de modo de proteger a estos últimos (LURATI, Carina, "*La intervención de un menor y el uso de armas como agravantes en la Parte General*", en AA.VV., Reformas penales, Edgardo Alberto Donna (coordinador), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004, p. 72 y ss).

[21] El co-autor del proyecto de ley que introdujera la agravante, Víctor Fayad, tuvo como propósito desalentar la utilización de menores de edad para delinquir o su intervención en la comisión de delitos. Se pretende defender a la sociedad de quienes utilizan a los menores para lograr su impunidad, y también proteger a aquellos de los peligros a los que quedan expuestos en este tipo de delitos. Se pretende hacer recaer el mayor peso de las sanciones sobre lo que, comprendiendo la criminalidad de sus actos, cometen delitos exponiendo a los menores (ver HCDN, Expedientes 3143-D-01, citado en por Andrés José D'Alessio, en su obra "Código Penal de la Nación comentado y anotado", T. I, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 680/681).-

supuesto en que el mayor obra en el hecho como autor mediato ([22]) para descargar su propia responsabilidad

En cambio, hay quienes no requieren de que el mayor haya utilizado al menor para delinquir, sino que interpretan el término "*intervención*", en el sentido amplio del concepto de participación previsto en las disposiciones generales del Código Penal ([23]). -

Por lo demás, no cualquier intervención del menor queda atrapada por la norma, sino que se encuentra acotada para aquellos casos en que hubiera intervenido en algunas de las formas previstas por las reglas de la participación previstas en la normativa de fondo. Y entendiéndose la participación en su sentido amplio, como fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas toma parte en un delito, esto como participantes en el carácter que fuere ([24]).

La aplicación de la agravante prevista en el artículo 41 quater del Código Penal no puede tener operatividad cuando no se verifica que la conducta del mayor de algún modo genere o permita que se genere una situación de riesgo para el menor.

Desde el punto de vista de la dogmatica argentina y comparada, el crimen organizado aparece caracterizado por una suma de factores que dan forma a un fenómeno complejo y necesitado de un abordaje teórico y operativo propio, que según la Europol ([25]) pueden ser clasificados en:

Indicadores obligatorios

- Colaboración de dos o más personas
- Búsqueda de beneficios de poder o lucro
- Permanencia en el tiempo
- Sospecha de comisión de delitos graves

[22] VITALE, Gustavo L. "*Adultos que utilizan a menores de 18 años para delinquir -art. 41 quáter del Código Penal"*, en AA.VV., Reformas al Código Penal –Análisis doctrinario y jurisprudencial-, ed. B de F, Buenos Aires, 2005, p. 70.

[23] LURATI, Carina, "*La intervención de un menor y el uso de armas como agravantes en la Parte General*", en AA.VV., Reformas penales, Edgardo Alberto Donna (coordinador), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004, p. 79

[24] LURATI, Carina, *"La intervención de un menor y el uso de armas como agravantes en la Parte General*", en AA.VV., Reformas penales, Edgardo Alberto Donna (coordinador), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004, p. 79

[25] Tabla 1. Indicadores de Criminalidad organizada utilizados por Europol

Mínimo de tres	➢ Reparto de tareas específicas ➢ Mecanismo de control y de disciplina interna ➢ Actividad Internacional ➢ Empleo de violencia e intimidación ➢ Empleo de estructuras comerciales y económicas ➢ Implicación en el blanqueo de capitales ➢ Influencias políticas, medios de comunicación, etc.

.

A pesar de la existencia de ciertas discrepancias respecto a los factores que identifican el crimen organizado, existen características compartidas por la mayoría de autores. Esta tabla recoge las características definitorias utilizadas por EUROPOL para clasificar los grupos de delincuencia organizada desde un punto de vista operativo. Los indicadores utilizados recogen en gran medida las características definitorias que mayor consenso tienen en la literatura académica y son el fruto de un largo trabajo realizado desde EUROPOL a favor de la lucha.

Sin embargo, es habitual que los grupos dedicados al crimen organizado en la Republica Argentina no siempre se aboquen a una única actividad, sino que por el contrario suelen realizar varias de manera simultánea, e incluso mutar sus actividades especifica por "*nuevas oportunidades*" dependiendo de los incentivos que reciban, como es lógico de todas las organizaciones criminales, tienden a poder aprovechar sus ganancias ilícitas en los *"nichos de mercado marginales*", que es precisamente donde se encuentra ausente la regulación estatal.-

Las asociaciones ilícitas que explotan las economías informales, demuestra una falta de Estado, la carencia de este permiten que la autonomía de la voluntad de las personas sea avasallada y cosificada y un conjunto de personas para satisfacer por medio del delito el bienestar de unos pocos, de esta forma el Estado estaría permitiendo que se esclavice a quienes menos tienen, el no actuar por parte del Estado sobre estas asociaciones ilícitas avala el acto ilícito. No solo lo avala, como ya se menciono los funcionarios de este obtienen un rentabilidad por acuerdos espurios.

3. EL FENÓMENO DEL NARCOTRÁFICO EN LA ARGENTINA

El foco de nuestra ponencia es en organizaciones de más de 3 componentes que realizan consecutivamente delitos de manera articulada, y no igual número puede asemejarse a una banda en la legislación argentina([26]), porque la criminalidad organizada es un estadio superior en términos teóricos- empíricos, a las bandas que son un estado primario o génesis de crimen organizado, dado que se atan por lazos más atávicos y enfrentan por el control de un negocio o un territorio, o por la disputa contra el Estado que pretende reprimirlas mediante su desarticulación.

En general, no poseen formas institucionalizadas de resolver sus conflictos, por lo que recurren a métodos no institucionalizados, dentro de los cuales el más obvio es la violencia ([27]).

Por el contrario, cuando una organización con estructuras orgánica que tiene dominio o hegemonía en un determinado "*sector delictual*", la probabilidad de que la violencia es relativamente baja, dado que pretende encubrir su posición dominante y no les interesa exponer los márgenes de las agencias de seguridad estatal.

Además, necesitan por el gran tamaño de las operaciones cierto margen de impunidad garantizado en virtud de vínculos con el poder político, judicial y de las fuerzas de

[26] El concepto de banda en el Código Penal Argentino como agravante al delito de robo se refiere al modo de ejecución del injusto, y no se identifica ni es sinónimo del delito de asociación ilícita previsto en el art. 210 del Código Penal. La palabra "banda" debe interpretarse en su concepto usual, como un conjunto de personas que, en ciertos delitos, asume por sí una especial gravedad que la Ley debe computar en contra del delincuente por la mayor magnitud del peligro que implica esa participación conjunta para los bienes jurídicos en juego. El género "banda", aludido en los arts. 166, 167 y 184 del CP, que como agravante califica el robo o el daño, exige fundamentalmente la comisión de un delito por tres o más personas cumpliendo actos de ejecución, de uno o más injustos. No obsta a la configuración de la agravante que los individuos no se hubiesen distribuido los roles puesto que integran la banda aquellas personas, que tomen parte en el ilícito, ya sea realizando actos de ejecución del tipo penal o prestando a estos un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse.

[27] La violencia se concentra principalmente en determinados grupos sociales y franjas de edad, siendo el segmento de edad más expuesto a la violencia el que corresponde al grupo entre 15 y 29 años. En un reciente informe publicado en 2014 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC, por sus siglas en inglés) basado en datos estadísticos oficiales proporcionados por los Estados, el informe halla que es en las Américas donde existe la mayor concentración de homicidios en adolescentes y jóvenes entre 15-29 años de edad, tanto en hombres como mujeres. Para poner esta información en perspectiva: más de una de cada siete víctimas de todos los homicidios a nivel mundial

es un joven de entre 15 y 29 años de edad que vive en el continente americano (UNODC, Global Study on Homicide 2013, ps. 28 a 30)

prevención ([28]) que facilitan altos niveles de ganancia que estas actividades suelen poseer, para lo cual existen un idea de discreción velada para no atraer la mirada de otros sectores (léase periodismo de investigación, servicios de seguridad, jueces o fiscales especiales) que comprometen las continuidad de los negocios ilícitos y erosionan además la imagen de la ciudadanía en gestión política, con costos directos, sobre los funcionario o políticos corruptos que conlleva a sobre la policía, el sistema de justicia criminal, la evitar "*el escándalo público*" por permitir usar violencia indiscriminada.

Luego de haber definido el concepto normativo de la delincuencia organizada, debemos adentrarnos en la situación actual en la Argentina en particular tomando en cuenta el narcotráfico relacionado con la cocaína que produce el "paco" (Pasta base de Cocaína), que es la tercera adicción más consumida en nuestro país, después del alcohol y los fármacos. Y su relación a la niñez y adolescencia, toda vez que a lucha contra el narcotráfico en la Argentina está en una etapa complicada a raíz de la falta de controles en las fronteras del norte argentino transformándolo en un destino cada vez más atractivo para el narcotráfico. Debido a sus débiles sistemas de control de fronteras y del espacio aéreo, pasó de ser un lugar de tránsito circunstancial a convertirse en la principal salida de la droga hacia Europa.

Entonces por lo expuesto, seguimos observando que el diagnostico sobre el cambio de carácter de nuestro país, sigue en la senda de constituirse en unos de los productores de droga para exportar al mundo; se entiende -claro está- que en Argentina no se cultiva hoja de coca, ya que el cultivo es ilegal, pero nuestro país se ha convertido en el territorio donde se instalan "*laboratorios*" para elaborar la cocaína([29]) mediante su dispersión en pequeñas unidades productivas en centros urbanos con grandes concentraciones humanas (Gran Buenos Aires, o periferia de Córdoba, Rosario, Mendoza)

Hoy en día, es el tema más importante de la agenda de seguridad publica impuesta por los medios de comunicación social, donde la Argentina, desde hace mas de una década, dejo

[28] Sain explica que "en Argentina, la regulación policial ha sido la condición determinante fundamental de la conformación y expansión de los mercados ilegales de bienes y servicios más diversificados y rentables que se han desarrollado durante los últimos años[…]entre estos emprendimientos ilegales despuntan tres grandes mercados policialmente regulados: el de las drogas ilegales, el de las autopartes y repuestos obtenidos del desguace de automóviles robados y el de los servicios sexuales provistos a través de la explotación de personas. O sea, el narcotráfico, el robo calificado de autos y la trata de personas son las tres actividades criminales que le dan sustento a estos mercados ilegales [en consecuencia] la regulación policial del crimen organizado se materializa mediante la estructuración de una modalidad particular de protección estatal del emprendimiento delictivo"(SAIN, Marcelo Fabián, "*La regulación del narcotráfico en la provincia de Buenos Aires*", 1ª edición, Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo, Buenos Aires, 2015, ps. 15y 17).

[29] Recientemente la Sra. Ministra de Seguridad, Patricia Bullrich informó públicamente del tema a la prensa señalando que "*Argentina tiene una entrada de drogas muy fuerte, tiene fabricación, producción, laboratorios, cocinas*" (Diario El País de España, 10 de marzo de 2016).

de ser un país de tránsito para transformarse, por diversos factores, en un país de elaboración y cobertura para exportar a países del primer mundo y a ser un mercado consumidor ([30]).

Por sus propias características mutable y reflexiva el fenómeno de la producción, tráfico, comercialización y exportación de estupefacientes, es producido y reproducido por sujetos en diferentes esferas espacio-temporales y bajo diversas modalidades, atendiendo a la necesidad de ocultarse en función de su naturaleza delictiva, bajo una doble herramienta de aproximación: la coerción y consenso en todos los sectores sociales. Su vigencia no radica sólo en la provocación del temor, sino también en la búsqueda del reconocimiento de la población más vulnerable. Esto evidencia la posibilidad y el interés de la criminalidad de convertirse en un actor social con potencialidad hegemónica dentro de un modelo democrático de representación por voto popular.

El Centro de Investigaciones Sociales (CIS) Voices! – Fundación UADE realizó un estudio de opinión pública a nivel nacional con el objetivo de analizar la percepción de la ciudadanía sobre distintos aspectos vinculados con el narcotráfico y el consumo de drogas (junio-2015) ([31]).

Los principales resultados fueron los siguientes.

- **8 de cada 10 personas consideran que el narcotráfico y el abuso de drogas en Argentina constituyen problemas muy graves para nuestro país.**

- **La mitad de los Argentinos piden leyes más duras en la lucha contra el narcotráfico, 3 de cada 10 priorizan una mayor capacitación policial y una proporción similar de ciudadanos pide un mayor control fronterizo y de aeropuertos como un eje clave de esta temática.**

- **Más de un cuarto de la población conoce lugares o personas que venden drogas. Analizando tendencias de casi 3 décadas atrás, se advierte un crecimiento progresivo del problema. Considerando el área metropolitana de Buenos Aires (Capital Federal + GBA) en 1989 sólo un 6% conocía lugares de expendio de drogas cuando actualmente conoce en esa zona el 31%. Esto representa un crecimiento de cerca del 400% en casi 30 años.**

[30] El crecimiento sostenido del consumo de drogas ilegales en las grandes urbes argentinas favoreció la formación paulatina de un mercado minorista creciente, continuo, expandido, diversificado y altamente rentable, cuyo abastecimiento es provisto mediante una diversificada estructura de menudeo SAIN, Marcelo Fabián, "*La regulación del narcotráfico en la provincia de Buenos Aires"*, 1ª edición, Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo, Buenos Aires, 2015, p.25).

[31] http://www.uade.edu.ar/upload/Centro-de-Investigaciones-sociales/Investigacion_sobre_Narcotrafico_y_Drogas_(UADE-Voices-OPRENAR).pdf

- **Existe un consenso generalizado respecto a que drogas como el paco, los solventes, el éxtasis, la cocaína y los alucinógenos son dañinas a la salud. Respecto de la marihuana, aunque la mayoría la considera dañina, existe una visión más atenuada, sobre todo en los jóvenes**

- **La mitad de la población conoce directa o indirectamente a personas con problemas de drogas. En el AMBA esta proporción asciende al 60%. A fines de los años 80, sólo el 28% conocía a personas con problemas de drogas.**

- **La mitad de los argentinos dicen que es alto el consumo de drogas en su barrio (esta cifra crece a más de 6 de cada 10 en el GBA).**

- **En la lucha contra las drogas se perciben eficaces distintas iniciativas: por un lado acciones de lucha específica contra el narcotráfico, pero también acciones referidas a la educación de la población por un lado y al tratamiento de adictos por otro (9 de cada 10 ciudadanos se manifestó de esta manera)**

- **En cuanto a las causas del consumo de drogas en adolescentes y jóvenes existen visiones diferentes entre los jóvenes y los padres de adolescentes. Así, más de la mitad de jóvenes consideran como la causa más importante del consumo la Junio de 2015 presión del propio grupo y los amigos. Mientras que para los padres es más relevante la facilidad para conseguir drogas y la falta de supervisión de los propios padres.**

A ello es necesario sumarle complejidad espacio-temporal que estructura su construcción, sumada a la necesidad de una mutación constante, hacen del tráfico ilícito de drogas un fenómeno arduo de abarcar, explicar y predecir por sus importantes recursos económicos, tecnológicos y logísticos.

El territorio más afectado por el tráfico es el corredor norte-centro y Buenos Aires, pero por su alcance en términos espaciales comprende a todo el territorio argentino, con preeminencia en las zonas del noreste y noroeste argentino, como así también en su confluencia en la provincia de Buenos Aires.

El presente analítico sobre dos corredores principales que atraviesan el país: el circuito predominante de la cocaína que une el norte oeste con la provincia y ciudad de Buenos Aires, y el circuito predominante de marihuana que parte de la región del norte este para confluir con el eje anterior.

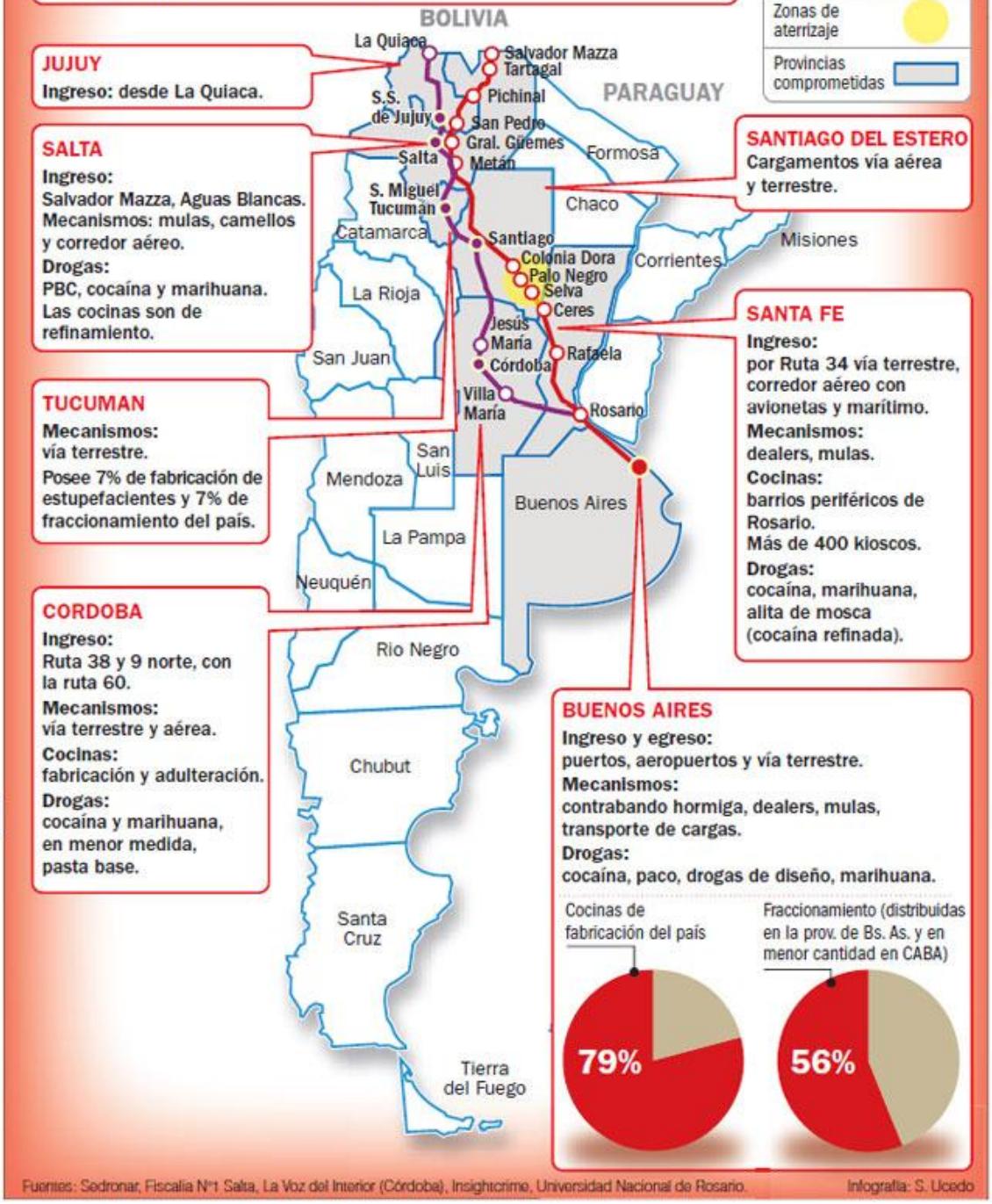
El instrumento de recolección apuntó en su indagación a tratar el tráfico ilegal de drogas desde su ingreso por la frontera al interior del territorio argentino, y de allí en su diseminación interna mediante alianzas estratégicas con pequeñas bandas dominantes en

territorios y eventuales puntos de egreso del país. Es por ello que se encontrarán menciones de la realidad del tráfico ilegal de drogas en zonas de frontera, en el interior del territorio y en las vías de salida al exterior.

Ingreso, transporte y tipos de drogas

Mapa de las zonas con mayor cantidad de centros de fabricación, fraccionamiento y rutas de estupefacientes

NOA:
Se caracteriza por el ingreso de pasta base de coca, proveniente de plantaciones de Bolivia, a nivel terrestre o cargamentos arrojados desde el aire.



JUJUY
Ingreso: desde La Quiaca.

SALTA
Ingreso:
Salvador Mazza, Aguas Blancas.
Mecanismos: mulas, camellos y corredor aéreo.
Drogas:
PBC, cocaína y marihuana.
Las cocinas son de refinamiento.

TUCUMAN
Mecanismos:
vía terrestre.
Posee 7% de fabricación de estupefacientes y 7% de fraccionamiento del país.

CORDOBA
Ingreso:
Ruta 38 y 9 norte, con la ruta 60.
Mecanismos:
vía terrestre y aérea.
Cocinas:
fabricación y adulteración.
Drogas:
cocaína y marihuana, en menor medida, pasta base.

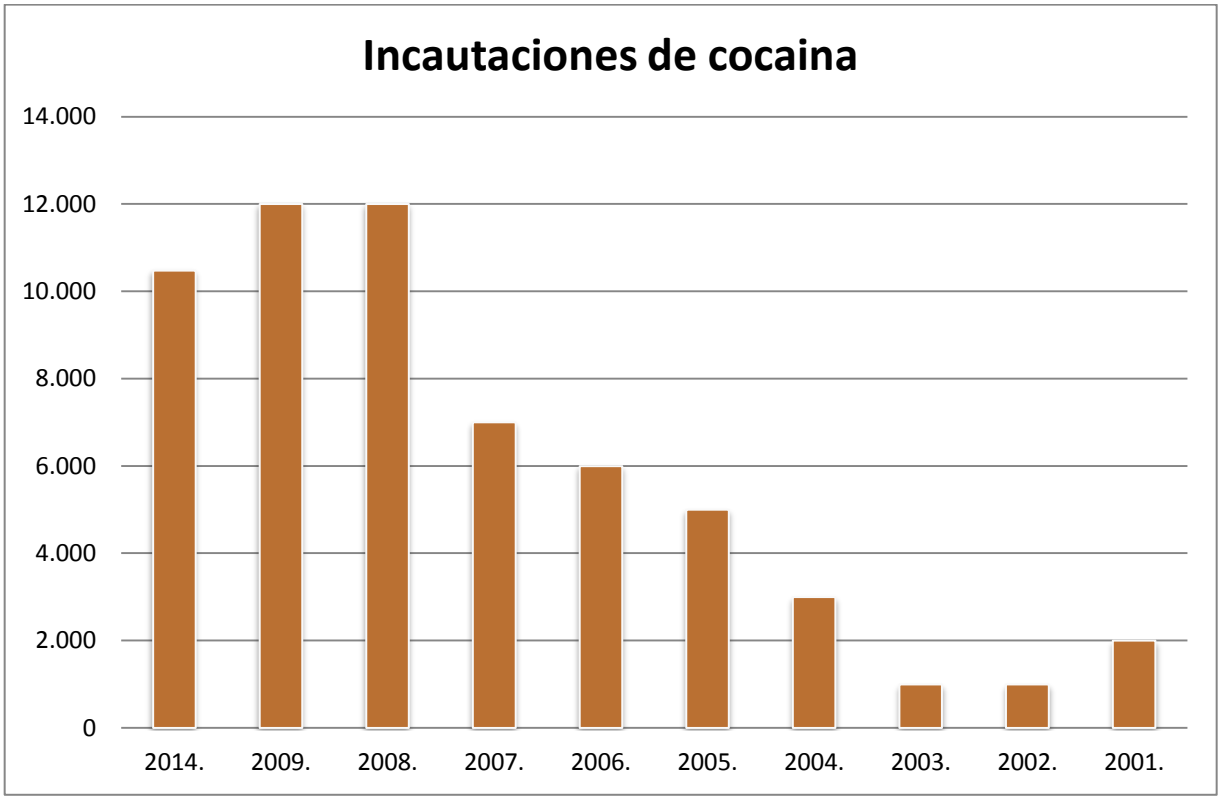
SANTIAGO DEL ESTERO
Cargamentos vía aérea y terrestre.

SANTA FE
Ingreso:
por Ruta 34 vía terrestre, corredor aéreo con avionetas y marítimo.
Mecanismos:
dealers, mulas.
Cocinas:
barrios periféricos de Rosario.
Más de 400 kioscos.
Drogas:
cocaína, marihuana, alita de mosca (cocaína refinada).

BUENOS AIRES
Ingreso y egreso:
puertos, aeropuertos y vía terrestre.
Mecanismos:
contrabando hormiga, dealers, mulas, transporte de cargas.
Drogas:
cocaína, paco, drogas de diseño, marihuana.

Fuentes: Sedronar, Fiscalía N°1 Salta, La Voz del Interior (Córdoba), Insightcrime, Universidad Nacional de Rosario. Infografía: S. Ucedo

La Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (SEDRONAR), publicó en diciembre de 2012 (con información hasta 2009) datos que muestran la evolución de las incautaciones de cocaína.



Con respecto al narcotráfico, las incautaciones de marihuana (hierba) han aumentado en un 33% entre 2014 y 2015, las de paco en un 21% y las de LSD en un 1245%. Para los otros tipos de drogas ilícitas, se mantuvieron en nivel para la cocaína (base, sales y pasta) ([32]).

Las incautaciones de los estimulantes de tipo anfetamina (éxtasis, anfetamina, metanfetamina) han disminuido ([33])

Sin embargo, la problemática del narcotráfico en la Republica Argentina, acontece con el "menudeo" que genera una tendencia de las organizaciones criminales a fragmentarse y

[32] Total Nacional 2014: 10.478 kg | 2015: 6.038 kg (Fuente: SSLN)

[33] Informe Estadísticas Criminales en la República Argentina – Año 2015 - Abril 2016, elaborado por la Subsecretaria de Estadística, dependiente de la Secretaria de Seguridad Interior del l Ministerio de Seguridad de la Nación. Consulta en: https://estadisticascriminales.minseg.gob.ar/files/informe_estadisticas_criminales_republica_argentina_2015.pdf

dispersarse, a una escala de menor tamaño y con cabecillas menos identificables suelen ser más difíciles de desmantelar que las grandes organizaciones con un líder visible de drogas con estatus de empleo conocido, se hallaban desempleados (UNODC, 2012)

4. ESTRUCTURAS NORMATIVAS Y BUROCRÁTICAS.

A fin de entender el marco de la acción por encarar el problema que se acrecienta es necesario hacer un relevamiento de las normas (4.1.) y estructuras o departamentos gubernamentales (4.2.) que se ocupan del tema.

4.1. Normas Federales.

La legislación de fondo tiene carácter federal, o sea común para todo el país, y parte de la ley 23.737, sancionada el 21 de septiembre de 1989 y promulgada el 10 de octubre del mismo año, que establece el régimen legal en materia de estupefacientes, pero cabe mencionar que la Republica Argentina ha ratificado los principales tratados e instrumentos internacionales vinculados al control de los estupefacientes ([34]).

El bien jurídicamente tutelado que se intenta preservar en la Ley 23.737, es la Salud Pública, siendo esta la posición mayoritaria en doctrina "*…al sancionar conductas vinculadas con el tráfico y posesión de drogas tóxicas en tanto representan una posibilidad peligrosa para la difusión y propagación de los estupefacientes en el resto de la población en general, caracterizándose principalmente por la exigencia de un peligro común y no individual y la posible afectación a un sujeto pasivo indeterminado*" ([35]).

En otras palabras, se entiende que "todos los estupefacientes son siempre dañinos, malos perniciosos para la salud, cuando no son empleados con fines médicos" ([36]).

El marco legal imperante en materia de sustancias estupefacientes, es de aplicación en todo el territorio nacional, entendiendo jurisdiccionalmente la Justicia Federal ([37]), pero partir de la ley Nº 26.052, publicada en agosto de 2005, introdujo importantes cambios, siendo el más

[34] Entre otros: Convención Única Sobre Estupefacientes, Nueva York – 1961, ratificada por la Ley 16478 y la Convención Única Sobre Sustancias Psicotrópicas, Viena – 1971, aprobada mediante la Ley 21704.

[35] TAZZA, Alejandro O., "*El Comercio de Estupefacientes -Análisis de los Aspecto Objetivos y Subjetivos de los Tipos Penales-*", Ed. Nova Tesis, Buenos Aires, 2008,p.37

[36] LAJE ANAYA, Justo, "*Tráfico de Estupefacientes Ley 23.737*", Colección Breviarios de Derecho Penal 14, Ed. Alverioni, Córdoba 2011,p. 19

[37] El relevamiento integral de las causas iniciadas en la Justicia Federal de todo el país como infracciones a la Ley de Estupefacientes (Ley 23.737) en el año 2015, surge que el 38% de ese total son causas por tenencia para consumo personal, mientras que el 35% corresponden a comercialización. Esto significa llanamente que hoy por hoy el mayor esfuerzo de las fuerzas de seguridad y de la Justicia, al menos medido mediante este indicador, se encuentra enfocado en la persecución de consumidores.

importantes el traspaso de la competencia territorial para ciertos delitos a la justicia de cada provincia ([38]),fijando, además, pautas para el destino de las multas, los beneficios económicos y los bienes decomisados.

Es decir, que entre las figuras descriptas en la Ley 23.737, de estupefacientes, que han sido seleccionadas para su transferencia a la órbita provincial tenemos el art. 5º incs. "c" y "e", que aluden al comercio, entrega, suministro o facilitación de estupefacientes, si se encuentran fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor ([39])

Empero ante la escasez de estudios serios de base a estadísticas oficiales para observar las consecuencias de la aplicación de la ley 26.052, hoy por hoy no sabe a ciencia cierta el éxito o fracaso de la política de desfederalizar el delito de comercialización de estupefacientes, por mas allá de considera "cuestión de estado" la lucha contra el consumo o tráfico de drogas. Esta decisión de traspasar la represión en virtud del mayor poderío investigativo que se podría desplegar desde las burocracias provinciales no queda claro si realmente no genera un problema mayor por los vínculos de aproximación a elementos criminales organizados

Además debemos resaltar la jurisprudencia de la Corte Suprema, luego de 23 años ([40]) de considera punible a tenencia de estupefacientes para consumo personal ([41]), muto su

---

[38] Por ejemplo la Provincia de Córdoba, a través de la Ley 10.067 - sancionada con fecha 27/06/2012, promulgada con fecha 29/06/2012 y publicada en el B.O. con fecha 04/07/2012- adhirió a las leyes nacionales 23.737 y 26.052, creando el "Fuero de Lucha contra el Narcotráfico".

[39] En relación a este punto compartimos la opinión de Hairabedián, cuando al referirse a la competencia provincial destaca: "… *Creemos que en el traspaso de competencia queda abarcada también la tenencia con fines de comercialización prevista en dichos inciso "c", por cuanto si están contempladas las tenencias del art. 14 y el comercio del art. 5º, no parece coherente excluir un acto preparatorio de tal comercio que está tipificado autónomamente. Además, no debe olvidarse que está legislada en el mismo inciso "c" donde están contenidas otras conductas trasladadas. En otras palabras, transferido "lo más", queda implícitamente incluido "lo menos", regla de larga aceptación en materia de competencia. No debe perderse de vista que la Corte Suprema viene zanjando los conflictos de competencia que se suscitan a favor de la jurisdicción provincial en todo caso que constituye el "último eslabón" de la cadena del narcotráfico*". Agrega el citado autor: "…*Por otra parte, concluir que la tenencia con fines de comercialización no está incluida en la transferencia de jurisdicción a favor de la provincia, limitaría notoriamente en la práctica la operatividad de la reforma, porque estadísticamente la mayor parte de los procesos por venta al menudeo de drogas (o sea, lo que se quiso transferir) terminan siendo calificados legalmente como comercio (por los controles positivos a compradores) y tenencia con fines (por el hallazgo de estupefaciente en el allanamiento al domicilio). Además, iría en contra del espíritu que animó la reforma, que en palabras de la Corte Suprema, se dirige a que la provincia asuma la investigación y juzgamiento del último eslabón del narcotráfico*." (HAIRABEIÁN, Maximiliano -Director- "Fuero de Lucha contra el Narcotráfico -Investigación y Represión Provincial de las Drogas",Colección Breviarios de Derecho Penal 16, Ed. Alveroni, Córdoba 2012, p.19).

[40] Corte Suprema de Justicia de la Nación, *"Montalvo Ernesto A." s/inf. ley 20.771*", rta. el 11/12/1990; Fallos 313:1333.

jurisprudencia en el caso “Arriola” ([42]), despenalizando de hecho, aunque aclarando que las circunstancias deben analizarse en cada caso concreto, el consumo personal de drogas ([43]). -

Dentro del marco normativo de la ley 23.737 existe una agravante de punición previsto en las figuras del artículo 11º que contiene dos agravantes en orden al delito de comercio de estupefacientes por ser en perjuicio de menores de 18 años de edad y porque el delito se concretaba en las inmediaciones de establecimientos de enseñanza y culturales ([44]) – artículos 5º en función del inciso “c” y 11 inciso “a” y “e” -

Esta modalidad agravada, puede presentar diversas facetas, que van desde la utilización o el servicio de un menor de dieciocho años que actúa como instrumento del delito hasta la consecución de su colaboración por cualquier modo, no efectuando condicionamientos en cuanto a su participación ([45]).

---

[41] La Ley 23.737 sanciona con un mes a dos años de prisión la tenencia de estupefacientes para consumo personal, conducta que se revela cuando la “escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal” (art. 14 –segundo párrafo- del cuerpo legal citado). Como se desprende de la propia norma, no basta con que la cantidad de droga sea escasa para que su tenencia quede atrapada en aquella figura delictiva, es necesario que además concurran otras circunstancias –no establecidas en el tipo- de las que surjan “inequívocamente” que aquélla es para uso personal.-

[42] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080*”, rta. el 05/08/2009; Fallos 332:1963.

[43] La Corte Suprema de Justicia de la Nación por decisión unánime de los Jueces Ricardo L. Lorrenttti, Juan Carlos Maqueda, Elena Highton de Nolasco, Carmen Argibay y Raúl Eugenio Zaffaroni, estableció que es inconstitucional castigar a una persona adulta por tener y consumir marihuana si no pone en peligro a terceros, pero exhortó “…a todos los poderes públicos a asegurar una política de estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento a los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el pais”.

[44] El artículo 11 inc. e), es una agravante prevista para aquellos casos en los que el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva, cultural o social o en sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicos o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas o sociales. La norma no requiere que la venta se produzca a los concurrentes de la misma, sino que agrava la situación de quienes ponen droga en circulación en lugares que por su naturaleza reciben mayor amparo legal –en función de la tutela de la salud pública- mediante un agravamiento de la sanción.

[45] Tal posición toma fuerza si se tiene en cuenta que : “ La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, obliga en su artículo tercero, punto quinto a los Estados signatarios, a tipificar internamente con mayor gravedad a los delitos de tráfico de drogas, cuando se produzca “la victimización o utilización de menores de edad”, debiendo destacarse que el vocablo “utilización”, fue propuesto por la representación de la República Argentina en referencia al aprovechamiento de algo, en este caso, de un menor” (TAZZA, Alejandro O., “*El Comercio de Estupefacientes -Análisis de los Aspecto Objetivos y Subjetivos de los Tipos Penales*-“, Ed. Nova Tesis, Buenos Aires, 2008,p. 146) .

La transferencia de competencias a las justicias penales de cada provincia producida por la ley 26.052 incluye las agravantes que el artículo 11 de la ley 23.737 estipula para las figuras del art. 5º que pasaron a la esfera provincial ([46])

4.2. Estructuras burocráticas

Dando lugar a un escenario, con tendencias inexistentes que generan la interactuación de distintas agencias y organismos estatales – a nivel nacional y provincial ([47]) - , a saber:

4.2.1. Las fuerzas de seguridad.

El sistema de seguridad interior está integrado por: El Presidente de la Nación; Los gobernadores de las provincias; El Congreso Nacional; Los ministros del Interior, de Defensa y de Justicia; La Policía Federal, la Policía de Seguridad Aeroportuaria y las policías provinciales; Gendarmería Nacional y Prefectura Naval Argentina ([48]) y la conducción del sistema y la coordinación de las diversas fuerzas federales y de éstas con los cuerpos policiales provinciales es ejercida por el Ministerio del Seguridad, contando para ello con una Secretaría de Seguridad conjuntamente con un Consejo de Seguridad Interior, con la función de asesorar al ministro del área en la elaboración de las políticas correspondientes al ámbito de la seguridad interior, como asimismo en la elaboración de los planes y la ejecución de las acciones tendientes a garantizar un adecuado nivel de seguridad interior. Este órgano tiene a su cargo la coordinación de los distintos niveles jurisdiccionales de actuación ([49]).

---

[46] HAIRABEIÁN, Maximiliano -Director- "*Fuero de Lucha contra el Narcotráfico -Investigación y Represión Provincial de las Drogas*",Colección Breviarios de Derecho Penal 16, Ed. Alveroni, Córdoba 2012, p.19)

[47] Por ejemplo, la provincia de Salta, ubicada en el Noroeste de la Argentina y lindera con la Republica de Bolivia, creo mediante el decreto N° 4827 de creación de la Agencia Antidrogas de la Provincia de Salta con el objetivo de ejecutar la planificación y programación de las acciones a llevar adelante en materia de lucha contra el narcotráfico en el ámbito provincial.

[48] Artículo 7º de la Ley 24.059 de Seguridad Interior, que establece las bases jurídicas, orgánicas y funcionales del sistema de planificación, coordinación, control y apoyo del esfuerzo nacional de policía tendiente a garantizar la seguridad interior. Por su parte, la seguridad interior es definida por el artículo 2° de la LSI como: "la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional", mientras que el artículo 3° prescribe que tales objetivos se alcanzan a través del "empleo de los elementos humanos y materiales de todas las fuerzas policiales y de seguridad de la Nación".

[49] El Consejo de Seguridad Interior está integrado en carácter de miembros permanentes por: a) El ministro del Justicia, Seguridad y Derechos, en calidad de presidente; b) El ministro del Interior; c) El secretario de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico; d) El secretario de

Ninguna agencia de las mencionadas cuenta con departamentos dedicados a la problemática de la influencia de la delincuencia organizada con su relación con los sectores infanto-juveniles.

4.2.2. A nivel del Poder Ejecutivo Nacional

En el Poder Ejecutivo la totalidad de las funciones de prevención y represión del uso y comercialización de estupefacientes le competían a la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (Sedronar), dependiente de Jefatura de Gabinete de Ministros, es, desde la década de 1990, el organismo responsable de coordinar las políticas nacionales de lucha contra las drogas y las adicciones.

A partir del año 2012, mediante el Decreto 1177, se modifica su estructura organizativa. Esto responde, en parte, a un cambio de paradigma que se empezó a gestar a mediados de la década pasada y que busca centrarse más en el concepto de inclusión socio-sanitaria que en el de lucha contra las drogas (cuya responsabilidad es derivada al Ministerio de Seguridad de la Nación). A partir del 2013 se comenzó a recorrer un nuevo camino en materia de construcción y ejecución de políticas públicas, dejando atrás los conceptos estigmatizantes y entiendo a las adicciones como un problema de salud social que involucra a diferentes actores. La SEDRONAR trabaja en propuestas de inclusión, reconstrucción del tejido social, crecimiento y superación, asegurando la presencia del Estado en las regiones más vulnerables del país y garantizando el desarrollo de redes preventivo-asistenciales integrales articuladas intergubernamentalmente.

Además, existe una Dirección Nacional de Inteligencia Criminal que depende del Ministerio de Seguridad de la Nación – Organismo Federal – que tiene como objetivo primarios: coordinar las actividades dentro del marco de la Ley N° 24.059 – de Seguridad Interior- , obtener, reunir, sistematizar y analizar información específica referida a actividades delictivas que, por su naturaleza, magnitud, consecuencias gravosas, peligrosidad o

---

Seguridad Interior; e) Los titulares de la Policía Federal, Policía de Seguridad Aeroportuaria, Prefectura Naval y Gendarmería Nacional; y F) por cinco jefes de policías provinciales, que rotarán anualmente. La ley, también contempla la participación de miembros no permanentes: El Ministro de Defensa; el titular del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas; Los jefes de policía provinciales no designados para integrar el Consejo en forma permanente – artículo 8º de la Ley 24.059 -

modalidades, afecten o previsiblemente pudieren afectar la vida, la libertad y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional y dirigir y articular las actividades y el funcionamiento del Sistema de Inteligencia Criminal, así como también las relaciones con los organismos de inteligencia del Estado Nacional y de las Provincias.

4.2.3. A nivel Procuración General de la Nación y de los Ministerios Públicos Fiscales en las Provincias.

En el ámbito de la Procuración General de la Nación existe una unidad fiscal especializada con el nombre de "*Procuraduría de Narcocriminalidad*" (PROCUNAR) que fue creada por la Procuradora General de la Nación el 19 de febrero de 2013, a través de la Resolución PGN n° 208/13 con el objeto de optimizar los recursos del organismo y mejorar los resultados de la investigación penal preparatoria y el eficaz enjuiciamiento de los responsables por delitos de narcocriminalidad, brindando colaboración y asistencia técnica a los fiscales de todo el país.

La PROCUNAR desarrolla junto a los fiscales federales de todo el país distintas estrategias de intervención, focalizadas sobre cuatro ejes principales: a) la federalización en el enfoque de la persecución penal; b) el ascenso en la cadena de responsabilidad; c) el desarrollo de investigaciones proactivas en el tráfico ilícito de precursores químicos; y d) el desarrollo de investigaciones patrimoniales.

4.2.4. A nivel Parlamentario

Por su lado, el Poder Legislativo cuenta con una Comisión específica dentro de la Cámara de Diputados, para la "Prevención de Adicciones y Control del Narcotráfico", sin perjuicio de la existencia de las Comisiones de Seguridad Interior propias de cada Cámara.

4.2.5. A nivel del Poder Judicial Federal

La Corte Suprema de Justicia de la Nación – máxima instancia judicial en la Republica Argentina – mediante la Acordada Nº 28/15, creó una Comisión judicial para la lucha contra el narcotráfico, que estará integrada por jueces federales de distintas regiones y representantes de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Dentro de las funciones asignadas con el objeto llevar adelante una política de estado tendiente a combatir el narcotráfico, se destacan mejorar la coordinación entre los distintos tribunales judiciales, de distintas instancias y jurisdicciones, y de éstos con las diferentes dependencias estatales con competencia especial en la materia; capacitación de los operadores judiciales abocados a la persecución del delito del narcotráfico; conformación de un protocolo de actuación y de un registro de causas judiciales en las que se investiguen casos de criminalidad organizada en materia de narcotráfico y delitos conexos, entre otras.

Por otro lado, la Corte invita a los poderes públicos del Estado, al Ministerio Público Fiscal y al Consejo de la Magistratura "a coordinar esfuerzos para avanzar en la prevención y persecución de estos delitos".

5. RELEVAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA INFANTO-JUVENIL EN EL CRIMEN ORGANIZADO DEDICADO AL NARCOTRÁFICO.

Existe una tendencia creciente por parte del narcotráfico a utilizar niños y adolecentes de sectores socio-económicos más vulnerables, debido a la fragmentación y dispersión de la actividades relacionadas con el "*narcomenudeo*", permite reclutar una enorme "*mano de obra barata*", generada por el mercado laboral formal que los excluye y les permite el acceso a un retribución que sustenta sus necesidades propias o familiares y abriga el propio deceso de poder y consumo ([50]).

Todos los indicadores sociales relevados en esta población señalan experiencias de vida profundamente marcadas por la desposesión material y simbólica, agravadas por continuas entradas y salidas del sistema institucional punitivo.

El problema de la delincuencia y la victimización es sin duda multifactorial. Hasta ahora se han discutido las variaciones de la victimización de acuerdo a las características de las personas.

Sin embargo un factor de riesgo victimal es el entorno donde se crean condiciones para que la conducta anómica se dominante, es decir viven en una situación donde la brecha entre las

[50] Como se advierten Torres - Marrazzo e Iglesias, "*no es el PACO determinación del delito, ni el univoco responsable de tantos pibes viviendo en la calle. El consumo de esta droga es sólo una parte del mal social que padecemos, porque como lo dijéramos al principio, la causa de todos los males, yace en la marginación social. Esta es la razón por la cual niños/niñas, adolescentes y jóvenes mueren todos los días como resultado de una vida miserable, cargada de privaciones, necesidades básicas insatisfechas, discriminación y desprecio*" (TORRES, Sergio G. - MARRAZZO, Laura M. -IGLESIAS, Diego A., "*Paco, una década después. Estructura de un problema y compilación normativa*", Ediar, Buenos Aires, 2010, p.13)

metas culturalmente aprobadas para acceder a bienes y los medios legítimos disponibles para alcanzarlos se presenta como insalvable, o al menos son visualizados como tales porque la realidad cotidiana se los confirma día a día. En este marco, el robo y el hurto (los delitos de mayor prevalencia) se van configurando en una opción sentida como válida que tiende a hacer difuso el límite entre lo legal y lo ilegal.

En los barrios populares, de bajos recursos, la proliferación de "cocinas" cuenta con un pacto de complicidades[51], donde ya sea por la complicidad activa u omisiva de las autoridades estatales, en particular los relacionados con áreas de seguridad o por complicidad social prolifera micro tráfico como estrategia de supervivencia ([52])

De esta forma el narcotraficante encuentra entre algunos actores de la comunidad aliados y socios, los cuales le brindarán la protección que ofrece el silencio cómplice. El funcionamiento de la cocina en un espacio geográfico acotado –como el de la villa- produce cada vez mayor tolerancia social al accionar de estas bandas, y por lo tanto una naturalización del consumo, la producción y comercialización de drogas. Esta red de

[51] n datos de la Secretaría de Seguridad de la Nación, en lo que va del año se desbarataron 235 "cocinas" en todo el país, una cifra que para diversos especialistas no sería ni el 10% de la real. El último informe de la Sedronar sobre "centros de procesamiento ilícito de estupefacientes" detalla que Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba, Tucumán, Entre Ríos y Jujuy son las provincias que más cocinas de fraccionamiento y producción de narcóticos poseen. Según esta investigación, la mayoría de los lugares de adulteración se ubican en la provincia de Buenos Aires con el 46%, a la que le sigue la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (13%), y las provincias de Córdoba (27%), Salta (7%) y Tucumán (7%). El informe, publicado en 2011 y basado en ochenta centros en todo el país, agrega que los centros de fabricación se ubican en un 76% en la provincia de Buenos Aires, 7% en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el resto en Córdoba (7%), Tucumán (7%) y Jujuy (7%). (Diario Perfil edición digital: http://www.perfil.com/elobservador/el-mapa-de-la-argentina-de-los-narcos-1116-0062.phtml).

[52] Según el informe Nº 1/2015 del Observatorio de la deuda social de Argentina elaborado por la Universidad Católica Argentina, la "[…]*expansión de la venta de drogas en los barrios más vulnerables, particularmente en villas de emergencia y asentamientos está asociada tanto al déficit en la presencia estatal, que se manifiesta en las dificultades para el acceso a derechos vinculados al hábitat urbano (vivienda, servicios, infraestructura básica, protección, etc.), como así también en las pocas posibilidades que presenta el mercado de trabajo a sus poblaciones. Con base en la falta de oportunidades educativas, laborales y las dificultades que se presentan en este contexto para llevar adelante proyectos de vida, el reclutamiento de los jóvenes por parte de las redes de delito organizado resulta más efectivo. La posibilidad de mayores ingresos que a los que podrían acceder con un empleo precario, y la perspectiva de adquirir sentido de pertenencia y reconocimiento al interior de estas redes, se constituyen como elementos que motivan el ingreso de jóvenes en situación de vulnerabilidad a esta actividad, sin dudas a un precio muy alto*" (Consultar en: http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/2015-Obs-Narcotrafico-y-Adicciones-Boletin-Tematico-I.pdf)

complicidad, este efecto de distracción, funciona única y exclusivamente para permitir la continuidad de la cocina ([53]).

El fenómeno se ha extendió en los barrios periféricos de la Ciudad de Rosario (Provincia de Santa Fe), hasta los mismos conglomerados con mayor concentración de población infanto-juvenil de la provincias de Buenos Aires, Córdoba y Mendoza, que se ven afectadas por la violencia entre bandas, muchas de ellas compuesta por jóvenes de entre 16 y 18 años ([54]), que cumplen funciones de "*soldaditos*" para advertir de la actividad policial, cuidar los puntos de "*venta"* y de otras bandas competidoras, o simplemente distribuir mediante la entrega personal de la sustancia prohibida.

La principal droga de consumo en sectores carenciados y de bajos recurso es el *"paco*" ([55]), una droga fuertemente adictiva y altamente tóxica ([56]), crece día a día en la Argentina, donde cada vez son chicos de menor edad los que lo utilizan, pero que comienza a diseminarse por la clase media. Desde la Nación, los únicos datos oficiales que existen sobre esta droga surgen de un relevamiento hecho en 2005 por la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico (Sedronar).

En dicho informe se estimó que hasta ese momento había ascendido en un 200 % el consumo del *"paco*" y que quienes se inician rondan aproximadamente los 12 años. Asimismo, el precio de esta droga creció considerablemente, por su precio, lo que empeora todo si se tiene en cuenta la cantidad que utilizan los adictos.

Por su parte, la Subsecretaría de Atención a la Adicciones bonaerense de la Provincia de Buenos Aires (SADA), que concreta la mayor cantidad de habitantes de la Republica Argentina, donde viven aproximadamente 1.900.000 adolescentes entre 14 y 21 años,

---

[53] CARRIO, Elisa y otros, "*PACO. La punta del iceberg*". Consultar: http://www.elisacarrio.com.ar/archivos/INFORME%20PACO%20LA%20PUNTA%20ICEBERG.doc.

[54] Respecto a la construcción de un perfil socio-economico- educativo podemos afirmar que en la mayoría de los casos proviene de barrios periféricos, no terminó la escuela primaria ni menos la secundaria, muchos presentan los lazos familiares disgregados o ensamblados, y una número significativo tiene alguno de los padres preso, y todos comenzaron entre los 11 a los 15 años a consumir estupefacientes

[55] El *"paco"* representa una instancia intermedia entre la "*pasta básica*" y el clorhidrato de cocaína, y contiene principalmente sustancias tóxicas como el kerosene y otros sulfuros. Los jóvenes "*fuman"* este elemento en "*pipas caseras*" realizadas con biromes y antenas huecas.

[56] El primer estudio químico científico del paco realizado por la Universidad de Buenos Aires, más precisamente la Facultad de Bioquímica y Farmacia, y Medicina, ha demostrado que la formación de esta droga es el resultado de un paso previo y más redituable que la cocaína. Su composición es a base de alcaloide de cocaína estirado con cafeína, bicarbonato de sodio, anfetaminas y hasta veneno para ratas (malatión) (consultar: http://repositoriouba.sisbi.uba.ar/gsdl/collect/encruci/index/assoc/HWA_683.dir/683.PDF)

existen condiciones de pobreza e indigencia, estacionada en niveles altísimos ([57]), señaló que la edad promedio de consumo es entre los 12 y los 16 años, ya que a los 13 años se inicia el 20,7% de los chicos; a los 15 años el 19,2%; y a los 12 años el 11,6%.

A partir de la instalación de las cocinas de cocaína en nuestro país, que tienen como objetivo transformar el sulfato de cocaína (Pasta Base de cocaína) en clorhidrato de cocaína (cocaína de máxima pureza), el mayor negocio marginal que se genera para el narcotráfico es la venta del residuo de este proceso, que da lugar al Paco, como droga de consumo para los sectores infato-juveniles más vulnerables.

En este sentido planteamos como hipótesis que en atención al entorno cercano a la unidad de producción está asociada al micro-tráfico, asentada en una economía informal de subsistencia de sectores marginales, donde la necesidad de los narcotraficantes de generar redes de complicidad, tolerancia social y naturalización del fenómeno en el entorno geográfico y social de influencia, ha transformado al paco en la "droga del reclutamiento", con la intención de reducir el riesgo de ser descubierta, genera un espacio adecuado para el narcomenudeo.

También la droga es utilizada como moneda de cambio entre delincuentes, produciéndose delitos para obtenerla o pagando delitos con ella, con el incremento constante de la espiral de violencia.

Ahora bien, la gran diferencia respecto al consumo en sectores medios y en sectores pobres y marginales, que enfrentan las condiciones de vulnerabilidad más marcadas (v. gr. vivir en la calle, con escasa escolaridad, con ningún nivel de contención y nivel de integración familiar), hacen que la cocaína pierda terreno y ceda el paso al paco.

Todos estos efectos del consumo de paco llevan a que sus consumidores sean estigmatizados como marginales, como "*lo peor de lo peor"*. Así, el "*paquero*", como suelen llamarse entre ellos, se construye como el depositario de todos los miedos sociales ([58])

6. OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES

Dentro del mapa de actores e intervenciones a nivel de la Republica Argentina nacional permite extraer ciertas observaciones y recomendaciones para avanzar hacia una política

[57] El 50% está bajo la línea de pobreza y de ellos, un 38,8% es indigente; uno de cada cinco no estudia ni trabaja y el 2,3% es analfabeto: no sabe leer ni escribir.

[58] HOPENHAYN, Martín, "*Factores de contexto en el consumo de drogas psicoactivas*", en La grieta de las drogas, desintegración social y políticas públicas en América Latina, Santiago de Chile, CEPAL, 1997, p.31.

criminal adecuada para represión de organización criminales que victimizan a los niños/niñas y/o adolecentes.

6. 1. Observaciones

6.1.1. El narcotráfico constituye un problema grave en nuestro país y en la región, dado que los indicadores que proporcionan los datos estadísticos, son incuestionables.

6.1.2. La Republicar Argentina si bien cuenta con instrumentos normativos comunes para todo el territorio, aunque existen vacios normativos importantes.

Como por ejemplo, la agravante genérica de punición del artículo 41 quarter del Código Penal Argentino, no satisface plenamente los requerimientos de punición cuando un adulto se aprovecha de un menor, intentando evadir las consecuencias penales de sus acciones, y también cuando de cualquier modo el mayor realiza algún aporte para causar esa situación riesgosa para la integridad física y moral del menor.

En igual sentido el art. 11 inciso inc. "a", tercer supuesto de la ley 23.737, cuando el hecho se cometiere sirviéndose de menores de dieciocho año no especifica con claridad la problemática del reclutamiento organizado para integrar la organización criminal.

6.1.3. A nivel de estructuras burocráticas existe un fuerte compromiso institucional para enfrentar el narcotráfico como un fenómeno complejo y creciente que desafía la estabilidad institucional y corrompe la integridad de las agencias estatales de todas jurisdicciones y niveles.

6.1.4. A nivel provincial, los avances realizados en la materia son significativos. En los últimos tres años, todas las jurisdicciones incorporaron la temática en sus agendas de gobierno, pero con escaso abordaje sistémico o características fragmentarias de la problemática, dando lugar a políticas desarticulada entre las jurisdicciones locales y el gobierno nacional y no hay casi estudios serios de base a estadísticas oficiales para observar las consecuencias de la aplicación del traspaso a cada una de las jurisdicciones provinciales de la lucha contra el narcotráfico - Ley 26.052 -, para saber a ciencia cierta el éxito o fracaso de la política de desfederalizar el delito de comercialización de estupefacientes

6.1.5. Nos encontramos así frente a un tramado de organismos de seguridad que se superponen entre sí en cada jurisdicción, de dudosa operatividad conjunta, dada la falta de procedimientos estandarizados y donde pareciera no existir vasos comunicantes a través de los cuales circule información y se centralice las actividades de inteligencia, investigación y represión del delito organizado.

6.1.6. No existe una política de coordinación entre el Ministerio Publico Fiscal Provincial y Federal en materia con la consiguiente competencia y rivalidad por las investigaciones entre las distintas fuerzas de seguridad federales y el trabajo de campo es fragmentado entre las diversas fuerzas de seguridad - provinciales y federales - con escasa interacción e interrelación coordinada.

6.1.7. Se aprecia tendencia a las dispersiones de "cocinas" en los sectores más carenciados de la sociedad que producen el "paco" como sustancia residual a la elaboración de la cocaína con fuerte penetración en niños y adolecentes.

6.1.6. E problema de las drogas no es privativo de la pobreza, sino que más bien ésta aumenta la vulnerabilidad de quienes viven en tal condición. El fenómeno de la droga en el mundo de la pobreza es muy distinto a la droga en el mundo de la "no pobreza", pero ambos deben ser abordados como victimas del consumo.

6.2. Recomendaciones

6.2.1. Es necesario modificaciones legislativas al Código Penal Argentino para incorporar la agravante del uso o reclutamiento de menores de edad para los organizadores o jefes de la asociación ilícita o por el uso como instrumentos de la criminalidad organizada.

6.2.2. Es necesario mejorar la redacción de las agravantes de punición específicas prevista en la ley de estupefacientes - artículo 11 de la ley 23.737 - y en el Código Penal - artículo 41 quater - en relación al uso o intervención de menores por parte de menores en el delitos relacionados con narcotráfico.

6.2.3 Es necesario en el país una agencia gubernamental profesionalidad con exclusividad en la lucha contra el narcotráfico, desde el punto de vista operativo, apta para concentrar la política represiva en materia de narcotráfico y que cuente con recurso de información criminal concentrados.

6.2.4. El Estado Nacional debe asumir un rol preponderante en la definición, articulación y monitoreo de una política criminal respecto de los menores que son víctima de la organizaciones criminales relacionadas con el narcotráfico.

6.2.5. Mejorar las políticas represivas contra el narcotráfico tomando en cuenta que deben proteger la seguridad, la integridad y el desarrollo de los menores y adolecentes, desde la

perspectiva victimológica, especialmente de aquellos que por su situación de vulnerabilidad social y económica puedan llegar a ser presa fácil de redes criminales de toda índole.

6.2.6. Reconoce expresamente las garantías procesales para los niños, niñas y adolescentes a quienes se les atribuye una conducta ilícita vinculadas con el crimen organizados, particularmente, desde una perspectiva victimológica dado su condición de personas que están creciendo, por ejemplo, la inviolabilidad de la defensa en juicio a través de la asistencia técnica gratuita de un/a abogado/a especializado/a en niñez o adolescencia de su libre elección , el derecho a la información inmediata en caso de aprehensión y en cualquier etapa del procedimiento de los padres, responsables o cualquier otra persona a la que el niño, niña o adolescente adhiera afectivamente.

6.2.7. Incorpora como parte integrante de la ley a las Reglas de Beijing, las Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Riad . De esta forma, soluciona el problema acerca del carácter vinculante y la obligatoriedad interpretativa de estos instrumentos internacionales, y las hace directamente aplicables.

6.2.8. La prevención es una estrategia prioritaria dentro de las políticas de salud y su propósito es comunicar mensajes y desarrollar acciones que no sólo provean de conocimientos objetivos y adecuados acerca de las drogas y los efectos de su consumo, sino que faciliten el desarrollo de actitudes y conductas que tiendan hacia la salud, generando estilos de vida saludables.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

7.1. Libros

- CANTARO, Alejandro S., Artículos 210 y 210 bis, en BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio R., "*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*", T. 9, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- CARRIO, Elisa y otros, "*PACO. La punta del iceberg*". Consultar: http://www.elisacarrio.com.ar/archivos/INFORME%20PACO%20LA%20PUNTA%20ICEBERG.doc.

- D´ALESSIO, Andrés J.- DIVITO, Mauro, "*Código Penal de la Nación comentado y anotado*", T. I, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- HAIRABEIÁN, Maximiliano -Director- "*Fuero de Lucha contra el Narcotráfico -Investigación y Represión Provincial de las Drogas"*,Colección Breviarios de Derecho Penal 16, Ed. Alveroni, Córdoba 2012.
- HOPENHAYN, Martín, "*Factores de contexto en el consumo de drogas psicoac*tivas", en La grieta de las drogas, desintegración social y políticas públicas en América Latina, Santiago de Chile, CEPAL, 1997.
- LAJE ANAYA, Justo, "*Tráfico de Estupefacientes Ley 23.737*", Colección Breviarios de Derecho Penal 14, Ed. Alverioni, Córdoba 2011.
- LURATI, Carina, "*La intervención de un menor y el uso de armas como agravantes en la Parte General*", en AA.VV., Reformas penales, Edgardo Alberto Donna (coordinador), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004.
- TAZZA, Alejandro O., "*El Comercio de Estupefacientes -Análisis de los Aspecto Objetivos y Subjetivos de los Tipos Penales*-", Ed. Nova Tesis, Buenos Aires, 2008.
- TORRES, Sergio G. - MARRAZZO, Laura M. -IGLESIAS, Diego A., "*Paco, una década después. Estructura de un problema y compilación normativa*", Ediar, Buenos Aires, 2010.
- SAIN, Marcelo Fabián, "*La regulación del narcotráfico en la provincia de Buenos Aires"*, 1ª edición, Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo, Buenos Aires, 2015.
- SOLER, Sebastián, *"Derecho Penal Argentino*", T. IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.
- VITALE, Gustavo L. "*Adultos que utilizan a menores de 18 años para delinquir -art. 41 quáter del Código Penal"*, en AA.VV., Reformas al Código Penal –Análisis doctrinario y jurisprudencial-, Ed. B de F, Bs. As., 2005, p. 70.
- YACOBUCCI, GUILLERMO J., "*Política criminal y delincuencia organizada*" en la obra coordinada por el mismo autor, "El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización", Ed. Ábaco, Bs. As., 2005.
- ZIFFER, Patricia, "*Lineamientos básicos del delito de asociación ilícita*" publicado en La Ley, boletín del 24 de diciembre de 2001.
- ZIFFER, Patricia, "*El delito de asociación ilícita*", Ad-hoc, Buenos Aires, 20056

7.2. Artículos

- GIMENEZ- SALINAS, Andrea – DE LA CORTE IBÁNEZ, Luis - REQUENA ESPADA, Laura, DE JUAN ESPINOSA, Manuel de Juan, "*La medición y evaluación de la criminalidad organizada en España: ¿Misión Imposible?",* en Revista Española de Investigación Criminológica. Artículo 9, Número 7 (2009), Consultar en: www.criminología.net

- GONZALEZ CORREAS, Tristán – ROMERO VILLANUEVA, Horacio J., “Una mirada actual sobre el delito de asociación ilícita”, Jurisprudencia Argentina, 2003, II, 773.

7.3. Fuentes Normativas

- Constitución Nacional de la República Argentina.
- Código Penal Argentino
- Leyes, decretos, fallos judiciales y resoluciones.
- Ley Nº 25.632.
- Decreto 101/2001, de 25 de enero, sobre prevención de la drogadicción y lucha contra el narcotráfico.
- Decreto 603/2013, de 28 de mayo, apruébase la reglamentación de la ley 26.657.
- Decreto 48/2014, de 14 de enero, sobre modificación de tareas del Ministerio de Seguridad.
- Ley 23.737/1989, de 10 de octubre, sobre Tenencia y Tráfico de Estupefacientes.
- Ley 26.586/2009, de 29 de diciembre, sobre creación del Programa Nacional de Educación y Prevención sobre las Adicciones y el Consumo Problemático de Drogas.
- Ley 26.657/2010, de 2 de diciembre, de Salud Mental.
- Ley 26.934/2014, de 28 de mayo, de Plan Integral para el Abordaje de los Consumos Problemáticos.
- Resolución Procuración General de la Nación 208/2013, de 19 de febrero.

7.4. Fallos

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Arriola, Sebastián y Otros S/Causa. A.891.XLIV”, rta. el 25 de agosto de 2009.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa 17.791 “Stancanelli, Néstor s/ inc. apel. Yoma, Emir”, rta. el 20/11/2001.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Montalvo Ernesto A.” s/inf. ley 20.771", rta. el 11/12/1990.-

7.5. Notas periodísticas:

- Diario El País de España, 10 de marzo de 2016.

7.6. Páginas web visitadas:

- http://www.jus.gob.ar/areas-tematicas/estadisticas-de-politica-criminal/estudios-de-victimizacion.aspx
- http://www.jus.gob.ar/media/3128503/TotalesGeneralesMenores2014.pdf
- http://www.uade.edu.ar/upload/Centro-de-Investigaciones-sociales/Investigacion_sobre_Narcotrafico_y_Drogas_(UADE-Voices-OPRENAR).pdf
- https://estadisticascriminales.minseg.gob.ar/files/informe_estadisticas_criminales_republica_argentina_2015.pdf
- http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo68/files/2015-Obs-Narcotrafico-y-Adicciones-Boletin-Tematico-I.pdf)
- http://www.perfil.com/elobservador/el-mapa-de-la-argentina-de-los-narcos-1116-0062.phtml http://repositoriouba.sisbi.uba.ar/gsdl/collect/encruci/index/assoc/HWA_683.dir/683.PDF)

COMISIÓN 1

I. **Comisión 1:** Derechos Humanos, Políticas Públicas, legislativas Respecto de niños, niñas y adolescentes en Responsabilidad del Estado: art. 20 de la convención Internacional de los Derechos del Niño.

Ponencia 1 – Comisión 1

Título: Alternativas creativas y eficientes frente al encierro tradicional.

Autor/es: Ana De Marchi

Contacto:

Ana De Marchi

Repetto 40 tercero C 1405 CABA

44322776

1532190358

Anachella11@gmail.com

"ALTERNATIVAS CREATIVAS Y EFICIENTES FRENTE AL ENCIERRO TRADICIONAL"

"La Orquesta: como lugar posible de cumplimiento de los derechos de niño/ñas y adolescentes como Sujetos de Derecho".

CONTENIDO

El siguiente trabajo tiene como objetivo presentar una tarea socio-orquestal, realizada en un barrio de escasos recursos y acceso a fuentes culturales en Ciudad de Buenos Aires, dónde más de 70 niños/ñas/adolescentes realizan y transitan su infancia y adolescencia a través de la práctica artístico-musical.

Trasmitir esta mágica experiencia como caso testigo me inspira tanto en mi profesión de Abogada (Especialista en Problemáticas Infanto-Juveniles) como así también profesional de la Música (Directora de dicha orquesta).

Deseo compartir en el terreno del pensamiento jurídico en forma conjunta con profesionales dedicados a la infancia, el repensar y trabajar en la modificación de la modalidad de encierro en institutos tradicionales, disfuncionales y violatorios de la Convención de los Derechos del Niño/ñas y Adolescentes como así también de tratados sobre derechos humanos.

La propuesta es disponer de recursos ya existentes en el Estado e implementar en ellos un nuevo paradigma frente a la alternativa única del encierro.

FUNDAMENTACIÓN

Este trabajo se construye y consolida en un recorrido de construcción de 17 años en el Proyecto Orquestas Infantiles y Juveniles de CABA nacidas del ex- programa ZAP (Zonas de Acción Prioritaria), dependientes del Ministerio de Educación de la Ciudad de Buenos Aires, primero como docente de violoncello y más tarde como directora de una de las 16 Orquestas que conforman este proyecto.

Las mismas tienen como inserción territorial las escuelas públicas de barrios económica y socialmente excluidos del acceso a ser sujetos activos y sujetos de derecho en la producción de bienes culturales.

Además cabe aclarar que la Especialización en Infancia hoy convertida dicha carrera en Magister (UBA), hizo posible que transitara por diversos institutos de niñez, tanto de ciudad como de provincia de Buenos Aires, observando la brutal realidad a la que se encuentran sometidos cantidad de niños/ñas y adolescentes con vidas esclavizadas por un derecho regido por la fuerza, dónde se viola permanentemente todas las garantías constitucionales nacionales y supranacionales sobre niñez y derechos humanos cuyo análisis no permite por supuesto interpretaciones de exclusión ni de mutilación.

PROPUESTA

Pensar elementos estructurales e innovadores que determinen el cumplimiento de los derechos que le cabe a la niñez y adolescencia como sujeto de derecho:

1. Articular en Institutos de CABA, la práctica orquestal como experiencia superadora integradora y digna sobre la vida cotidiana de niños/ñas y adolescentes.

2. Crear una Comisión Interdisciplinaria en este FORO a fin de estudiar propuestas de implementación del nuevo paradigma, e implicar al Estado a partir de las diferentes voces de sus distintos poderes a fin de participar del debate.

3. Implementar como Necesario y Obligatorio que quienes ejerzan potestades sobre la Infancia, deberán conocer la temática desde el campo, además de la preparación teórico- específica en el tema.

PROPUESTA 1:

Inserción de práctica orquestal en institutos de encierro de niños/ñas y adolescentes como práctica eficiente multifuncional en la consideración de los niños como sujetos de derechos.

PROPUESTA 2:

Creación de una comisión interdisciplinaria para la concreción de dicha propuesta social- artística en institutos y elaboración de un nuevo paradigma en la política a seguir en los casos de judicialización de niños/ñas y adolescentes.

BIBLIOGRAFÍA:

- Sennett, Richard La autoridad, Madrid: Alianza Cap III(1983)
- Guattari Felix, Cartografía del Deseo, 1995, Biblioteca de los Confines.
- Ranciere, Jacques El desacuerdo. Bs As Nueva Visión 1996.
- Castoriadis, El avance de la insignificancia, Eudeba, 1997.
- Bauman, Z Modernidad líquida. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica 2002.
- Carli, Sandra, Niñez, Pedagogía y Política Miño y Dávila 2002.
- Howard Walter, La música y el niño, 2002 Reedición , Editorial Universitaria de Buenos Aires 2002.
- Duschatzky Silvia Corea Cristina Chicos en Banda, Paidós. Bs As, 2002.
- Freire, Paulo Pedagogía de la Autonomía, Siglo XXI, 2002.
- Antelo-Zanelli, Cuando hablamos, Cuando hablamos de inclusión? , ZAP, Secretaria de Educación de CABA 2004.
- Antelo-Zanelli, Cuando hablamos, Cuando hablamos de inclusión? , 2004
- David Matza, Delincuencia y Deriva, Siglo XXI, 2014.
- Antony Duff, Sobre el castigo, Siglo XXI, 2015.
- Castel, Robert Metamorfosis de los social y refundación de la solidaridad, 1996.
- Lizcano, Emannuel Para una crítica de la sociología de la pobreza, Archipiélago, Madrid 1995.
- Marchesi, Blanco y Hernandez “Educación Inclusiva, Avances y Desafíos de la educación inclusiva en Iberoamérica, Fundación Mapfre,2014

AL participar de este Foro me pareció una excelente oportunidad compartir con ustedes la idea de repensar el encierro de niños/ñas y adolescentes.

Quien les habla conjuga en su vida dos profesiones que tiene como protagonista la niñez.

La niñez y adolescencia de zonas excluidas de acceso a bienes básicos del ser humano, niñez y adolescencia en conflicto o no con la ley penal.

En mi conjunción como abogada Especialista en Niñez (UBA), y Directora de una Orquesta Infantil y Juvenil en el barrio de Barracas compuesta por 80 niños de un barrio marginal (Villa 21-24) y que ustedes van a tener la oportunidad de observar en el video que proyectaré, quiero denunciar que estamos en presencia de una exterminación sutil y silenciosa de la infancia y adolescencia sin recursos, a partir de la vulneración sistemática e indiscutible de las Garantías de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y Tratados sobre Derechos Humanos.

Y digo exterminación con absoluta seguridad en relación al desprecio y transgresión sistemática y eficiente hacia la normativa de dichos Tratados en forma cotidiana.

¿Acaso los derechos consagrados en la normativa jurídica nacional y supranacional, son meros enunciados sin la correspondiente ejecución concreta sobre la realidad?

Al confundirse lo empírico con la normativo parece que dichos derechos existen ab initio conseguidos e incluidos a la vida concreta de los niños /ñas y adolescentes como seres humanos. Pero esto no es así en absoluto.

Mi intención en estos minutos es contarles, cartografiar el trabajo realizado con niños como sujetos activos y protagonistas en muchas cosas entre otras en el desarrollo musical de una orquesta y proponerles que hoy sea el inicio de acuerdos a realizar para futuras experiencias.

La realidad impone considerar juntos el contenido y forma de prácticas judiciales como la internación (con la lógica negativa que conlleva el encierro) en instituciones que violan los derechos fundamentales de los niños y adolescentes como Sujetos de Derechos, siendo esta responsabilidad patrimonio de todos, faltante por supuesto en las agendas públicas de forma relevante y primordial de las distintas gestiones y políticas públicas de gobierno.

Se piensa en los derechos del niño como derechos humanos concebidos en sí mismos como si fueran algo autónomo, neutral sin contacto con la realidad en la que vivimos y de las políticas sociales implementadas.

Y lo que no se dice es que el contexto de estos derechos no es visible y que se trabaja en bases encerradas entre barrotes de una jaula de hierro de la teoría tradicional.

Día tras día se celebran reuniones y se leen argumentos que proclaman el éxito del sistema en su carácter único e inmodificable y cada vez existen más textos y convenciones que paralelamente y paradójicamente conviven con violaciones de dichos derechos, los que no pueden ser entendidos separado de lo político.

Se suele pensar los ideales como instancias centrales y previas con respecto a lo político. Pero disfrutar de salud, de entornos cuidados, limpios, llevar infancias dignas depende "parece" de elementos extraños a lo jurídico.

El sistema de valores dominantes apuesta por derechos que son en general formales y reniega de otros que contemplarían garantías para la niñez.

Propongo pensar desde una teoría realista y una lingüística del entusiasmo, por la cual el hombre es el animal que se predice y se instituye por actos verbales a fin de poder anunciar/predecir los posibles hombres venideros.

Por ello vengo, a compartir este video y luego pensar en:

Orquestar

Orquesta: como práctica social significante que implica un proceso colectivo y opera a través de lograr el trabajo en equipo de sus integrantes.

Producir un cambio de paradigma y utilizar recursos existentes en el Estado para generar presentes y futuros diferentes en la niñez y adolescencia.

En momentos como éste la sociedad tiende a cerrarse sobre sí misma y a reducir intercambios, solidaridad, y sólo se da restringida a semejantes, soslayando intercambios, rechazando aquello que se presenta como idea motora diferente, basándose en lo conocido y rechazando aquello que se presenta como nuevo.

Aún así les propongo construir un discurso y una práctica a partir de la cual generemos un accionar diferente y podamos implementar lo creativo y un accionar transformador: la Orquesta como elemento que desarticula la lógica del ghetto, y representa un espacio que asume la complejidad de la mixtura social y administra diferencias, sobre la base del trabajo en equipo.

¿Por qué seguir pensando en el encierro, sabiendo la vulneración de derechos que en ellos se ejerce?

Porqué seguir pensando en institutos de encierro cómo depósitos….

¿Porqué no pensar en orquestas dentro de institutos como disparadores de cambios del statuo quo jurídico que rige la modalidad del castigo- encierro?

Lo esencial es generar un sistema que considere en términos reales la niñez, sus cuidados, logros, valoración, identidad y autoestima y dónde se cumplan los derechos que los considera sujetos.

Los invito a pensar y trabajar en un nuevo paradigma, los niños/adolescentes protagonistas reales y sujetos de derechos.

¿Qué sucede con la participación de niños en orquestas?

-Modifican sus conductas en lo relativo a solidaridad, cooperación, sentido de pertenencia, trabajo colectivo, fraternidad e integración social, además de un montón de beneficios y logros estudiados por la neurociencia.

¿Acaso no es a lo que apuntamos cuando pensamos en el Interés Superior de los mismos?

-Incrementan niveles de atención, auto-disciplina, desarrollan destrezas personales, concentración, autoestima, sentido de la pertenencia, organización interna e identificación.

-En lo relativo a lo social se logra no reproducir marginación y la consecuente estigmatización de su paso por la estructura judicial.

–Obtener alternativas laborales para seres que por el destino decidido por otros, la elección de sus futuros se hace inviable.

-Modificar acciones administrativas-judiciales que revelen cambios en la consideración y trato que se extienden a los niños/ñas y adolescentes.

-Generar alternativas vinculadas a la noción de logro, valoración y autoestima.

- Pensar la orquesta como una sociedad en miniatura, y permitir que de una manera lúdica, creativa y diferente puedan resolverse dificultades del cotidiano de la niñez.

-Lograr respeto, coherencia, concentración y seguridad en sí mismos, además de la escucha del otro como parte del intercambio social propuesto.

La Orquesta como símbolo, con un alto sentido de pertenencia que compromete esfuerzo y trabajo colectivo, como elemento reparador de las carencias propias del sector social al que pertenecen los niños perseguidos por el sistema dominante.

Músicos y Maestros, como ideales de trabajo a seguir del trabajo en equipo. La experiencia orquestal como posibilidad de reciprocidad y mutualidad.

Concepción de la enseñanza como en el amor un feedback por el cual se genera en unos y otros un espíritu de crecimiento y entusiasmo de comunicar/se recreando valores y persiguiendo metas, objetivos concretos como lo es “Sonar con otros” a partir de un instrumento musical.

Un lugar de identificación de pertenencia y de futuras posibilidades laborales: “autonomías”

La Autonomía dignifica pues comenzar a apropiarse de un conocimiento y que lo sea trabajando en equipo, es esencial para obtener resultados humanos.

Nada es principal en el discurso musical, por eso todos sus componentes e integrantes son igualmente importantes.

Apelo a ustedes a desafiar condiciones jurídicas históricas que establecen relaciones económico – política – sociales relacionadas a supuestos subyacentes de la condición de la niñez.

¿Puede la llamada seguridad jurídica sostener valores diferentes a las reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales?

¿Acaso existe seguridad jurídica para quienes padecen situaciones de vulnerabilidad social o discriminación en virtud de su clase social?

Sabemos que cuando se conforma un Estado la voluntad política se consolida en un texto constitucional en el que se establecen objetivos políticos, derechos y garantías, bienes jurídicos tutelados en un bloque único que sólo admite interpretaciones integrativas pero no exclusiones ni mutilaciones.

¿Qué hacer entonces cuando la seguridad jurídica de unos significa la inseguridad jurídica de otros indefensos, débiles, pequeños y sin posibilidad de ser escuchados su deseo frente a la vida?

Un Estado no debe ni puede ser Incapaz de implementar a partir de sus políticas públicas medios eficaces e idóneos para proteger a su niñez y adolescencia, y ello nos implica. Cada uno de nuestros días están llenos de decisiones para con las vidas de niños, adolescentes y sus destinos como seres humanos.

Cortazar escribía la esperanza no nos pertenece a nosotros-sujetos cambiantes y a menudo indiferentes- la esperanza le pertenece a la vida: es la vida misma defendiéndose, incluso de nuestra peligrosa tendencia a la pasividad y al abandono de la lucha.

Activemos lo que nos hace "Seres Humanos Completos" echémosle una mano a la esperanza.

Ponencia 2 – Comisión 1

Título: Argentina: Impacto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en la órbita de la Salud Mental y Adicciones y Consumos en niñez, adolescencia y juventud.

Autor/es: Luján Liliana Rocca

Contacto y datos autora:

Luján Liliana Rocca, nacida en Venado Tuerto, provincia de Santa Fe, Abogada, Profesora Universitaria en Ciencias Jurídicas, Miembro de la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia ALAMFPYONAF (Referente en Provincia de Santa Fe –RCA Argentina); Adscripta Residencia de Minoridad y Familia- Cátedra A- Facultad de Derecho- UNR ;Prof. Adjunta "Concursos y Quiebras"- Contador Público- Universidad de Ciencias Empresariales -UCEL-Rosario; Adscripta "Derecho Comercial III"- Derecho- UNR ; Profesora "Seminario IV-Jurídico Administrativo-Tecnicatura Superior en Administración de la Salud, IES nº 29,Rosario

Domicilio: 9 de Julio 2239-PB-B, Rosario, Santa Fe, Argentina; Argentina.

Teléfono 341 153 209 793.

E-mail drarocca@hotmail.com

ARGENTINA: IMPACTO DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN EN LA ÓRBITA DE LA SALUD MENTAL Y ADICCIONES Y CONSUMOS EN NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y JUVENTUD.

SINTESIS

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), se constituye en el instrumento legal más importante del derecho privado en la República Argentina desde el 1 de Agosto de 2015.

En el artículo 1 se determina que esta norma es parte de un sistema jurídico respetuoso de principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, es decir la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que el país sea parte. 59

Se propone en este trabajo analizar la nutrida normativa sobre Salud, Salud Mental en niñez, adolescencia y juventud (NAJ) a la luz del nuevo Código; la misma previamente había receptado legislativamente la conceptualización de la salud como derecho humano, el niño/a y adolescente como sujeto de derecho , la recepción del principio de la autonomía progresiva y la atención del superior interés del niño como criterio rector que orienta la actuación de todos quienes están involucrados en la materia NAF.

Analizaremos por qué con el dictado del CCCN ha mejorado sustancialmente el panorama que se presenta en la materia de adicciones y usos problemáticos de sustancias y tecnologías cuando se encuentran involucrados niños/as, adolescentes y jóvenes con fundamento en que se ha conjugado la nueva normativa civil y comercial con la legislación que regula los microsistemas de Salud , Salud Mental y Niñez.

Finalmente se concretarán recomendaciones en la materia ya que sin duda "El desafío actual no es reconocer los derechos humanos en niñez y adolescencia sino hacerlos efectivos."[60]

I.- MIRADA JURÍDICA DE LOS ABORDAJES DE ADICCIONES EN MATERIA DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y JUVENTUD -PARADIGMA DEL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

Podemos adelantar que en las materias de salud, salud mental y adicciones y niñez/adolescencia y juventud, el tratamiento se ha visto mejorado con el dictado del nuevo Código ya que el microsistema de salud –que incluye la salud mental- se ha enriquecido altamente con la nueva mirada del derecho a la salud como un derecho constitucional supremo.

En un inicio, claramente, el CCCN impacta en la órbita de la Salud –y por ende de la Salud Mental- a través de esta consideración sumada al respeto del principio de la autonomía progresiva de los niños/as y jóvenes, la atención del superior interés del niño en la toma de decisiones que los involucran, la recepción de la teoría del consentimiento informado, la consideración de los derechos del paciente como eje en la prestación médica.

---

59 Incluye tratados "que tengan jerarquía constitucional derivada, como los instrumentos que enumera el art. 75, inc. 22; que adquieran tal lugar por una mayoría especial, como lo prevé la misma normativa como aconteció en el 2014 con la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), según lo establece la ley 27.044; o que no tengan tal jerarquía, pero sean ratificados por el Estado argentino."

[60] Precongreso de ALAMFPYONAF en provincia de Santa Fe, Julio de 2015, ciudad de Santa Fe, preparatorio del VII Congreso Anual de la Asociación que tendrá lugar en Mendoza desde el 18 al 20 /11/2015.

"*En el tema de las adicciones - al coexistir diferentes modelos de abordaje - hay una necesidad seria de reflexionar y aunar criterios y comprender que la mejoría de las condiciones socioeconómicas de la población impacta en la calidad de la salud. Debe avanzarse en la idea de que las políticas sanitarias no deben reducirse estrictamente a la atención en las instituciones de salud, brindando prestaciones sanitarias, sino que deben comprender la educación, el medio ambiente, las condiciones socioeconómicas y laborales, hábitos de vida, pobreza, vivienda y alimentación y políticas preventivas*."[61]

A continuación analizaremos cómo ha quedado delineado el panorama jurídico argentino, a través del análisis de la nueva normativa civil y comercial con-jugada con la legislación que regula los microsistemas de Salud, Salud Mental y Niñez.

Nos centraremos solamente en los aspectos siguientes: la consideración del derecho a la salud como un derecho constitucional supremo, el respeto del principio de la autonomía progresiva de los niños/as, adolescentes y jóvenes en materia de salud y la atención del superior interés del niño en la toma de decisiones que los involucran.

II.- LA SALUD COMO DERECHO CONSTITUCIONAL SUPREMO

La Salud es un derecho humano ya que las enfermedades son biopsicosociales porque abarcan todos los aspectos del individuo. Este derecho debe satisfacerse en todo momento no solo en caso de enfermedad. El concepto de salud se ha ampliado partiendo de una visión totalizadora de la persona humana, incluyendo a la salud mental. Se ha dicho que "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades."[62] Y el nuevo Código Civil y Comercial recepciona y regula la salud desde este posicionamiento jurídico, social y médico.[63]

Desde hace varios años en Argentina, la Ley de Salud Mental de la Nación (LNSM) había definido-siguiendo este posicionamiento -que su objeto es asegurar el goce pleno de los derechos humanos de las personas y que los abordajes en materia de adicciones se equiparan a los de salud mental.

---

[61] Rocca, Luján Liliana, Disertación "Adicciones y jóvenes: Prevención en el ámbito educativo", PANEL "Los adolescentes entre la protección y la desprotección" una mirada socio jurídica. Jóvenes y adicciones. Responsabilidad penal juvenil. Penas. Medidas de Seguridad .Mirada social de los adolescentes", PRE CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA PROVINCIA DE SANTA FE, Santa Fe, Viernes 5 de junio de 2015,preparatorio del VII Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia de ALAMFPYONAF.

[62] La cita procede del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, Nº 2, p. 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. La definición no ha sido modificada desde 1948.

[63] Código Civil y Comercial de la Nación, comentado Directores Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, Título Preliminar y Libro Primero , Comentario al art 138, pág. 271 y 272

La consideración del derecho a la salud como un derecho constitucional supremo refuerza este posicionamiento.[64]

El paso del paradigma liberal igualitario- contenido en el Código de Vélez Sarsfield- al paradigma autonómico[65] que plantea el nuevo código y el principio igualitario - por el cual se reconocen grupos vulnerables a los cuales se les debe brindar un tratamiento jurídico diferenciado, nos obligan a una nueva mirada del tema de adicciones, uso y consumos problemáticos de sustancias y tecnologías.
La entrada en vigencia del nuevo CCCN "iluminará" al microsistema de la salud en general y de la salud mental en particular, impactado positivamente por este paradigma.
En materia NAJ la nueva normativa se adecua a la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) que desde 1994 tiene rango constitucional, en armonización también con las normativas de protección integral provinciales.

La Dra Kemelmajer de Carlucci alude en su prólogo al CCCN a la "capacidad" y a las cuestiones de salud mental en general, explicando que en esa materia en los fundamentos del Anteproyecto se sostiene que "*El punto de partida es que existe una ley especial que regula la temática; de allí que se ha estimado que el anteproyecto sólo debe establecer reglas generales […].* [66].

Estas reglas generales que menciona la Dra. Kemelmajer de Carlucci, han pasado ahora a ser un imperativo jurídico. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación contiene un modelo de aplicación e interpretación de fuentes como un imperativo jurídico para el intérprete; asimismo encara un proceso de descodificación y microsistemas jurídicos y establece nuevos paradigmas y principios jurídicos cuya función es "iluminar" a los microsistemas y no sustituirlos. En opinión de algunos autores esto *"Permite la actualización de los microsistemas sin modificar el código."*[67]
Y sin duda este es el futuro del microsistema de la Salud Mental y las Adicciones, partiendo de esta mirada de la salud como derecho constitucional supremo que la incluye y por ende el abordaje de las adicciones y consumos problemáticos de todo tipo. Ya la normativa nacional avanzaba en el sentido de superar la lógica de encierro en el tratamiento de adicciones y por el decreto reglamentario definía una serie de abordajes posibles.[68]

Es más se habla de un "diálogo de fuentes" en la doctrina nacional, aludiendo al CCCN como factor de integración de los microsistemas. Las leyes especiales no configuran universos aislados, sino que son parte de un sistema normativo. Este nuevo código tiene por tanto una función de "cohesión",

---

[64] LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL-Nº 26.657-: art 1 y 4.
[65] Fabiano, Aidilio, "Persona Humana. Capacidad. Salud Mental. Bioética", Curso de Actualización del Código Civil y Comercial de la Nación, Rosario, Marzo de 2015
[66] OP. Cita, Prólogo de Aída Kemelmajer de Carlucci, pág. XVII, Punto I-3
[67] Fabiano, Aidilio, "Persona Humana. Capacidad. Salud Mental. Bioética", Curso de Actualización del Código Civil y Comercial de la Nación, Rosario, Marzo de 2015.
68 LSM ART 4, Dec 603/2013 art 11: 1) promoción de la salud mental ,2) prevención del padecimiento,3) intervención temprana,4) tratamiento, 5) rehabilitación, 6) inclusión social, 7) reducción de daños evitables ,8) otros objetivos de apoyo o acompañamiento,9) Articulación.

que se evidencia en la incorporación de principios constitucionales y los tratados de derechos humanos de manera expresa. Y requerirá por tanto una "nueva exegesis" con el auxilio de la opinión de los jueces motivando sus resoluciones más un papel protagónico de la doctrina nacional como instrumento facilitador de este diálogo de fuentes.[69] [70]

La tarea de informar y capacitar sobre la temática a la sociedad en general y a los mismos jóvenes en competencias y habilidades personales y más aún a todos los operadores NAF(NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA) es asimismo, una meta indirecta que se han propuesto los redactores de esta normativa ,quienes han concebido los textos .[71]

III.- RESPETO DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS NIÑOS/AS Y JÓVENES [72] [73]

El niño, niña y adolescente es sujeto de derecho ;el CCCN regula la temática en el Libro Primero, Parte General Título I cuando habla de la persona humana y en la Sección segunda aborda particularmente la regulación sobre las personas menores de edad.

Según el nuevo sistema toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos y puede ejercer por sí misma sus derechos, con las limitaciones expresamente previstas en el CCCN o en una sentencia judicial.

Se sigue el principio general de capacidad y se distingue capacidad de derecho – que implica la posibilidad de ser titular de derechos y adquirir obligaciones - y capacidad de hecho o de ejercicio de esos derechos. La regla es la capacidad, pero se admite de manera excepcional y restrictiva la existencia de ciertas incapacidades determinadas solamente por la ley o por sentencia judicial. Este reconocimiento de la capacidad y toda la normativa que se dicta en consecuencia es de orden público y las partes no pueden hacer pactos u otorgar concesiones que desconozcan estas disposiciones legales. El Código denomina persona menor de edad a la persona humana que no cumplió 18 años, momento en el que se adquiere de manera definitiva la capacidad de ejercicio de los derechos. Mientras que incorpora la categoría de adolescente, entendiendo por tal a la persona humana menor de edad que cumplió 13 años.

---

[69] Óp. cita , Prólogo de Aída Kemelmajer de Carlucci,, pág. XV y XVI

[70] Óp. cita, INTRODUCCIÓN, Marisa Herrera, Sebastián Picasso y Gustavo Caramelo, pág. XXII

[71] Ibídem, Título Preliminar y Libro Primero, Prólogo de Aída Kemelmajer de Carlucci, Pág. XIX, Punto c. Para que todas las personas humanas puedan comprender la norma la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci afirma que la complejidad del sistema no debe asustar y aclara que "la Comisión puso especial dedicación para que la redacción de las normas sea lo más clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales y de las personas que no lo son."

[72] Ley de protección Integral a nivel nacional (Ley 26 061) ; Ley de protección integral a nivel provincial (Ley 12967/10) ; CIDN, en la República Argentina, desde 1994, la CIDN que tiene rango constitucional (art. 75 inciso 22 CN) , LNSM Art 26, 20,21,22,23,24 25,28,15

[73] Código Civil y Comercial de la Nación : art 22 y 23; art 25 y ss

Los menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. Sin embargo los niños/as, adolescentes y jóvenes pueden ejercer por sí los actos permitidos por el ordenamiento jurídico cuando cuentan con edad y grado de madurez suficiente y solicitar asistencia letrada. Por otro lado tienen derecho a ser oídos en todo proceso (judicial y administrativo) y participar en las decisiones sobre su persona.

En el comentario al art. 26 del CCCN se afirma que *"La noción de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos traslada el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica de competencia ya mencionada, derivada del campo bioético. Este parámetro, independiente de la capacidad civil, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular. Ello, aun cuando este no tenga plena capacidad, pero se evalúe que puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión a decidir."*[74]

En verdad la recepción de la capacidad como principio es nada más ni nada menos que la tan esperada adecuación de nuestra normativa nacional a la concepción que en los ámbitos jurídicos internacionales postulan a la capacidad no ya como un atributo de la personalidad sino como un derecho humano, inherente a la persona.

En materia de niñez, adolescencia y juventud la doctrina de la protección integral, plasmada en la CIDN y en las diferentes leyes de protección integral ya recepcionaba el principio de la Autonomía progresiva de niños/as y jóvenes como orientación de la acción de padres, tutores, magistrados, profesionales y operadores NAF.[75] La CIDN expresa claramente el respeto a la condición del niño/a y joven como sujeto de derecho que se materializa promoviendo la escucha de su opinión, el reconocimiento de la misma y la posibilidad de actuación personal del niño/a o joven.

Por ende en el nuevo código se regula el sistema jurídico de capacidad de niños/as, adolescentes y jóvenes de manera tal que no basta –como única pauta-la consideración del parámetro de la edad, sino que se suma la atención de la "madurez suficiente" para otorgar el acto; en definitiva no necesariamente la igualdad de edad significa igual capacidad, un mismo niño presentará capacidad suficiente para ciertos actos y no para otros. Se cumple así con la obligación estatal de control de convencionalidad, regulándose la capacidad conforme al principio constitucional de Autonomía progresiva (CIDN con rango constitucional).

---

[74] Op cit., Título Preliminar y Libro Primero , Comentario al art 26 , pág. 68

[75] "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061".Nelly Minyerski y Marisa Herrera, Capítulo IV, GARCIA MENDEZ, Emilio (compilador),"Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes-Análisis de la Ley 26.061,Fundación Sur Argentina, Editores del Puerto-2006; Mizrahi , Mauricio Luis ,"Autonomía de la voluntad y decisiones de los padres respecto de sus hijos menores", LL, T 2003-F,Sec Doctrina; Mizrahi, Mauricio, L, "Familia, matrimonio y divorcio", Buenos Aires , 1998, entre muchos otros.

El microsistema de la Salud Mental es iluminado por la normativa general, de donde se sigue que en la materia de adicciones y consumos NAJ será aplicable no solo el CCCN sino toda la normativa sobre Salud Mental y Protección Integral. El panorama que se avizora entonces es el que sigue.

El código estructura el ejercicio de los derechos relacionados con el propio cuerpo y la salud en base a: a) presunciones y b) la consideración de la complejidad y/o efectos eventuales del acto médico. Fija un piso etario para el ejercicio de estos derechos en forma personal y directa (13 años) y un tope (16 años) a partir del cual ya las reglas propias del sistema de los menores de edad no son aplicables en base a la presunción que la norma establece a su favor: es mayor de edad para la toma de decisiones vinculadas con el cuidado de su propio cuerpo. Finalmente se diferencia el otorgamiento de un contrato médico (acto jurídico patrimonial que exige la consecuente capacidad*)* de *la* competencia o aptitud del adolescente para tomar decisiones frente a actos y/o tratamientos médicos (ejercicio de un derecho personalísimo).

Así respecto de los adolescentes entre 13 y 16 y jóvenes entre 17 y 18 en materia de salud – y en materia de adicciones y consumos problemáticos afirmamos que: - se presume su aptitud para decidir por sí en materia de tratamientos no invasivos, que no comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

- el adolescente debe prestar su consentimiento con asistencia de sus progenitores en materia de tratamientos invasivos, que comprometen su estado de salud o que pone en juego su vida o integridad física. En este caso el CONFLICTO se dirime acudiendo a su superior interés con base en la opinión médica referida a las consecuencias de realizar o no el acto médico, opinión que debe ser respetuosa del Interés superior del niño/a o adolescente.

- El adolescente desde los 16 es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

- La internación de niños/as, adolescentes y jóvenes (voluntaria o involuntaria) es un recurso terapéutico excepcional que debe concretarse en un hospital general, solo cuando no es posible un abordaje ambulatorio y cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, debiendo procederse de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos y a lo previsto por el CCCN.

- No deben prosperar las internaciones ordenadas judicialmente “para protección de persona” a pedido de familiares o para solucionar problema sociales o de vivienda.

- Hay que informar a los niños/as, adolescentes y jóvenes que tienen derecho a designar, en caso de internación, un abogado y si no lo tienen el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. Apareciendo nuevamente aquí como trascendente la figura del Abogado del niño/a brindando asesoramiento técnico. Esto nos vincula directamente con la posibilidad de los menores de edad de solicitar asistencia letrada- en caso de conflicto al ejercer el derecho a ser oído en un proceso judicial o administrativo y participar en las decisiones vinculadas con su persona, cuando lo hacen de manera personal y no hay coincidencia con las decisiones de sus representantes o tutores legales. Se pone en el tapete la discusión sobre la necesidad de que los

mismos tengan posibilidad de ser asistidos técnicamente por un letrado independiente de aquel que representa a sus padres o tutores.[76]

- Se ha receptado la tendencia del derecho comparado conocida como "doctrina de la capacidad natural", que sostiene que el ejercicio de derechos fundamentales de los niños/as y jóvenes depende de las efectivas condiciones de madurez .Estas últimas se van adquiriendo progresivamente hasta llegar a una total plenitud. Y en materia de actos médicos se incorpora el parámetro de "mayoría anticipada*". Este principio no nos era ajeno, puesto que varias normas ya reconocían esta capacidad natural, entre ellas la Ley de Derechos del paciente.*[77]

En definitiva, necesariamente debe aplicarse el principio de autonomía progresiva ya que debemos reconocer al niño/a, adolescente o joven la competencia que la ley le otorga para decidir sobre cuestiones vinculadas con su derecho personalísimo a la salud. Esto no implica desautorización de los padres, sino que refleja el respeto al derecho del niño/a o joven a expresar su opinión y a que se lo escuche de manera "activa y concreta" en asuntos de su interés así como la aplicación efectiva del principio rector del interés superior del niño y el respeto a sus derechos personalísimos para decidir sobre su cuerpo y su salud.

IV.- TODAS LAS DECISIONES EN LAS QUE SE ENCUENTRAN INVOLUCRADOS UN NIÑO, NIÑA O JOVEN DEBE RESPETAR EL SUPERIOR INTERES DEL NIÑO, NIÑA, JOVEN[78]

La normativa argentina adhiere al modelo -en materia de atención de niños/as y jóvenes -que busca la descentralización y el acercamiento de la protección directa a la comunidad de pertenencia del niño/a o joven , extendiendo los beneficios de la aplicación del criterio del superior interés del niño/a ,adolescente y jóvenes para resolver cuestiones vinculadas con los sujetos hasta los 18 años.

Este interés se satisface cuando al tomar cualquier decisión en materia NAJ se obtiene la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que la ley reconoce, respetando su condición de sujeto de derecho, su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta ,el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, la edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, el equilibrio entre

---

[76] Op cit., Título Preliminar y Libro Primero , Véase al respecto el Comentario al art 26 , pág. 69

[77] Ley 26.529 de Derechos del Paciente incorporó por conducto de su reglamentación —decreto 1089/2012—, art 2 inc e, "[…] Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud […]"

[78] CIDN art 3, CCCN art 26, Ley de protección integral nacional 26061 art 3, Ley de protección integral provincial 12967 art 4, CIDH Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 /08/ 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrafos 56 61.

los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común y el centro de vida.

Obviamente no están exentos de la aplicación de este principio los ámbitos de la salud y de la salud mental. Si hay conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, siempre prevalecerán los primeros.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha definido al superior interés del niño como un *"punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.* Y ha dicho que *"En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño"*

Por ello los abordajes de las problemáticas de adicciones deberán basarse en decisiones fundamentadas en dos ejes: el interés superior del niño/a, adolescente o jóvenes y la opinión médica respecto de la realización del acto, que no puede prescindir de este principio rector. Esto debe tenerse presente si al momento de la toma de alguna decisión se generara un conflicto entre la decisión personal del sujeto de derecho y la decisión de sus padres o tutores legales.

En materia de niños/as y jóvenes y adicciones hasta los 18 años, los abordajes deben encararse conforme al modelo que busca: la descentralización de la atención , el acercamiento de la protección directa a la comunidad de pertenencia del niño/a o joven ,aplicación del criterio del superior interés del niño/a y jóvenes para resolver cuestiones vinculadas con adicciones y el plus de consideración de las pautas de la LNSM. Se ha planteado con anterioridad y en diferentes espacios que *"la regla es la presunción de capacidad de todos los sujetos, que implica la aplicación del principio de "capacidad progresiva". El niño/a o joven tiene competencia para decidir sobre cuestiones vinculadas con su derecho personalísimo a la salud. Hay desautorización de los padres? No; respeto al derecho del niño/a o joven a expresar su opinión y a que se lo escucha de manera "activa y concreta" en asuntos de su interés*."[79]

Los sujetos menores ,de entre 13 y 16 años (categoría "adolescente" que incorpora el nuevo código) en materia de salud mental y adicciones podrán entonces por sí mismos ,peticionar directamente, actos médicos que no comprometan su salud y no provoquen riesgo en su integridad física o síquica ; en caso de tratamiento invasivo o compromiso de integridad, vida o salud se hace necesaria la "asistencia" de sus representantes- que es diferente a la sustitución o representación de la voluntad - y el "consentimiento" del adolescente o del joven. Debiendo acudirse en caso de

[79] Rocca Lujan Liliana, COMISION 5-Adicciones en Niñez, Adolescencia y Familia, "El abordaje de las adicciones en Argentina. Ley 26657". "El caso particular de adicciones en niños/as y adolescentes: normativa de la provincia de Santa Fe", IV Congreso Latinoamericano de ALAMFPYONAF, **Universidad Católica de los Ángeles de Chimbote, Piura, Perú, disponible en** www.alatinoamericana-naf.com,Libro de ponencias del Congreso.

conflicto a la solución fundamentada en dos ejes: el superior interés del niño/a o joven y la opinión médica, científica, objetiva respetuosa de ese interés.

Desde los 16 el sistema se independiza de las previsiones, incapacidad y competencia, siendo el sujeto entonces considerado como un mayor de edad al efecto de la decisión médica.

V.- RECOMENDACIONES

a) Reforzar – de manera urgente- las tareas de prevención en Adicciones y Consumos problemáticos brindando información científica, objetiva, precisa, libre de prejuicios y preconceptos, partiendo del tratamiento del niño/a ,adolescente y joven como sujetos de derecho[80].

b) Exigir políticas sanitarias tendientes a que los servicios de salud pública reconozcan la multiplicidad de abordajes propuestos desde la normativa de salud mental en materia de adicciones y consumos problemáticos de sustancias y tecnologías a fin de que los profesionales y operadores de salud los pongan en práctica y cesen las vulneraciones de los derechos de los niños/as ,adolescentes y jóvenes , ya que el abordaje de la internación en comunidades terapéuticas de todo tipo se sigue recomendando aun cuando sean posibles otros abordajes ambulatorios .

c) Exigir al Estado el cumplimiento de su deber de velar para que -en materia de adicciones y consumos problemáticos - las obras sociales y las empresas de medicina prepaga prioricen esta mirada, brindando cobertura de los diferentes abordajes y adecuándose a tal fin, aplicándose la internación como recurso excepcional.

d) Encarar la mirada jurídica del tema adicciones y consumo problemático de sustancias y tecnologías junto a los adolescentes y jóvenes, desde el nuevo paradigma autonómico en proyectos de formación entre pares.

e) Que la Comisión recomiende fuertemente la efectivización del DERECHO HUMANO A LA SALUD de niños/as ,adolescentes y jóvenes reconocido por la legislación argentina y el cese de las vulneraciones que voluntaria o involuntariamente se dan tanto en el ámbito judicial (autorizando internaciones a pedido de familiares), de la salud(donde no son atendidos los niños/as ,adolescentes o jóvenes si no se presentan sus familiares y donde existe una fuerte resistencia a encarar abordajes de adicciones y consumos problemáticos en los hospitales generales generalizándose la internación en comunidades) , administrativo , educativo y todo aquel que se vincule con estos grupos.

80VI Congreso ALAMFPYONAF (Asociación Latinoamericana de Magistrados ,Funcionarios, Profesionales, y Operadores de niñez, Adolescencia y Familia),Recomendaciones Comisión I :Derechos humanos de niños, niñas, adolescentes y familias en situación de vulnerabilidad: políticas públicas, legislativas y programas , Natal, Brasil, disponible en http://6congresobrasil.alatinoamericana-naf.com/index.php?option=com_content&view=article&id=34&Itemid=25

Ponencia 3 – Comisión 1

Título: Demoler prejuicios

Autor/es: Patricia Stefanazzi – Natalia Castro

Contacto:

- Lic. Stefanazzi Patricia Teléfono 2974207366 Gobernador Gallina Nº 944 Comodoro Rivadavia -Chubut –Argentina. Email: stefanazzipv@yahoo.com.ar

- Lic. Castro Natalia Teléfono 2974922910 Sarmiento Nº 1148 Comodoro Rivadavia Chubut Argentina. Email: naty.c89@hotmail.com

LUZ, CAMARA, ACCION: A DEMOLER PREJUICIOS !!!

Comisión I -Derechos Humanos, Políticas Públicas, legislativas respecto a los niños, Niñas y adolescentes: en Responsabilidad de Estado Articulo 20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño

Derechos Humanos de Niños, Niñas, Adolescentes y Familia en situación Difícil.

SÍNTESIS DE PROPUESTA:

La presente propuesta, y desarrollo de ponencia busca brindar herramientas para finalizar con Políticas Públicas segmentadas y focalizadas. Desmitificando aquellos programas “enlatados” que desconocen las dimensiones que atraviesan los problemas Sociales.

Se busca promover la construcción de nuevas miradas y perspectivas que permitan elaborar estrategias, desde un desarrollo inclusivo.

El planteo central refiere a realizar intervenciones de abordaje integral, que consideran las complejidades de las situaciones emergentes, diseñando acciones conjuntas entre los diferentes actores sociales en pos de garantizar los derechos vulnerados de niños, niñas, adolescentes y sus familias.

El presente trabajo, intenta dar cuenta de los lineamientos promovidos desde la Oficina de Derechos y Garantías de la Niñez, la Adolescencia y la Familia de la ciudad de Comodoro

Rivadavia, provincia de Chubut Argentina .Dicho organismo se crea a raíz de la ley provincial III Nº 21 (Ex 4347), Ley de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia.

Dicha ponencia responde a la Comisión I de Derechos Humanos, Políticas Públicas, legislativas respecto de niños, niñas y adolescentes: en Responsabilidad del Estado Art. 20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño abarcando el tema referido a Derechos Humanos de Niños, Niñas, Adolescentes y Familias en situación difícil . Desnutrición Infantil. Capacidades Restringidas: Trabajo, Salud, y educación. Asistencialismo e inclusión.

Se parte del siguiente marco legal:

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989).
- Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niña, Niños y Adolescente (2005).
- Ley Provincial III Nº 21 (ex 4347) de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia (1997).

En el pasado el abordaje de la "infancia" fue construido desde una perspectiva conservadora, desde este enfoque las políticas de Trabajo, Salud y Educación consideraban la pobreza, la situación de calle, la desocupación laboral, y otras problemáticas sociales como manifestaciones adjudicadas a las actitudes y comportamientos de los sujetos individuales. Así, la niñez segregada fue estereotipada como "peligro social" culpabilizándola. De este modo las historias familiares eran presentadas y comprendidas como si estuvieran desvinculadas de las situaciones estructurales de pobreza.

A diferencia de esa perspectiva culpabilizadora de la familia, en la actualidad el enfoque de **sujeto de derecho y protección integral** considera a la familia como el ámbito óptimo y prioritario para el desarrollo de los niños/as y adolescentes.

Para esto se requiere políticas sociales, que impliquen ***"un abordaje integral de la complejidad social, y una concepción de las personas, sus familias y comunidades ya no como beneficiarios pasivos, sino como ciudadanos portadores de derechos y de saberes, por lo tanto protagonistas de cambio"***[81]

Se considera de suma importancia "Políticas Públicas", pensadas desde un rol activo del Estado, que hace un reconocimiento de los derechos sociales de las personas, generando

[81] Curso de Posgrado- Actualización Profesional para Trabajadores Sociales- Ministerio de Desarrollo Social de la Nación- 2015

espacios de participación y acuerdos, apuntando a la reconstrucción del tejido social fragmentado.

Hoy el Estado debe comprender la complejidad de la realidad, considerando las particularidades promoviendo programas y proyectos pensados para los emergentes de las actuales coyunturas que atraviesan las realidades complejas.

Las respuestas del Estado deben entenderse como proceso de construcción desde la agenda pública que considere las complejidades diarias. Partiendo de esto las Políticas Públicas deben pensarse como procesos que buscan la inclusión social con enfoques de derechos privilegiando a las personas, y haciendo eje en la promoción y fortalecimiento de las capacidades de los sujetos de derechos.

Las políticas públicas promovidas desde el Estado deben considerar, no solamente la dimensión ideológica, sino priorizar el aspecto económico y social, desde el desarrollo productivo sustentable. Al impulsar diferentes programas, proyectos o acciones que busquen restituir derechos vulnerados, deben pensarse propuestas superadoras y sostenidas en el tiempo que mantengan ciertos recursos que garanticen la calidad de las mismas prevaleciendo los aspectos de igualdad, equidad e integración. Con procesos de desarrollo inclusivos mediante la organización y participación comunitaria. No recayendo nuevamente en la re victimización de dicha población, por no destinar los recursos correspondientes para desarrollar estas propuestas pertinentemente. El estado debe intervenir haciendo distribuciones equitativas de los recursos en todos los niveles de la sociedad. Implicando un trabajo colectivo de articulación de recursos, circuitos administrativos y gestiones compartidas respetando las particularidades territoriales y superando visiones de fragmentación Las Políticas Públicas de Protección Integral de los Derechos de los niños, niñas, adolescentes y familias deben prever el resguardo, la reconstrucción, y la protección del tejido social , reforzando los lazos sociales y el ejercicio de una ciudadanía colectiva de igualdad por el acceso a los derechos. Con un enfoque universal, en lo que respecta al acceso de oportunidades, garantizando el acceso para toda la población. Concibiendo a los sujetos como titulares de derechos.

En cuanto a las acciones, la prioridad de los derechos de la niñez y adolescencia exige el fortalecimiento de la familia y reconsiderar la creación de espacios de participación de los propios niños/as y adolescentes, la promoción de redes intersectoriales locales, recuperando la noción de integralidad y corresponsabilidad en el diseño y gestión de políticas para la restitución, promoción, protección, prevención, asistencia y resguardo de los derechos y deberes.

El Sistema de Protección Integral está conformado por todos aquellos actores, tanto públicos como privados que interactúan y se articulan en pos del cumplimiento de los derechos, respetando sus competencias.

La orientación de prácticas bajo la perspectiva de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes requiere evitar las acciones espontáneas. La integralidad conlleva a la intervención articulada de las distintas áreas de gobierno y de la sociedad civil.

Desde esta perspectiva de protección integral de derechos y deberes, la planificación (institucional, profesional, organizacional y comunitaria.) debe priorizar la promoción de derechos, creando o fortaleciendo los espacios familiares, escolares formales e informales , así como barriales que permitan mejores condiciones de vida atento al interés superior de niños, niñas y adolescentes.

La integración institucional al Sistema de promoción y protección de derechos, puede comenzar con el reconocimiento de actores (personas, grupos, organizaciones sociales, instituciones, etc.) presentes en los territorios, buscando planificar las prácticas. Este reconocimiento de actores, otorga un punto de inicio para la articulación, el trabajo intersectorial, identificando las “responsabilidades primarias” de cada actor y las potenciales acciones multiactorales que pueden realizarse en la consolidación del sistema socio-territorial. La perspectiva integral, responde al principio de indivisibilidad de los derechos, e implica indefectiblemente una planificación articulada, que incluya a todos los actores, contemplando los principios de responsabilidad primaria y co-responsabilidad.

Continuando con este enfoque esta mirada de los niños/as y adolescentes y sus familias como sujetos de derecho, insta a promover la participación de los mismos en todo proceso que los afecte (sea judicial, administrativo o de la vida cotidiana). Ello, sumado al concepto de capacidad progresiva entendiéndose como capacidad progresiva de ejercer autónomamente sus derechos, indica un necesario proceso de transformación y resignificación de nuestras prácticas.

El fortalecimiento de la familia resulta indispensable para la prevención y abordaje de las situaciones de vulneración de derechos. La prioridad es fortalecer a la familia para que pueda brindar a sus niños/as y adolescentes las condiciones básicas para el cuidado y la crianza. Es decir, la co responsabilidad en el cuidado y protección de derechos incluye a la familia, al Estado y a la sociedad en su conjunto.

La separación de un niño/a o adolescente de su medio familiar constituye una medida excepcional y temporal (acotada en el tiempo). El organismo administrativo local de niñez será quien decida, agotando previamente todas las instancias y establezca la medida excepcional, quedando la autoridad judicial competente de cada jurisdicción como instancia de garantía y control de legalidad del procedimiento. Por ejemplo en aquellas situaciones de abuso sexual parental, violencia familiar entre otros.

Es importante introducir la distinción entre las Medidas de Protección Integral de las Medidas Excepcionales. Ambas implican una intervención estatal, en general vinculadas al ejercicio de la responsabilidad parental y para restituir o favorecer el ejercicio de derechos de niño, niña y adolescente:

MEDIDAS DE PROTECCION INTEGRAL son aquellas medidas emanadas del órgano administrativo de infancia a nivel local y deben estar dirigidas a restituir los derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

MEDIDAS EXCEPCIONALES son aquellas que deben adoptarse en situaciones excepcionales, cuando las niñas, niños o adolescentes deban ser temporal o permanentemente separados de su medio familiar o cuyo interés superior así lo exija. Son limitadas en el tiempo y excepcionales y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que le dieron origen. Serán ejecutadas una vez que se hayan agotado todas las posibilidades de implementar las medidas de protección integral.

En síntesis, la perspectiva de promoción y protección de derechos implica el traspaso de una concepción de nuestras prácticas que abandone el encasillamiento de algunos sectores como “peligrosos, necesitados, carenciados, incapaces”, que continúa estigmatizando y a partir de esto, condicionando las prácticas de los actores del Sistema de Protección.

PROPUESTA

Considerando una situación de vulneración de derechos, siendo que la misma emerge desde un actor social, receptándolo el actor institucional. ¿Cómo se inicia la intervención de una medida de Protección desde una perspectiva de Abordaje Integral?

Se trabaja con una metodología: recabando información respecto a la situación. Teniendo en cuenta intervenciones institucionales previas, antecedentes históricos familiares, culturales, sociales y demás aspectos que aporten al diagnóstico situacional.

Dependiendo la complejidad de la situación, y el o los derechos vulnerados de los niños, niñas, adolescentes y familias. Se convoca a mesas de trabajos con los diferentes actores institucionales y referentes comunitarios para socializar la información respecto a la situación, y así posteriormente delinear acciones a seguir. Siendo indispensable plantear el tipo de paradigma, sobre el cual se promueve la intervención. Prevaleciendo a lo largo de todo el proceso el Interés Superior del Niño.

Es prioritario realizar encuentros periódicos inter institucionales e inter sectoriales, que permitan dar cuenta del proceso de intervención, para conocer avances o retrocesos de la situación planteada. Así mismo, es de suma importancia realizar actas de cada reunión, para registrar las acciones con sus respectivos compromisos.

En el transcurso del proceso de intervención, es pertinente realizar evaluaciones parciales regularmente, que permitan visualizar Indicadores de Protección y de Riesgo, esto permite dar cuenta de los cambios y /o ajuste que se deben modificar en la intervención. Considerando que las situaciones complejas, responden a la multicausalidad, estas no finalizan, sino que se modifican continuamente en función al ciclo dinámico familiar.

A lo largo de toda la intervención, y bajo el paradigma del interés superior del Niño, es de suma importancia tener en cuenta que los tiempos de los niños, niñas, adolescentes y sus familias, no responden a los tiempos institucionales. Prevaleciendo siempre, la “mirada” hacia ellos/ellas y acciones.

En consecuencia, si se evalúa, que los indicadores de riesgo, sigue prevaleciendo, a pesar del acompañamiento y fortalecimiento familiar. Se debe dar curso, en forma conjunta con todos los actores, a las medidas de protección Excepcional. Para esto es necesario haber agotado instancias anteriores o medidas previas.

Citando a Leo Bayer *“A lo Mejor el problema no está en resignar cosas, sino en reasignar un nuevo valor a esas cosas”.*

Ponencia 4 – Comisión 1

Título: Derecho al voto.

Autor/es: María E. Molina

¿BENEFICIA O NO A LOS ADOLESCENTES ENTRE 16 Y 18 AÑOS, EL DERECHO AL VOTO?

¿EL VOTO A LOS 16 AÑOS IMPORTA AMPLIAR LA CIUDADANÍA O SOLO TIENE FINES ELECTORALES?

El 31 de Octubre del 2012 se sanciona la ley 26774, promulgada el 1 de Noviembre del 2012.Esta Ley es llamada ley de ciudadanía argentina.

En el art. 1 de dicha ley se establece que los argentinos que hubiesen cumplido la edad de 16 años, gozan de todos los derechos políticos conforme a la Constitución y a las leyes de la República.

El art.3 dice que "Son electores los argentinos nativos y por opción desde los 16 años de edad y los argentinos naturalizados, desde los 18 años…"

Enseña Bidart Campos que los denominados derechos políticos son tales cuando:

a) Se titularizan los sujetos que tienen:1) Calidad de ciudadanos y 2) calidad de entidades políticas reconocidos (por ej. Partidos políticos, y

b) No tienen ni pueden tener otra finalidad que la política.

El derecho electoral envuelve una locución que tiene dos sentidos:

a) Objetivamente y de modo análogo a como se habla del derecho civil, penal, comercial, etc. Es el que regula la actividad electoral en cuanto a sus sujetos, a su objeto, a los sistemas, etc. y

b) Subjetivamente, en cuanto designa la potencia de determinados sujetos para votar o para ser elegidos.

En el primer sentido, es decir**, objetivamente,** el derecho electoral constitucionalmente abordado nos conduce a estudiar:

a) el electorado; b) el objeto-designación de gobernantes, decisiones políticas sobre las cuales se recaba opinión; c) los sistemas políticos por ejemplo distribución del electorado, forma de votar, partidos políticos, etc.

En cuanto al segundo sentido, es decir **subjetivamente,** el derecho electoral constitucionalmente abordado nos lleva a examinar cuales son los sujetos que tienen **derecho político al sufragio y derecho político de ser elegidos,** así como las garantías que para ejercer tales derechos les están deparadas en un caso y en otro.

Es decir que **la esencia del derecho de votar es el derecho de elegir y de ser elegido.**

Respecto a los menores entre 16 y 18 años solo se les ha conferido el derecho de elegir.

No nos vamos a referir a que si los menores están suficientemente maduros por su edad para votar. Pero es indudable que debemos de analizar la capacidad de los menores. En el antiguo C. Civil los menores solo podían ejercer sus derechos y obligaciones por intermedio de sus representantes legales, quienes eran sus padres o sus tutores. Este concepto se encuentra en el art...100 y 101 del nuevo C. Civil y Comercial.

También en el nuevo C. Civil se dice que menor de edad es la persona que no ha cumplido 18 años. El código denomina adolescente a la persona que cumplió 13 años (art.25).

Si bien los menores tienen hoy la llamada capacidad progresiva, es decir, que su capacidad de obrar va aumentando con la edad, la mencionada flexibilización en materia de capacidad de ejercicio implica necesariamente una adecuación en la función representativa.

El art. 26 del nuevo C. Civil dice que los menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. En el art. 27 se habla del matrimonio de los menores antes de los dieciocho años, obteniendo los menores su emancipación por el matrimonio, lo que les da plena capacidad con las limitaciones del art.28.En este articulo, entre los actos prohibidos, los emancipados no pueden afianzar obligaciones.

Los menores no pueden ser elegidos para ningún cargo político. Si bien es cierto que para ser diputado, senador, presidente o vicepresidente, la constitución determina quienes son aptos para ser elegidos para dichos cargos, respecto a los demás cargos electivos, que también tienen una connotación política, por ejemplo, concejal en una comuna, los menores No pueden ser elegidos. Los menores no pueden, como cualquier ciudadano, tener la expectativa de ser seleccionado para ocupar cualquier cargo político y esto es así porque

no serian responsables de los actos por el ejercicio de su cargo ya que los mismos solo pueden contraer obligaciones a través de sus representantes legales. En otras palabras, no tendrían Responsabilidad por los actos realizados en ejercicio de sus cargos.

Esta omisión para ocupar cualquier cargo, se encuentra, por ejemplo, en el art. 70 de la ley electoral nacional numero26774, que establece que para ser presidente o suplente de mesa en ocasión del comicio, tienen que tener entre 18 y 70 años.

Y el art. 75 bis de dicha ley dice que se crea el Registro Público de Postulantes a autoridades de Mesas, pero para estar en dicho registro deben de tener los requisitos del art. 73, es decir entre 18 y 70 años.

Pero el problema que realmente se le presenta al menor entre los 16 y 18 años que van a votar, es cuando el voto de los mismos fuera impugnado.

En efecto, el art. 92 de la ley electoral, se señala el procedimiento que debe seguir el Presidente de Mesa en caso del voto impugnado., que dice “En caso de impugnación el presidente lo hará constar en el sobre correspondiente. De inmediato anotara el nombre, apellido, numero y clase de documento cívico y año de nacimiento y tomará la impresión digito pulgar del elector impugnado en el formulario respectivo, el que será firmado por el presidente y los fiscales impugnantes….Luego colocara este formulario dentro del referido sobre, que entregara abierto al elector junto con el sobre para emitir el voto y lo invitara a pasar al cuarto oscuro. El elector no podrá retirar del sobre el formulario, si lo hiciere constituirá prueba suficiente de verdad de la impugnación, salvo acreditación en contrario.

Después de que el compareciente impugnado haya sufragado, si el presidente del comicio considera fundada la impugnación está habilitado para ordenar que sea arrestado a su orden. Este arresto solo será levantado en el caso en que el elector impugnado diera fianza pecuniaria o personal suficiente a juicio del presidente, que garantice su comparecencia ante los jueces. La fianza pecuniaria será de pesos Ciento Cincuenta….El elector que por orden del presidente de mesa fuera detenido por considerarse fundada la impugnación de su voto inmediatamente quedara a disposición de la Junta Electoral, y el presidente, al enviar los antecedentes, lo comunicará a ésta, haciendo constar en donde permanecerá detenido...

Estas sanciones que contiene la ley electoral No pueden ser impuestas a los menores entre 16 y 18 años cuyo voto hubiese sido impugnado.

Consideramos que el menor de 18 años no puede afianzar ninguna obligación y al no poder afianzar, no puede por ese motivo ser detenido o arrestado como consta en la ley. Realmente, estas sanciones contenidas en la ley electoral perjudican al menor ciudadano de 16 a 18 años, no solo porque compromete la libertad del mismo, porque puede ser arrestado por el Presidente de mesa, sino también por las consecuencias que puede sufrir en el futuro.

Pero, lo más grave es que hay una contradicción evidente con la ley 22278, que es la llamada Ley Penal de Menores. En efecto, dicha ley expresa en su art. 1 que" no es punible el menor de 16 años. Tampoco lo es el que no haya cumplido 18 años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o inhabilitación".

El menor no puede, por las leyes penales vigentes, ingresar al sistema del D. Penal de adultos. La ley 22278, establece que ante una imputación dirigida a un menor entre 16 y 18 años un régimen especial que faculta al Juez de Menores, si es necesario poner al menor en un lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

Todo este régimen que establece la ley 22278 No se ha tenido en cuenta al sancionar la ley electoral.

Más aún, el art.137 de la ley electoral incorpora las figuras de delitos con documentos adulterados, domicilio falso, inscripciones múltiples. Así se establece que se impondrá prisión de 6 meses a 3 años, si no resultare un delito más severamente penado, al Elector, que se inscribiera más de una vez, o lo hiciere con documento apócrifo, anulados o ajenos, o denunciare un domicilio falso, Puede suceder, que al advertirse alguna de las situaciones previstas en el art. 137, se impugne el voto del elector menor de edad y entonces el presidente de mesa proceda a arrestarlo y lo pone a disposición del Juez Electoral. Estas disposiciones se contradicen con la ley 22278, ya que el menor tendría que ser puesto a disposición del Juez Penal de Menores y no a disposición del Juez Electoral-

La reforma electoral incorporando a los menores de 16 años al escenario político, debe de ir acompañada de formas reales y más efectivas de participación e incidencia en la vida política.

De acuerdo a lo expuesto, llegamos a las siguientes conclusiones:

1) Que a los menores solo se les ha concedido el derecho político de elegir pero No para ser elegidos. Se les ha otorgado un derecho a medias.

2) Creemos que en virtud de lo expuesto en cuanto a lo referido a las sanciones señaladas en la ley electoral en caso de impugnación del voto, no pueden ser aplicadas de ninguna manera a los menores, ya que las misma se contradicen con lo establecido por la ley 22278 en su art.1
3) Se estima que se atenta también al Interés Superior del Niño, concepto consagrado en el art. 75 de la Constitución Nacional, ya que no puede entenderse que delitos de poca importancia hagan responsables a los menores y los sometan a todo un proceso cuando lo que se procura es evitarles la carga estigmática que implica el proceso.. Por lo tanto, deberá dejarse sin efecto la aplicación de dicho art. 92 del referido texto legal respecto de los menores electores entre 16 y 18 años. Igual temperamento deberá de adoptarse en la ley electoral de la Provincia de Mendoza, numero 2551, en su art. 37, que contiene las mismas sanciones que la ley Nacional.
4) Se propone además, en virtud de lo dispuesto por el art. 17 de la Convención de los D. del Niño, que se difunda por cualquier medio de comunicación, en especial en los colegios primarios y secundarios los alcances de la ley electoral respecto de los mismos, que derechos tienen y cuáles son las obligaciones.

Una democracia, para consolidar sus bases de sustentación necesita analizarse de manera permanente. El derecho electoral debe acompañarse de un proceso más amplio y complejo de discusión, en donde la democracia no se conforme con un mero acto eleccionario, sino que sea una democracia realmente participativa con compromiso social.

Solo es posible conceder a los menores entre 16 y 18 años el derecho de voto cuando haya una reestructuración total del sistema penal de menores que no se ha hecho. Esto impone un debate transparente de ideas en torno a la ampliación del derecho electoral, no desde la coyuntura política, que no es buena consejera en estos casos.

Ponencia 5 – Comisión 1

Título: Derechos Humanos de Niños, Niñas, Adolescentes y Familias en situación difícil. Desnutrición infantil. Capacidades restringidas: trabajo, salud y educación. Asistencialismo e Inclusión.

Autor/es: Laura Alejandra Gomez - Paula Carina Mora

Contacto:

Laura Alejandra Gomez.

Argentina - D.N.I. 24.472.323

Dirección: San Martin 763, 2 Piso, Dpto. "D" de Barrio Centro de la Ciudad de Córdoba, Argentina.

Teléfono celular: 54 – 9 -351 – (15) 2 148421

Teléfono fijo: 54 -9 – 351- 423 26 95

E-mail: laugomez10@gmail.com

Abogada, Procuradora, Mediadora, Diplomada en *Salud Publica –Violencia Intrafamiliar y Equidad de Género* por Escuela de Post Grado Universidad Siglo 21/Noviembre 2009- Consejería de Trabajo e Inmigración de la Embajada de España en Argentina y Fundación Mujer Paz y Desarrollo; Diplomada en Derecho y Gestión de la Salud, UNC y Colegio de Abogados de Córdoba. Docente de postgrado en cursos de Posgrado sobre Violencia dictados en Facultades de Derecho y Psicología de la UNC- Abogada del Programa Modelo Casa de Atención interdisciplinaria para Víctimas de Delitos contra la Integridad Sexual, dependiente del Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba, Argentina.

Paula Carina Mora.

Argentina - D.N.I. 22.323.090

Dirección: Vélez Sarsfield 2500 Barrio Altos de Vélez Sarsfield de la Ciudad de Córdoba, Argentina.

Teléfono celular: 54 – 9 -351 – (15) 6 62644

Teléfono fijo: 54 -9 – 351- 4341073

E-mail: carinamora@yahoo.com.ar

Lic. En Psicología UNC – Diplomatura en Abuso Sexual Infantil por Escuela de Post Grado Universidad Siglo 21/Noviembre 2009- Docente de postgrado en cursos de Posgrado sobre Violencia dictados en Facultades de Derecho y Psicología de la UNC- miembro del equipo técnico del Programa Modelo Casa de Atención interdisciplinaria para Víctimas de Delitos contra la Integridad Sexual, dependiente del Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba, Argentina.

Ponente: Lic. PAULA CARINA MORA

DERECHOS HUMANOS DE NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y FAMILIAS EN SITUACIÓN DIFÍCIL. DESNUTRICIÓN INFANTIL. CAPACIDADES RESTRINGIDAS: TRABAJO, SALUD Y EDUCACIÓN. ASISTENCIALISMO E INCLUSIÓN

BREVE SINTESIS DE LA PROPUESTA:

Como integrantes del equipo técnico de la *Casa de Atención Interdisciplinaria para víctimas de delitos contra la integridad sexual*, dependiente de la Secretaria de Lucha contra la Violencia a la Mujer y Trata de Personas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba, brindamos asistencia y orientación, interdisciplinaria a niñ@s y familias que han sido impactadas por la ocurrencia de un delito contra la integridad sexual.

En ese marco el presente trabajo es el análisis crítico "interdisciplinario" de la responsabilidad estatal que se evidencia en la novedosa Sentencia dictada el 23/10/2015 por la Excma. Cámara en lo Criminal de 6ª Nominación de Córdoba, que se replantea el concepto de víctima, culpabilidad, imputación y función social de la pena, a quien se ha visto involucrada en hechos de abuso sexual y corrupción de menores, debido a la omisión del Estado en medidas oportunas de protección; que tal vez hubieran evitado la continuidad y ocurrencia de nuevos hechos delictivos en el ámbito familiar.

DESARROLLO:

Abordamos este trabajo procurando destacar la importancia de la Doctrina del fallo traído a análisis, "*K,CA - K,NC p.s.a. abuso sexual gravemente ultrajante continuado, etc.* (causa Nº1093150)" en cuanto desde la perspectiva filosófica de la teoría del delito y la pena en el marco de los nuevos paradigmas plasmados en el plexo normativo internacional de DDHH sobre la violencia de género; la autoridad judicial en representación de Estado, y en vistas de su obligación de fallar; replantea el concepto de víctima del delito desde la óptica de la responsabilidad del Estado en la faz preventiva del delito.-

Así con fecha 09/10/2014 la Excma. Cámara 6ª. En lo Criminal de la ciudad de Córdoba, resolvió *" … ordenar al Gobierno de la Provincia de Córdoba a través del Ministerio de Justicia y Derechos y Ministerio de Desarrollo social, para que inmediatamente brinde a NCK un tratamiento integral (psicoterapéutico, alojamiento, contención económica –social)*; a cuyo fin ofíciese a la Casa de la Mujer (léase *Casa de Atención Interdisciplinaria para víctimas de delitos contra la Integridad Sexual*) …. *Invitar a las victimas EK y AK a realizar tratamiento psicoterapéutico, en la Dir. de As a la Vic a cuyo fin ofíciese si correspondiere*…"

De este modo el decisorio, pondera la victimización de NCK para absolverla de los delitos que se le atribuyen (y cuya existencia se acreditó en autos), tales *"abuso sexual gravemente ultrajante continuado agravado y coautora del delito de promoción a la corrupción de menores, agravado, en concurso ideal" conforme art. 34 inc°CP,art. 550 CPP, Ley 26485, La Ley Provincial 9283 y arts., 3,4,4,6,7y 8 de la Convención de Belén do Para, ratificada por ley 24632".*

La causa de marras se inicia por denuncia contra NCK de 28 años (hija mayor) y su padre CAK por hechos de abuso sexual, perpetrados por ambos, sobre la EK de 28 años de edad, y AK, de 17 años de edad; (hija y hermana n° 2º y 5º, respectivamente).

Que siguiendo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en cuanto entiende que *"la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño -art. 3°.1- impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos''* (CSJN, "S., C. s/ adopción", 02/08/2005, Fallos 328:2870; cfr., S"., V. c/ M. , D. A. s/ medidas precautorias", 03/04/2001, Fallos 324:975) es que corresponde analizar la responsabilidad que ***Artículo 20 de la Convención Internacional de los Derechos del niño***, impone donde reza *"….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…"*

Es en este contexto en que los antecedentes de la causa, marcan la importancia de las omisiones del Estado ocurridas en el año 2001 en que se inician actuaciones ante Juez de Menores de 8va. Nominación de la ciudad, Secretaria Nº7 porque EK, de 17 años de edad, huye del domicilio familiar manifestándole a la psicóloga del Dispensario Nº33, que su padre CAK abusar sexualmente de ella y de su hermana NCK, de 18 años de edad, con quien aquel comparte la cama matrimonial y hace vida de pareja. Que su padre es alcohólico y somete a golpes a toda la familia.

Que de las actuaciones desarrolladas en esa instancia judicial, el equipo técnico del fuero de Menores realiza entrevistas psicológicas a la madre de la familia RCH de 45 años; al acusado y a las hijas de la pareja, NCK de 18 años, EK de 17 años; no entrevistan a AK, de 7 años.

Durante el proceso judicial NCK se mostro reticencia a colaborar, niega cualquier tipo de abuso sexual por parte de su padre afirmando que su hna. EK invento todo porque tiene mala relación con su padre porque este no la dejaría hacer lo que ella quiere"

En cuanto al desarrollo psico-madurativo intelectual y psicoemocional se "infiere un potencial intelectual por debajo de los valores promedio, un tipo de pensamiento practico-concreto. El pensamiento seria infantil, sincrético e indiferenciado. El desarrollo psicoemocional se evidencia pobre, con importantes inhibiciones en el área de los afectos y las relaciones interpersonales"

En cuanto a la gestación superyoica o conciencia moral. "El superyó aun en formación ***se advierte laxo y permisivo***, es capaz de discriminar lo que está bien y lo que está mal"" el medio familiar tendría características de indiscriminación en los lugares y roles de cada miembro"

" ***Teniendo en cuanta que es el padre quien impone las reglas y normas de la familia, es posible que de existir en el supuesto caso, conductas incestuosas, Cecilia podría con el tiempo incorporar un sistema de creencias en donde el incesto sería un " hecho natural" en vez de ser algo condenado y rechazado***.

"En cuanto al nivel de comunicación intrafamiliar. De las entrevista de Cecilia y su madre se observa un funcionamiento familiar de vínculos patológicos (indiferencia, confusión en los lugares y roles) con un desdibujamiento e indiscriminación de los roles y lugares".

En relación a los mecanismos de defensa se encuentran en formación y desarrollo por su edad, aunque al momento del examen se observan debilitados, apelando a defensas como la ***disociación,*** la negación, que le imprimen un carácter esquizoide (introversión, restricción en la expresión emocional, se muestra indiferente, con un control rígido y gran represión

emocional(mecanismo de tipo obsesivo)estos mecanismos, no le resultan suficientes para sostener un adecuado manejo en el medio que la rodea.

Lo que permite concluir en esa oportunidad que…."NO se advierten en la adolescente ni del material proyectivo ni de sus manifestaciones, claros indicadores ni sintomatología compatible con abuso sexual y/o emocional". …."Aunque se advierte del material proyectivo elementos confabulatorios (construcción ideativa inconsciente de corte afectivo-conflictivo que distorsiona lo primeramente percibido en forma correcta), por lo que probablemente esto negado en la conciencia, sea conflictivo y perturbador a nivel inconsciente, así como también esto indicaría tendencia a mentir y a encubrir aspectos de la realidad (ej.: dormir con su padre) utilizando la mentira como mecanismo defensivo".

……Los indicadores en esta adolescente parecerían ser egosintónicos, esto es sin expresar angustia, conflictos…… no puede procesar o poner en representaciones mnémicas la angustia que todo esto le genera, intentando sobrellevar mediante la negación desmentida estos acontecimientos traumáticos.

…..Importantes elementos disociativos y una marcada retracción de la afectividad, que podrían evolucionar en una patología seria, por lo que ***se recomienda asistencia psicoterapéutica"***:

Haciendo una análisis crítico de lo hasta aquí expuesto; se advierte en la intervención del equipo técnico del año 2001 en la familia de NCK, que las entrevistas practicadas al grupo familiar, fueron consideradas parcialmente como informes de aspectos familiares estancos, arribando conclusiones que evidencian una ausencia de función tuitiva Estado; no solo desde lo orientador y fortalecedor de las responsabilidades parentales sino también por la ausencia de medidas protectoras que restablecieran a las niñas involucradas el pleno goce y ejercicio de los derechos vulnerados y especialmente la integridad psicofísica en un centro de vida digno.

En efecto, como consecuencia de las actuaciones desarrolladas a partir de la noticia de la victima EK de abuso sexual intrafamiliar, S.S. dispuso como medida de prevención que las niñas EK y NCK convivieran con una vecina por un determinado periodo de tiempo pero las niñas nunca realizaron tratamiento psicológico, tampoco sus padres.

Sin embargo, luego de unos meses las niñas retomaron al seno familiar con un padre CAK) alcohólico, violento, que en el informe referenciado evidenciaba *"un yo disociado y disgregado... carencia de limites internos... importantes y numerosos indicadores de descontrol de su impulsividad… minusvalía yoica y sentimientos de inseguridad, que se*

empeña en ocupar con conductas negativistas y evasivas… evidencia una relación labil, impulsiva y agresivo con el medio externo, donde relativizaría la infravaloración del mismo".

Por otro lado una madre RCH *"… con un nivel manifiesto de minusvalía, indefensión e inseguridad… marcado infantilismo… ambivalencia y una agresión proyectada al exterior… que no sería un impedimento para que se pueda desempeñar aun con ciertas dificultades en la crianza de sus hijos"*

Luego, llegamos al año 2012 donde nuevamente se denuncia por EK, graves situaciones de Abuso sexual intrafamiliar que involucran a CAK y NCK como agresores de EK y AK; con graves trastornos psicológicos en esta última, según la terapeuta de la misma que insta a realizar la denuncia conjuntamente con las autoridades del colegio donde asistía la misma.

Nuevamente una familia en que los hechos de Abuso sexual son protagonistas, donde los roles familiares han sido alterados, donde la apatía y victimización desdibuja el rol materno, y donde las patologías evidenciadas diez años antes en el ámbito judicial no recibieron ningún tipo de acogimiento en asistencia psicológica y social estatal, decantando en una estructura familiar con reales desigualdades en la que los valores morales han sido suprimidos intencionalmente por un sujeto violento y agresivo, en su rol de victimario, autoritario padre de familia (CAK) con el propósito de legitimar una conducta desviada y poder mantenerla en el tiempo con impunidad.

Así, es claro que mas allá de la doctrina del máximo tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, y de los precedentes jurisprudenciales (TSJ, Sala Penal, "Ponce", S. n° 176, 25/07/2012; "Robidu", S. n° 284, 31/10/2012; "Pomba", S. n° 20, 25/02/2013). (SALA PENAL – T.S.J. CBA.- Protocolo de Sentencias N° Resolución: 42 Año: 2015 Tomo: 2 Folio: 330-337 EXPEDIENTE: 2025029 - FORTUNA, WALTER - CUERPO DE COPIAS - CESE DE PRISION - CUERPO DE COPIAS SENTENCIA NUMERO: CUARENTA Y DOS- 17/03/2015) que destacan en la victimización infantil uno de los ámbitos en los cuales se verifica esta protección reforzada del Estado, en este caso ello se ha omitido.

Claramente las niñas amenazados por la comisión de un delito en el año 2002, fueron vulneradas acentuando su indefensión a futuro; frente a una intervención estatal nula; que no le brindó asistencia a ningún miembro de la familia, tendiente a eliminar o al menos minimizar el impacto del ilícito ventilado en 2001/2002 en la esfera de su personalidad, de su vida e integridad física, de su patrimonio, etcétera.

Así, publicados con fecha 23/10/2014 los fundamentos del decisorio, S.S. como miembro de la Sala Unipersonal de la Excma. Cámara en lo Criminal de 6ª. Nominación de la ciudad de Córdoba, respecto de CNK expreso:

"… la prueba de cargo es clara y contundente para aseverar la existencia de los hechos que se le atribuyen a CNK…

…. Respecto si es penalmente responsable, es necesario analizar las categorías de la teoría del delito, cuyo fin es precisamente, determinar los supuestos en los que un hecho puede ser reprochable juridicopenalmente a un sujeto…

….Es indudable que de acuerdo a la prueba producida en el juicio los hechos fueron cometidos con conocimiento y voluntad... por otro lado los hechos son objetivamente contrarios al ordenamiento jurídico en su conjunto y a raíz de ello se afectaron bienes jurídicos penalmente tutelados por lo que se puede afirmar sin mayor análisis que estamos en presencia de un ilícito penal… "

"…. Teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, en el cuales corroboraron situaciones de abuso, violencia sexual y corrupción dentro del seno familiar y por parte del propio padre, deben hacerse algunas consideraciones: la norma primaria contenida en el tipo penal tiene como destinatarios a la población, al ciudadano, del cual como regla puede exigirse asequibilidad normativa para que esa norma pueda motivarlo. Esta posibilidad de motivarse en la norma puede exigirse del común de las personas… CNK habiendo recibido dentro de su familia una educación en la que los valores que le fueron inculcados no abarcaban en lo absoluto el respeto por el normal desarrollo sexual de las personas, ni la libre determinación en ese sentido… en ese contexto en el cual el propio padre de CNK, abusaba sistemáticamente a sus hijas, habiendo incluso desplazado a su propia esposa en el rol de madre de la familia, siendo reemplazada por CNK, no es razonable esperar que esta persona se motive en una norma que protege valores y principios que, si bien sostenemos como valiosos en nuestra sociedad, ella nunca pudo internalizar…

Jurídico-penalmente, esta circunstancia encuadra en un ***error de prohibición de comprensión invencible****, pues no le es exigible la internalización de la pauta de conducta que establece la norma, lo cual excluye la culpabilidad.* ***De esta manera el Estado abandona su actitud reactiva en cuanto a la aplicación de la pena por carecer de fundamentos político criminales de prevención general, de modo que la conducta objetivamente desaprobada, no resulta subjetivamente reprochable. En consecuencia la autora debe ser absuelta…***

…. La aplicación del derecho penal es innecesaria e inadecuada cuando la suposición de que una persona era motivable por el derecho resulta infundada por su estado mental y anímico o por las circunstancias de la situación…

…el Tribunal considera que el Estado no cumplió con la prevención necesaria ni estableció medios idóneos para revertir la situación de violencia sexual de la que CNK era víctima… es por ello que el Estado, actuando a través del Poder Judicial, debe considerar a la victima de la violencia de género (en este caso CNK) como una persona que de acuerdo a su particular condición, se encontraba en una condición de desamparo y desventaja. Este contexto de violencia sexual continuada, sistemática y generalizada fue el medio que utilizo su padre… para que internalizara como correcta una conducta desviada y en el cual asimiló, como normal y legitimo, hechos objetivamente antijurídicos. Ello fue lo que le llevo a realizar el hecho que se le imputa, de una manera automatizada, a causa de la corrupción en el desarrollo de su sexualidad que sufrió con anterioridad. Es por esto que el Tribunal debe… además ordenar a que el Estado que por omisión causo un perjuicio en CNK, al permitir por omisión la existencia de violencia de género contra ella, repare ese daño, proveyendo un tratamiento integral (psicoterapéutico, alojamiento y contención económica y social)…"

Por ello cumplimentando la disposición judicial, el mismo 09/10/2015, NCK inicio tratamiento psicoterapéutico y contención interdisciplinaria en la Casa de la Mujer o ***Casa de Atención Interdisciplinaria para víctimas de delitos contra la integridad sexual,*** en cuyo marco, el trabajo terapéutico mostró que NCK en relación a la madre manifiesta *"…no la puedo describir…siempre me pasa lo mismo… no se relacionaba, no hablaba"… ella estuvo pero no estuvo"*

Se angustia pensando en su papá preso, porque estaría enfermo… manifestando que "…*con él si tenía buen vinculo, que él siempre le preguntaba como estaba, que siempre le pedía le hiciera masajes en sus pies"*

En relación a las hermanas dice: *"… solo una me visitaba… y las otras esperan que yo pida perdón… nunca lo voy hacer… en todo caso solo a AK* (menor…si hay alguien a quien le tengo que pedir perdón es a ella…no pudiendo expresar porque)

Siempre habla en…. Como se dice…. *"…si hice algo malo lo voy a seguir pagando, sufrí muchísimo, no quiero volver nunca más a la cárcel "en relación a los abusos sexuales….puede decir…."* ***Yo lo viví como normal****…me hicieron (no dice quien) pero yo acepte. "nunca se lo conté a nadie, no sé si alguna vez lo voy a poder contar…" tal vez lo sé pero no quiero reconocerlo "me desconectaba, mi papa a veces pegaba… tal vez si tal vez no. A veces estaba tomado (alcoholizado) a veces no.*

"*tal vez algún día te diga mi papa me abuso…tal vez no"…no decirlo me sirve para protegerme…*

Angustia… ante un sueño" mi papa me decía ya sabes lo que te va a pasar… me desperté para NO ver lo que me iba a pasar "mi cabeza quiere recordar,… yo no…

La hermana que la visitaba en la cárcel… dice sabia que le pegaba a mi mama pero "no lo otro"…mi papa lo hacía cuando me llevaba a otro lado o no había nadie…

Mi papa habrá hecho lo que haya hecho pero es un hombre grande…espero salga pronto con una prisión domiciliaria…

Agrega NCK *"…dormíamos en la misma cama matrimonial padre-hija¡? Toda la flia sabía…*

En relación la denuncia anterior refiere ***"...Estuve con mi hna. en un instituto de menores, mi papá se fue de la casa pero volvió, nunca hubo revisación médica, ni tratamiento psicológico…"***

Se destaca que transcurridos dos (2) meses del tratamiento NCK retoma una relación de novios con un hombre que estuvo preso por robo y abuso sexual de sus hijastras… y lo expresa en sesión, a efectos de cierre de la misma, manifestando "… *a F también le gusta le sobe los pies…"*

INTERROGANTES QUE DEJA ABIERTOS EL FALLO EN CUESTION-PROPUESTAS:

Aspecto a destacar como positivo:

. La decisión judicial reciente de absolver a NCK de los hechos que se le imputaban conforme los argumentos citados, claramente implica reconocer la importante magnitud del daño que el delito, específicamente un incesto, puede causar con características de "irreversibles" en la psiquis de la víctima**.** Luego a consecuencia de ello, se absuelve a NCK.

. Importancia de la detección precoz, y la corresponsabilidad de las autoridades escolares y profesionales que intervienen y/ o detectan una situación de vulneración de derechos.

Aspecto Negativo a destacar:

. Los términos de la sentencia en cuanto absuelve a CNK, se la libera del mínimo compromiso/ acuerdo de colaborar con la obligación impuesta al Estado de ayudarla; de hecho la paciente abandono el tratamiento psicológico y en su carácter de víctima se toma su decisión con absoluto respecto; Sin embargo, con ello se corre idéntico riesgo que en

denuncia desoída en años 2001/2002 y que determino lo hechos traídos al presente trabajo; como una reminiscencia diez años después.

Entendemos que en su defecto, la condena hubiese venido a marcar en el psiquismo la norma social que ella no tenia incorporada a los fines de posibilitar y habilitar en el tratamiento la incorporación de la misma.

. *Repetición en la elección de la pareja – CNK* vivió con su padre como si fuera su pareja, sumida en la inversión de roles generada por el agresor, describiendo esa dinámica familiar como norma; luego absuelta ella de la causa judicial de marras elige nueva pareja que ha sido condenada por hechos de AS hacia sus hijastras.

Ello, nos lleva a replantearnos la alternativa a la absolución y la importancia de la función social de la pena aunque no hubiera sido privativa de la libertad, pero sí que de algún modo fuera generando herramientas de defensa en NCK como prevención de nuevos delitos. Ello, especialmente teniendo en cuenta que una omisión de medidas en 2001/2002 genero una nueva causa judicial por la vulneración de los mismos derechos.-

De más está decir que en este esquema no se pretende agotar los interrogantes y las propuestas desde la intervención estatal oportuna y adecuada que se pretende, si dejar planteada la critica desde una humilde mirada de la experiencia del seguimiento del caso, trunco por decisión respetable de una víctima, NCK.

Completo el 7/10/2016:

INTERROGANTES QUE DEJA ABIERTOS EL FALLO EN CUESTION-PROPUESTAS:

Aspectos a destacar como positivos:

* La decisión judicial reciente de absolver a NCK de los hechos que se le imputaban conforme los argumentos citados, claramente implica reconocer la importante magnitud del daño que el delito, específicamente un incesto, puede causar con características de “irreversibles” en la psiquis de una víctima.

Esto es en virtud que el fallo destaca que por la violencia de género que por años afecto a la víctima, no le permitió a la imputada NCK incorporar la norma social y legal debido a que la prohibición del incesto estaba totalmente anulada por un padre autoritario y abusador.

* Importancia de la detección precoz y la corresponsabilidad de las autoridades escolares y profesionales que intervienen y/ o detectan una situación de vulneración de derechos, mediante una intervención adecuada en el año 2012; en contraposición a las intervenciones (incompletas o imprecisas) de los años 2001/2.-

Aspectos Negativos a destacar:

***** Los términos de la Sentencia en cuanto absuelve a NCK, la libera del mínimo compromiso/ acuerdo de colaborar con la obligación impuesta al Estado de ayudarla; de hecho la paciente abandono el tratamiento psicológico y en su carácter de víctima se toma su decisión con absoluto respecto; Sin embargo, con ello se corre idéntico riesgo que en denuncia desoída en años 2001/2002 y que determinó lo hechos traídos al presente trabajo; como una reminiscencia diez años después.

Entendemos que en su defecto, la condena hubiese venido a marcar en el psiquismo la norma social que ella no tenia incorporada a los fines de posibilitar y habilitar en el tratamiento la incorporación de la misma.

Ello, sin necesidad de encasillarnos en una u otra teoría sobre la pena, tomamos de las expresiones del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni (Tratado de derecho penal, ed. EDIAR, Buenos Aires, 1987, Parte General, T I, p. 63) en cuanto sostiene *"… la coerción penal se caracteriza por procurar la prevención especial resocializadora…. la coerción penal no puede tener otra finalidad que la de cumplimentar la función del derecho penal, es decir, proveer a la seguridad jurídica, a la seguridad de la co-existencia, previniendo la comisión de nuevas conductas afectantes de bienes jurídicos con una acción resocializadora sobre el autor. El instrumento de coerción penal es la pena".*

Asimismo, no podemos desconocer que la pena tiene su esencia retributiva, puesto que como explica Alberto Donna en su obra "Teoría del delito y de la pena" (T. I, Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad, ed. Astrea, 2º edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2003, p. 73 y sgtes) *"…. la sanción es un mal que se le impone al delincuente por parte del Estado ante una acción típica, antijurídica y culpable (…) Además, con la idea retributiva de la pena, se pone un límite a la idea de resocialización, que contiene de alguna manera la idea del paternalismo por parte del Estado (…) El Estado*

democrático-liberal exige que la pena y su aplicación logren tanto la salvaguarda del orden jurídico, como el respeto a la dignidad humana".

Si NCK hubiera sido condenada como culpable de la comisión de hechos contrarios a una norma social vigente y que sus hermanas en el mismo ámbito familiar que ella, pudieron reconocer (con la ayuda de operadores extra familiares como la docente de AK y equipo del dispensario barrial), como norma superior a las reglas familiares impuestas por el padre abusador; también hubiera marcado claramente el mensaje a la sociedad destinado a fortalecer la confianza en la vigencia de la norma infringida, la coerción de la pena marca el límite de lo permitido. Por ejemplo, AK, hermana menor de NCK, al ver absuelta a esta última, entiende que no hubo Justicia en el caso y dadas sus graves secuelas por lo hechos padecidos manifestó deseos de quitarse la vida.

*Importancia de las políticas públicas en relación con la prevención y asistencia de delitos contra la Integridad sexual implementadas en la Provincia desde el año 2005,

mediante los nuevos programas asistenciales, específicos, creados por el Estado, siguiendo las normas de raigambre internacional, tales Convención de los derechos del Niño, Convención de Belem Do Para, 100 Reglas de Brasilia, entre otras, que se traslucen en la Ley locales de Violencia Familiar de la Provincia de Córdoba, pionera sobre el tópico en el año 2006; Ley Nacional 26485, donde se procura el restablecimiento de los bienes jurídicos tutelados, tales la vida, la integridad física, psicológica, económica y sexual. En ese marco, se ubica la institución de que formamos parte, especializada en la atención a víctimas de delitos contra la integración sexual; en una iniciativa en la que también existe Unidad Judicial y Fiscalía especifica, mostrando como de este modo los poderes del Estado reconociendo la importancia de estos delitos y sus graves consecuencias, dispone de equipos especializados tanto en el ámbito forense como en la asistencia integral mediante acompañamiento psicológico, legal y socioeconómico.

Por ello, creemos que las estrategias de intervención podrían haber arrojado otros resultado, positivo para la víctima, evitando la continuidad de los abusos sexuales padecidos por NCK y que a su vez ella perpetro contra sus hermanas.

* *Repetición en la elección de la pareja – CNK* vivió con su padre como si fuera su pareja, sumida en la inversión de roles generada por el agresor, describiendo esa dinámica familiar

como norma; luego absuelta ella de la causa judicial de marras elige nueva pareja que ha sido condenada por hechos de AS hacia sus hijastras.

NCK reintegrada a la sociedad por la Sentencia en cuestión, claramente no contaba con las herramientas que le permitieran distinguir que aquello por lo que había estado imputada en causa judicial, era malo para ella y para los demás: Así, entre sus expectativas estaba ser madre y dedicarse al cuidado de niños, con el riesgo inminente que ello implica; puesto que NCK no podrá transmitir a los niñ@s a su cargo los limites al incesto (u otros abusos sexuales) impuestos por una norma legal (porque el Juez entendió que ella no la conocía y por ello no le era aplicable para condenarla) como los límites morales y psíquicos (puesto que ya no los tiene ni tuvo asistencia necesaria, porque no fue su voluntad recibirla). De este modo, entendemos que la Justicia se le desvaneció, puesto que no le deja norma clara impuesta o aprehendida ni preventiva de nuevos delitos. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que "la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito, sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro" (Fallos 272:188)

Ponencia 6 – Comisión 1

Título: Derechos Humanos y Política Social.

Autor/es: Mirta Coria - Cinthya Mora - Miguel Solórzano

Derechos Humanos y Política Social

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo hemos desarrollado el Tema " Los Derechos Humanos y la política Social, a la aplicación de la Ley 26061 de Proteccion Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes., el cual es producto de la inquietud de los profesionales que se desempeñan en el trabajo de Niñez y Adoelscencia de la provicia de Mendoza, poder explicar como se ha dado su evolucion juridica y como esta ha repercutido en las distintas modificaciones legales, como tambien realizar una analisi critico de como se realzia la aplicación de la misma.

Al mismo tiempo ser una herramienta que nos lleve a aproximaciones de como el Estado en sus distintos ambitos protege y garantiza los derechos Humanos, como tambien

En el primer capitulo comienzo con una mencion de como el estado argentino realizo la adeherencia a la convencion de los derechos Humanos, por consiguientes a la convencion de los derechos de los niños, remacando la modificaciones trascedentales de la ultima decada y su evolucion en Mendoza.

En el segundo capítulo señalando como se realizó en la argentina la adecuación jurídica en relación a la Convención de los derechos del niño, es decir, la promulgación de la Ley Nacional 26061de Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes y como se aplica en la provincia de Mendoza.

El tercer capítulo de como la DINAF aplica la Ley 26061 mediante los Órganos Administrativos Locales desde el 2008 al 2015.

El cuarto capítulo desarrolla un acercamiento a una política social y los derechos humanos como garantizan los derechos de los Niños, Niñas y adolescentes en Mendoza.

Finalmente en el último capítulo el lector podrá encontrar las conclusiones y propuestas presentadas para una política social de Niñez y Adolescencia para la provincia de Mendoza-Argentina.

1. EL ESTADO ARGENTINO Y LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

La Convencion de los Derechos de del niño, es un tratado Internacional de las Naciones Unidas, que destaca que los niños tiene los mismo derechos que los adultos, y marca su condicion especial de seres humanos que por no contar con su pleno desarrollo fisico y mental requieren de proteccion, cabe resaltar que el cual debe promover el "***Interes Superior del Niño***".

Los estados partes que que suscriban y tengan adeherencia a la convencion, deberan adoptar todas las medidas concernientes a los niños y adoelscentes que tomen las instituciones publicas o privadas del bienestar social, tribunales , las autoridades adminsitrativas, los organos legislativos, deberan adecuarse para garantizar el pleno gose de sus derechos.

La convencion esta compuesta por 54 articulos que consagran el derecho de las personas menores de 18 años a desarrollarse en medios seguros y a participar activamente en la sociedad.

El estado Argentino incorporo la Convención Internacional de los Derechos del niño a su derecho interno en 1990 y a partir de 1994, con la modificación de la Constitución Nacional, toman valor constitucional todos los tratados internacionales .A partir de ese momento el Gobierno Argentino asume la responsabilidad de cumplir: *los "**Estados Partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción".*** [82]

El estado deberá realizar modificaciones administrativas, legislativas y de otra ***índole"***[83] para garantizar el goce los derechos, asimismo para que se puedan efectivizar tienen que participar todos los sectores de la sociedad e incluso los propios niños.

[82] Convención internacional sobre los derechos de los Niños. 1989. Art.2
[83] Convención internacional sobre los derechos de los Niños. 1989. Art.3 ins. 2

La ley de patronatos de menores o Ley de Agote (sancionada el 21-10-1919), fue la que iba contra los hijos de los inmigrantes, fue la primera ley represiva de Latinoamérica. Con esta visión en la niñez el Juez era el Pater familia, que podía intervenir en la vida de cualquier niño o adolescente, que hubiera cometido un delito, que estuviera en la pobreza u en alguna acción que valla contra la moral, esto llevaba a la internación de los niños o adolescentes en los institutos de menores.

El niño es visto como un objeto y no sujeto de derechos, es incapaz para la ley Se puede visualizar como la pobreza era el eje desencadenador de la judicialización y por ende la necesidad de intervención del Juez, figura máxima, para garantizar el buen funcionamiento social.

En Septiembre del 2005, con la sanción de la ley 26061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, con esta nueva legislación se promueve la des judicialización de la pobreza y la desinstitucionalización de niños y adolescentes, también un rediseño de las políticas hacia la infancia para el fortalecimiento familiar, mediante "***el sistema de protección integral de los derechos***.

Con los avances en materia de modificación legislativa, el estado demoro más de casi 11 años en realizar un proceso de adecuación en materia de protección.

Cabe resaltar que los conceptos fundamentales de la ley son:
"Art. 1- Objeto *La protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.*
*Art. **3°** - INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.*

Debiéndose respetar:
a) Su condición de sujeto de derecho;
b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros."

*Art. **24.** - DERECHO A OPINAR Y A SER OIDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:*
a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;
b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.
Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

***Art. 33.** - MEDIDAS DE PROTECCION 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.

*Art.**34.** - FINALIDAD. Las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.*

*Art. **37.** - MEDIDAS DE PROTECCION. Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas:*
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 maternales o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
c) Asistencia integral a la embarazada;
d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;
e) Cuidado de la niña, niño y 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, niño o adolescente a través de un programa;
f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;
g) Asistencia económica.

La presente enunciación no es taxativa.

*Art. **39.** - MEDIDAS EXCEPCIONALES. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio.*
Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias."[84]

2. DESDE LA 6354, LA LEY 26061 Y SU APLICACIÓN EN LA PROVINCIA DE MENDOZA HASTA EL 2015

En la provincia de Mendoza la adecuación legislativa en relación a la Convención de los derechos del Niño se inició en noviembre de 1995, con la sanción de la Ley 6354 de "ley del niño y adolescente de la provincia de Mendoza", siendo su aprobación por unanimidad, constituida por 210 artículos, que preen un dispositivo técnico jurídico que garantiza los derechos y ofrece un instrumento de exigibilidad en materia de política pública de la niñez mediante la articulación del gobierno y la sociedad civil.

[84] Ley Nacional 26061 de la Protección Integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.

"También crea la Dirección Provincial de la Niñez y Adolescencia sobre la base y la infraestructura de la que en ese momento Dirección Provincial del Menor".[85] Esta durante los años siguientes hasta el año 2008 tuvo modificaciones internas, aunque siempre sobre la base de la ley.

En el año 2008 el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial realizan una acordada Nº 21.617 para la implementación en la Provincia de la Ley 26.061, para esto personal de la Justicia de Familia, en lo Penal de Menores y Equipos Técnicos especializados del Ministerio de Desarrollo Humano, Familia y Comunidad, produjeron dos Protocolos que determina las incumbencias que tendrá el Órgano Administrativo Local y el Poder Judicial de la Provincia de Mendoza con el propósito de cumplir la Ley 26.061, tanto en materia Penal de Menores como de Familia.

"Que los Protocolo mencionados reflejan las acciones desarrolladas en conjunto y la delimitación de la competencia material pertinente para un mejor tratamiento de los problemas de la niñez, adolescencia y familia, por lo que es necesaria su aprobación por parte de este Poder Judicial en paralelo con un trámite semejante en el ámbito del Poder Ejecutivo."[86]

Este protocolo marca el actuar del poder judicial y la Dirección de Niñez, Adolescencia, Ancianidad, Discapacidad y Familia (Dl.N.A.A.D.yF.), y el procedimiento de actuación del órgano Administrativo Local de aplicación de la Ley 26.061.

Este prtotocolo esta marcado por distintos puntos que es importante entender y reconce la aplicación en las Cuatro Regiones en que, a los fines administrativos, se ha dividido la provincia. Las mismas son:

- Zona norte: Ciudad de Mendoza, Godoy Cruz, Las Heras, Guaymallén, Maipú, Luján y Lavalle.
- Zona Sur: San Rafael, Malargüe y General Alvear.
- Zona Este: San Martín, Rivadavia, Junín, San Rosa y La Paz.
- Zona Centro: Tunuyán, Tupungato y San Carlos.

El personal que cumpliran funciones en el OAL seran, psicologos, trabajadores sociales y personal administativos. Cada OAL tendra un coordinador responsable.

[85] Ley 6354 Art. 21
[86] Acordada Nº 21617

Los profesionales en cada intervencion tendran l aobligacion de coordinar con los Municipios, ONG, progrmas de los dinstintos ministerios, una vez agoatada estas medidas adotara una Medida Excepcional.

1- Los Órganos Administrativos Locales Departamentales

Como ya los mencionamos anteriormente en el 2008 estaban Regionalizados y hasta el 2015 llegaron a tener un OAL por cada Departamento de la provincia.

Este resultado del 2015 esta marcado por una repercusion publica que toma la adocion ede una Medida de Proteccion y que llevo a consecuencias en el personal que se desempeñaba siendo una noticial fatal el fallecimiento de una niña http://www.mdzol.com/nota/511071-caso-luciana-la-curiosa-hipotesis-del-accidente/.

Esta noticia llevo a una modificacion en la politica de Niñez en el OAL de toda la provincia, teniendo un OAL por cada departamento y con una cantida de profesionales que se hacen con la urgencia que requiere la tematica, ante la vulneracion de derechos.

El modo de funcionamiento de cada OAL, cuanta con un area adminsitrativa, un area legal y equipo profesional de admisnion, adordaje familiar y seguiemntos de medidas de proteccion y excepcionales. Aun asi en la tarea diaria esa estrcutura es insifuciente para la tencion que requiere la tematica dado que las demandas son de la: policía, centro de salud, escuela, hospitales, GAR, UIC, CPA, Infanto juvenil, juzgado de familia, unidad fiscal, etc.

Este modo de funcionamiento termina siendo insuficiente dado se visualiza una gran conflictiva social producto de problemáticas con una complejidad social y se visualiza en la imposibilidad de dar respuesta por parte de la institución porque las demandas son de la: policía, centro de salud, escuela, hospitales, GAR, UIC, CPA, Infanto juvenil, juzgado de familia, unidad fiscal, etc.

2- Propuestas y Conclusiones

Conclusiones:

El estado provincial tiene una infraestructura insuficiente para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes de la provincia de Mendoza- Argentina siendo el primer actor

que vulnera sus derechos, dado que en los últimos 22 años no se ha dado una planificación y visión a largo plazo de cómo proteger los derechos de los niños, aunque si hay un avance en materia jurídica no así en políticas públicas.

Cabe resaltar que el estado mendocino solo ha ido modificando sus distintos estructuras administrativas y no pudiéndose visualizar en la atención a la niñez, en la que consideramos que se ve influenciada por la convivencia de ambos paradigma (Paradigma de la Situación Irregular- Protección Integral) y en un proceso de transición.

Propuestas:

- Nueva Ley de niñez, que actualmente está en discusión un proyecto.
- Profesionales Capacitados en la temática
- Políticas sociales integrales
- Planificación estratégica para los próximos 20 años

Ponencia 7 – Comisión 1

Título: Dispositivo de intervención subjetivarte en el campo educativo.

Autor/es: Fabricio Fiochetta - Viviana Juri - María Alejandra Gajardo - María Alejandra Mercado - Gabriela Baldini

Contacto:

Licenciado Héctor Fabricio Fiochetta
Dirección: Gualberto Godoy 4165, Villa Nueva, Guaymallén, Mendoza, Argentina.
Teléfono: 2616578599
E-mail: fabriciofiochetta@gmail.com

DISPOSITIVO DE INTERVENCION SUBJETIVANTE EN EL CAMPO EDUCATIVO

RESUMEN:

En este trabajo se presenta una experiencia desarrollada desde 2015 en las escuelas de Nivel Inicial, Primario y de Educación Especial del departamento de Tupungato, provincia de Mendoza, Argentina. Dicha experiencia consiste en la construcción de un dispositivo de intervención subjetivante, con la lógica del paradigma de los derechos humanos para el abordaje de dificultades en las trayectorias escolares de niños, niñas y adolescentes. Este dispositivo intenta ser una propuesta de intervención para docentes, profesionales y actores del campo educativo.

1. INTRODUCCIÓN

La doctrina internacional de derechos humanos de la niñez marca profundos cambios en la conceptualización de las formas de abordaje en el campo educativo, instalando directrices y estándares a cumplir por los países que suscribieron los acuerdos internacionales.

Los nuevos marcos jurídicos existentes transforman el modo de vinculación del Estado con el tema de la niñez, y su capacidad de regular las políticas y las prácticas sociales.

En este marco, se evidencian a nivel de los países tensiones entre las legislaciones específicas que regulan el campo, y la gestión de políticas y programas institucionales implementados.

Iniciativas de protección integral de derechos coexisten junto a políticas regresivas que lesionan el reconocimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes.
A esto se suma, en el caso específico de la escuela, las dificultades que trae aparejada la vinculación entre el sistema de protección integral de la niñez y el sistema educativo (con las lógicas, legislaciones específicas, actores institucionales y prácticas propias de cada una).

Frente a esta situación, surge la necesidad de intervenciones que tengan que ver con iniciativas equitativas y universales para la promoción y cuidado del derecho a la educación, que sean subjetivantes y que hagan frente al estigma, a la discriminación y a la exclusión de los niños y niñas con sufrimiento psicosocial en el campo educativo.

Pero la realidad a la que asistimos en la actualidad en los países de la región muestra un panorama en el cual, lejos de los estándares mencionados anteriormente, crece la cantidad de niños medicalizados por presentar dificultades en sus trayectorias escolares, víctimas de procesos de patologización, excluidos del sistema por presentar alguna discapacidad o sin el apoyo socioeducativo adecuado. Asistimos a una revitalización de perspectivas medicalizantes del malestar en la niñez y al recrudecimiento de lógicas asistencialistas y asilares en el abordaje de los problemas.

Ante esto, resulta imperioso recuperar los lineamientos esenciales del enfoque de derechos humanos, como garante de la posibilidad de restituir a los niños, niñas y adolescentes en su dimensión de sujetos de derechos plenos, y en ejercicio. En base a una perspectiva respetuosa de la diversidad cultural, de género, y de identidades propias de cada contexto.

2. MARCO NORMATIVO

Si bien existen muchos estudios y autores que analizan las políticas de la infancia en Argentina, se tomarán algunos documentos elaborados por el Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño para explorar el recorrido histórico que desemboca en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

En nuestro país el “problema de la minoridad” era encarado hacia 1880 por diversas instituciones privadas y religiosas que se ocupaban de los menores desamparados. Para ese entonces el Estado no había desarrollado una política de planificación de la actividad tutelar. La llegada de la inmigración, el incremento de la pobreza y la cantidad de personas excluidas del mercado de trabajo centró la atención de las autoridades en esos incipientes problemas sociales.

Instituciones como la familia y la escuela se consideraron deficientes para el control de sectores sociales entendidos como “peligrosos”, “marginales”. Para ello la respuesta estatal se organizó a partir de la creación de instituciones de corrección de menores y de leyes específicas sobre la minoridad.

El *Patronato de la Infancia* fue creado en el año 1892 con amplias facultades para intervenir judicial y extrajudicialmente en cualquier asunto referente a los niños en peligro material y moral. En ese contexto, los Tribunales de Menores fueron la respuesta institucional como parte de un conjunto de cambios entre los cuáles se destacaban el reemplazo de las penas determinadas por medidas discrecionales utilizando la intervención judicial tanto para los niños y adolescentes que cometían delitos como para aquellos que se encontraban en un inminente peligro moral o material.

El modelo de intervención del patronato, entendido como el conjunto de políticas estatales enmarcadas en el paradigma de la doctrina de la situación irregular que considera al niño o adolescente como un “objeto” de tutela por parte del Estado, y utiliza como parámetro las condiciones morales y materiales de la vida privada del niño, se sustenta en un andamiaje institucional basado en el control social estatal. La institucionalidad de este paradigma se establece en 1919 con la ley 10.903 conocida como “Ley Agote”.

La política pública de infancia a principios de siglo XX surge como un modelo de control social de niños y adolescentes. La intervención del Estado parte del concepto de “riesgo moral y material” de niños y jóvenes, y actúa cuando considera a niños, niñas y jóvenes como un peligro para sí o para los demás. La intervención estatal se lleva a cabo a través de la institucionalización y judicialización de la pobreza, y se sustenta básicamente en el poder de coerción del Estado.

Este modelo ha generado a lo largo del siglo una poderosa maquinaria de instituciones tutelares sustitutivas de lo familiar y lo comunitario. El modelo de intervención de este

paradigma fue la institucionalización en macro institutos asistenciales y penales, instituciones psiquiátricas, comunidades terapéuticas conforme al problema social y al abordaje propuesto por los profesionales del sistema.

Considerado el patronato como una política social que debe atender a la población infantil pobre, no está exenta de los principios que rigieron históricamente al conjunto de éstas: se sustenta en esquemas clientelares y asistencialistas, desconociendo los principios universales de políticas públicas para niños, niñas y adolescentes. Los beneficiarios de las políticas fueron por momento los inmigrantes, más tarde los desposeídos, los pobres, los nuevos pobres, los indigentes, redefiniendo una y otra vez la condición de pobreza, pero homologándola siempre al concepto de riesgo o peligro.

Este paradigma debió ser abandonado como sostén ideológico de las políticas para la niñez desde el momento en que Argentina suscribió la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) en el año 1990. Sin embargo, no se hizo. Posteriormente, se incorporó este Tratado a la Constitución Nacional de 1994 convirtiéndolo en una concepción de Estado. Pero este paso importante tampoco pudo con el Patronato y su sistema de control y tutelaje.

Desde 1983, tres intentos de modificación del patronato con numerosos proyectos de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, han caído en el Congreso ante el lobby fuertísimo del "sistema de menores".

Durante el año 2004, ambas Cámaras trabajaron Proyectos de Protección Integral de Derechos. Lamentablemente en esa oportunidad, la amenaza de reproducir la situación imperante a principios de siglo XX se impuso nuevamente.

Mientras algunos trabajaban denodadamente para dar forma a una norma que representara los preceptos de nuestra Constitución, otros grupos admitían discutir la protección integral de los derechos de la infancia en un marco de urgencia que implicaba generar políticas de seguridad sin abandonar el control social de la pobreza. Prevalecía nuevamente la doctrina de la situación irregular sobre el paradigma de los derechos humanos, la política focalizada y clientelar sobre la universalidad y la ciudadanía.

La discusión entre los proyectos de ley trabajados por ambas Cámaras alcanzó este marco conceptual, filosófico e ideológico. No responde a partidismos, responde a concepciones profundas sobre el alcance de la democracia, el respeto a la Constitución Nacional y al

paradigma de los derechos humanos que ella encarna. Porque hablar de políticas públicas para la infancia en Argentina es hablar de la historia del control social para los niños, niñas y adolescentes.

La sanción votada el 1º de junio por Senadores (por unanimidad con los dos tercios de la Cámara) representa cabalmente al paradigma de la Convención sobre los Derechos del Niño. La ley votada por los Senadores fue sancionada por Diputados el 28 de setiembre del 2005 y promulgada por el Poder Ejecutivo como ley 26.061, creando el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Terminan así, al menos en el aspecto legislativo, 85 años de tutelaje y judicialización de los niños, niñas y adolescentes, dejando un saldo de 25.000 niños institucionalizados en todo el territorio nacional.

Para este nuevo paradigma de la protección integral dos contextos, por acción u omisión, se evidencian como escenarios donde los niños, niñas y adolescentes son privados del disfrute de sus derechos, la familia y la política pública a través de sus expresiones concretas: la escuela, los centros de salud, los servicios especializados, la dificultad para acceder y participar en espacios públicos, en propuestas culturales, entre otros.

El paradigma de la protección integral, cambio introducido por la ley 26.061, se organiza y funciona con la lógica de un sistema. En este caso se trata de un sistema de naturaleza política y social, que bien puede definirse como un conjunto de interacciones que se estructuran y fluyen en torno a responsabilidades que tienen todos los actores.

El determinado objeto de la ley es la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes por lo cual éste es el ordenador conceptual del sistema. Mientras que lo que la ley 26.061 plantea como sistema es la relación de las políticas, las responsabilidades y las instituciones para que, en forma complementaria, desde las respectivas competencias, se relacionen y controlen mutuamente.

El sistema al que se hace referencia no es un mero reordenamiento de lo existente con otro formato, implica lo que muchos autores llaman una “nueva arquitectura organizacional” que corporice los principios de la CIDN y la ley, las nuevas reglas de juego, incorpore a los nuevos actores, nuevas rutinas y procesos a través de procedimientos específicos, es decir, métodos para definir circuitos de trabajo y relaciones con los niños, entre actores públicos entre sí y con actores privados. Así, el sistema de protección de derechos necesita contar con los siguientes medios: políticas, planes y programas de protección de derechos, organismos administrativos y judiciales de protección de derechos, recursos económicos,

procedimientos, medidas de protección de derechos y medidas de protección excepcional de derechos.

Se considera que la ley 26.061 coloca a las políticas públicas en un lugar preponderante. Plantea que es deber del Poder Ejecutivo favorecer el acceso y permanencia en las políticas públicas universales de niños, niñas y adolescentes, para garantizar el ejercicio de los derechos a la educación, salud, al desarrollo humano y a cualquier otro aspecto atinente a los derechos civiles y los sociales, económicos y culturales que complementan y apoyan la crianza de los niños en su familia y en su comunidad.

La voz de los niños, niñas y adolescentes en todos los asuntos que les conciernen, la aplicación de políticas públicas universales, la integralidad e interdependencia de los derechos, su exigibilidad, el apoyo a la familia para que ésta pueda cumplir sus funciones de crianza y protección y la aplicación de medidas de protección integral y excepcional, constituyen ejes que guían la intervención pública, estatal y privada, en la promoción y protección de los derechos de los niños. Luego, con el objeto de poner en movimiento estos principios en el marco de una estrategia institucional concreta, la ley prevé la construcción de un sistema que debe resultar en un nuevo andamiaje en el cual se sostengan organismos, actores, relaciones entre éstos fijadas por procedimientos, programas, medidas, proyectos y prácticas sociales e institucionales.

3. DISPOSITIVO PARA INTERVENCIONES SUBJETIVANTES EN EL CAMPO EDUCATIVO

Desde hace varios años y con la sanción de la Ley Nacional N°26.061, en el Departamento de Tupungato, en la provincia de Mendoza, Argentina, se viene trabajando desde diferentes entidades gubernamentales y no gubernamentales en la conformación del Sistema Local de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. En este sentido los actores involucrados en este sistema se han organizado de diferentes maneras para conformar espacios de articulación comunes, como por ejemplo el Consejo Departamental de Niñez, Adolescencia y Familia y la Mesa Socioeducativa, entre otros.

En la actualidad el Sistema Local de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de Tupungato presenta una buena consolidación producto de un importante trabajo en red y del surgimiento de nuevos dispositivos con enfoque de derechos. Ejemplos de estos nuevos dispositivos a nivel local son, por ejemplo, el Área Municipal de Niñez, Adolescencia y Familia, el Área Municipal de la Mujer, el Centro Preventivo y Asistencial de Salud Mental

Infanto Juvenil, el Área de Salud Mental del Hospital Gral. Las Heras, la implementación de Programas Socioeducativos de la Dirección General de Escuelas, la creación de asociaciones civiles, entre otros.

Esta amplitud que en la actualidad se está dando en los servicios y en los equipos permite poder pensar en nuevos dispositivos y acciones mucho más eficaces y de mayor alcance, que hagan eje en la promoción y la prevención con un enfoque interdisciplinario e intersectorial. Asimismo, no podemos dejar de observar un retroceso en este camino iniciado, con una importante retirada del Estado y la política pública en materia de niñez, con la asunción desde diciembre de 2015 de un gobierno nacional de corte neoliberal.

En 2014 desde la Dirección de Orientación y Apoyo Interdisciplinario a las Trayectorias Escolares, dependiente de la Dirección General de Escuela de Mendoza, se realizó una investigación respecto de las prácticas efectivas que tenían lugar en el campo educativo en relación a la patologización de la infancia en Tupungato. Para ello se utilizaron informes escolares de derivación realizados por docentes. Se concluyó que se puede afirmar que coexisten abordajes y conceptualizaciones antagónicas en el tratamiento de las problemáticas subjetivas y sociales de los niños, niñas y adolescentes. Es decir, aparecían claramente dos paradigmas en pugna: la lógica tutelar y la lógica de la protección integral, lo que permitió inferir ciertas inconsistencias en la construcción interna de los relatos.

Este marco en 2015 se comenzó a trabajar en la creación de un dispositivo de intervención para aquellas situaciones donde la trayectoria escolar de niños, niñas y adolescentes de escuelas de Nivel Inicial, Primario y de Educación Especial de Tupungato, se veía dificultada en alguna medida. Este dispositivo fue elaborado con la participación de docentes y profesionales de la escuela especial de la zona Laura Nadal del Portillo, del equipo de orientación escolar de la Dirección de Orientación y Apoyo Interdisciplinario a las Trayectorias Escolares, de la supervisión de escuelas la sección 20 y de directivos y docentes de apoyo de diferentes escuelas.

El dispositivo tiene como modalidad la puesta en marcha de intervenciones subjetivantes, en contraposición a intervenciones objetivantes más ligadas a la patologización de la infancia y a prácticas del modelo tutelar. Estas intervenciones tienen como eje: el trabajo en red, la interdisciplina, y el contexto, y parten de la consideración del niño, niña, adolescente y sus familias como sujetos plenos de derecho, es decir, su voz es tomada en cuenta como fundamento de las tomas de decisiones.

El dispositivo cuenta con diferentes momentos, más o menos específicos:

- Momento de detección de la dificultad en la trayectoria escolar de un niño, niña o adolescente por parte de la escuela.
- Pedido de intervención.
- Elaboración de un registro de la trayectoria escolar del niño, niña o adolescente, con la mayor cantidad de información que dé cuenta de su recorrido por el sistema educativo.
- Entrevista interdisciplinaria e interinstitucional con el niño, niña o adolescente, y con su familia, de una manera situada, es decir, en su casa o en su escuela.
- Co-construcción -entre los profesionales, los docentes, la familia, el niño, niña o adolescente- de estrategias para mejorar las trayectorias escolares.
- Elaboración de configuraciones de apoyo donde se involucra a otros actores del Sistema de Protección Local de Derechos.
- Intervenciones institucionales, áulicas, grupales.
- Encuentros interdisciplinarios periódicos para evaluar los avances y redefinir metas y estrategias.
- Encuentros de formación para docentes y directivos en el paradigma de la protección integral y en intervenciones subjetivantes en el campo educativo.

Esta modalidad de intervención ha permitido disminuir notablemente la derivación desde la escuela de niños, niñas y adolescentes al sistema de salud, la exclusión de la escuela común de chicos y chicas con discapacidad, las intervenciones individuales.

4. CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS

Esta experiencia nos conduce a la necesidad de pensar como las miradas de los docentes, la de los profesionales de los equipos de orientación escolares y la de otros actores escolares, sobre los niños, niñas y adolescentes se pueden vincular con las transformaciones de las políticas sociales sobre la infancia, así como también de que manera potenciar el fortalecimiento del paradigma de la protección integral en el campo educativo.

La demanda de parte de los docentes a los profesionales de los equipos de orientación escolares para abordar la problemáticas de sus alumnos y alumnas de una manera individual y con un metodología médico-clínica, así como la no consideración de la infancia como una constructo histórico-social o el escaso reconocimiento de los derechos de la niñez y la adolescencia, aún persisten en muchas instituciones educativas y refieren a posicionamientos ético-políticos no afines a la perspectiva de derechos.

Puede afirmarse que la derogación, desde el punto de vista declarativo, de viejos paradigmas sobre el modo de intervenir con la infancia, no implica la implementación directa de estos discursos, es decir, la transformación de las prácticas, en tanto que éstas se producen sobre el trasfondo de creencias sociales compartidas.

Las transformaciones legislativas no se corresponden necesariamente contransformaciones socioculturales, es decir, no hay una relación directa entre las modificaciones en los modos de conceptualizar al niño y sus problemáticas –sujeto de derecho u objeto de intervención- y las prácticas de intervención, en este caso en el campo educativo. Por el contrario, persiste un predominio de conceptualizaciones objetivantes y normalizantes. Algunos autores llegan a afirmar que la herencia positivista del siglo XIX aún determina las prácticas educativas en torno a la infancia.

Primera propuesta. Considerar al niño y a la niña como sujeto de derecho implica intervenir desde prácticas que tiendan a ser colectivas e institucionales, desde lecturas complejas, históricas y situadas de las cuestiones educativas, que incluyan a los/as sujetos con sus problemáticas, en el marco de las escuelas. Uno de los desafíos posibles, es construir dispositivos donde se haga efectiva la participación de los niños y niñas, y en los que los adultos puedan garantizar el derecho a ser oídos.

Segunda propuesta. Si se considera que la infancia es una categoría relacional en la que se pone en juego el poder, relación que se devela históricamente en las prácticas, discursivas o no, y en las luchas que la atraviesan, entonces se hace fundamental el poder configurador del Estado y su institucionalidad como garantes de una política pública respecto de los derechos de la infancia y la adolescencia.

Tercera propuesta. A partir de esta experiencia, se puede concluir que la tarea que tienen por delante los que trabajan en este momento histórico con niños y niñas, implica la resignificación de las luchas y la renovación de los lenguajes asociados a la infancia. Como afirma Bustelo (2012) *"de lo que se trata es de decodificar el discurso hegemónico de la infancia y de establecer una posición crítica frontal contra las teorías que celebran la dependencia infantil"*. Los que militan los derechos de los niños, niñas y adolescentes tienen aún mucho camino por delante para que la participación infanto juvenil y su autorrepresentación sea una realidad efectiva.

Finalmente consideramos que estas experiencias del campo educativo tienden a abrir nuevos caminos considerando al otro, sujeto de la intervención, como un legítimo otro.

Nuevos senderos en los que la construcción de una cultura de la paz y la fraternidad resulta condición *sine qua non* para la protección de derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes. Parafraseando a la Dra. Chiara Lubich: "*Como respuesta a la crisis cultural que atraviesa no sólo el Occidente, en un momento de cambios históricos hacia nuevos paradigmas culturales, a partir de la Cultura de la Paz y la Fraternidad, se están perfilando líneas de pensamiento que contribuyen a abrir senderos hacia una cultura renovada."*[87]

5. BIBLIOGRAFÍA

- Arito, Sandra (2011). Cuando la subjetividad se torna heroica en las intervenciones profesionales, en: *Entramados conceptuales en Trabajo Social: categorías y problemáticas de la intervención profesional*. Comp: Susana Cazzaniga. Facultad de Trabajo Social, UNER. Paraná: Editorial Fundación La Hendija.
- Beloff, Mary (2004). *Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Bourdieu, Pierre (1990). *Sociología y Cultura.* México: Editorial Grijalbo.
- Bustelo, Eduardo (2007). *El Recreo de la Infancia. Argumentos para Otro Comienzo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Bustelo, Eduardo (2012). Notas sobre infancia y teoría: un enfoque latinoamericano, en: *Salud Colectiva*, Vol. 8, pág. 253-284.
- Bustelo, Eduardo; Guendel, Ludwig; Barahona, Manuel (2005). Derechos Humanos, Niñez y Adolescencia, en: *Cuadernos de Ciencias Sociales N°138*, Costa Rica: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO).
- Carli, Sandra (2006). *La Cuestión de la Infancia: entre la escuela, la calle y el shopping.* Buenos Aires: Editorial Paidós.
- Comisión Nacional Interministerial en Políticas de Salud Mental y Adicciones (2014). Anexo I del Acta de Diciembre de 2014, Buenos Aires.
- Consejo Federal de Educación (2009). Resolución N°93, Buenos Aires.
- Consejo Federal de Educación (2012). *Plan Nacional de Educación Obligatoria y Formación Docente*, Resolución CFE Nº 188, Buenos Aires.
- Consejo Federal de Educación (2014). Resolución N°239. Buenos Aires.
- Convención de los Derechos del Niño, 1989.
- Dirección Nacional de Políticas Socioeducativas (2013). *Problemas, estrategias y discursos sobre las Políticas Socioeducativas,* Seminario Interno, Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación.

[87] En www.focolares.org.ar/7a-cultura_unidad.html

- Frigerio, Graciela; Poggi, Margarita (1992). *Las Instituciones Educativas: cara y ceca.* Buenos Aires: Editorial Troquel.
- Greco, María Beatriz (2012). Sobre los dispositivos y la intervención institucional. Sugerencias para pensar la construcción de dispositivos, *material producido en el marco del Ciclo semipresencial para directivos de Institutos de Formación Docente,* INFD, Buenos Aires.
- Ley 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley 26.206 de Educación Nacional.
- Ministerio de Educación de la Nación (2014). *Los Equipos de Orientación en el Sistema Educativo. La Dimensión Institucional de la Intervención*, Buenos Aires.
- Murga, María Eleonora; Anzola, Griselda (2011). *Cuadernillo N°2: Desarrollo de Sistemas de Protección Integral de Derechos en el Ámbito Local.* Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Facultad de Trabajo Social. UNER.

Ponencia 8 – Comisión 1

Título: Dispositivo pedagógico para re-conocer con los y las estudiantes, del preuniversitario, los mecanismos de memoria colectiva de derechos humanos, en la ciudad de Tunja.

Autor/es: Aida Johana Figueroa Blanco

Contacto:

anavblanca@yahoo.es
Carrera 4 No 38ª 09 casa 106F
Tunja Boyacá Colombia
Teléfono 3 15 4 95 35 06

Ocupación
Abogada, estudiante de último semestre de la Maestría en Derechos Humanos en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja. Docente de Derecho en la Universidad Santo Tomas de Aquino, sede Villavicencio.

"DISPOSITIVO PEDAGÓGICO PARA RE-CONOCER CON LOS Y LAS ESTUDIANTES, DEL PREUNIVERSITARIO, LOS MECANISMOS DE MEMORIA COLECTIVA DE DERECHOS HUMANOS, EN LA CIUDAD DETUNJA"

CONTENIDO:

DESCRICPIÓN DEL PROBLEMA

La memoria colectiva es el derecho a la remembranza como parte integrante de los derechos a la verdad, justicia y reparación, que le asisten a las víctimas de las violaciones de Derechos Humanos, como paso fundamental en el camino hacia la reconciliación, en las sociedades que han sido travesadas por las dinámicas de la violencia, bien sea por la aparición de dictaduras sanguinarias o de conflictos armados e intensos (Cabrera. L., 2012).

La memoria, como un derecho imprescriptible e inalienable, parte de su reconocimiento internacional como elemento vital del acceso a la verdad y como ingrediente necesario de la justicia transicional (Cabrera. L., 2012).

El conocer la verdad sobre las violaciones de los DDHH, en particular por las sociedades modernas, como es la identidad de los autores y las causas, los hechos y las circunstancias relacionadas con las violaciones, permite un acercamiento a una realidad actual en el municipio de Tunja.

El derecho a la verdad, no se reduce al derecho individual de toda víctima directa o de sus familiares a saber lo que ocurrió, sino que es un derecho que alcanza a toda la sociedad en función del conocimiento de su historia y que, como contrapartida en su dimensión colectiva, comprende "el deber de recordar" o "deber de memoria" que incumbe al Estado, para evitar que en el futuro las violaciones se reproduzcan y por cuanto para un pueblo, el conocimiento de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y como tal debe ser preservado.

La memoria puede plantearse como un legítimo derecho individual y colectivo, reconocido jurídicamente, que puede ser entendido como el derecho a entender y elaborar el pasado.

Como consecuencia de lo anterior, se sugiere como alternativa que permita mitigar la problemática expuesta, concienciar a los y las estudiantes del preuniversitario en salud sobre la existencia de los mecanismos de memoria de DDHH en Tunja por medio de un dispositivo pedagógico.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Identificado el problema, se evidencia otro reto por resolver y es de qué manera *contagiar* a los estudiantes con la *necesidad de saber más*, de *apasionarse* con un tema que les es ajeno, sobre el cual no existe interés alguno porque la mayoría de los y las estudiantes no han vivido ni sentido de cerca la violencia del conflicto armado.

Un factor que contribuye al reto planteado, es que Tunja es una ciudad en apariencia tranquila, sin violación de derechos humanos a gran escala y sin una mayor publicación en tabloides o en periódicos de alta circulación, sin enfrentamientos bélicos a la luz del día, o al menos, esa es la percepción aparente.

Es un reto por dos razones principalmente:

1. La primera se trata de adolescentes que tienen cubiertas sus necesidades básicas: en su mayoría tienen a sus papás, mamás y familiares cercanos vivos; comen al menos 3 veces al día; tienen al menos 3 pares de zapatos; tienen la posibilidad de ir a la universidad. Razones por las cuales es difícil motivarlos a que aprendan de una situación difícil, violenta y dura que ven lejana y casi inexistente. ¿Qué los motiva a aprender sobre violencia, conflicto armado, victimas, memoria histórica, derechos humanos "racismo político"[88] (González, 2016)?

2. La segunda se relaciona con la pasión. Si bien al ser estudiante de la maestría en DDHH existe una afinidad con el tema y por ende una motivación y sensibilidad social con respecto a la guerra, las víctimas y los mecanismos de memoria, los y las estudiantes no se sienten atraídos por esta problemática social. Entonces, ¿Cómo motivar a los y las estudiantes que no les interesa el tema? Quienes van a decir que solo quieren aprobar el examen de admisión al pregrado y graduarse como médicos o psicólogos. ¿Cómo introducir en ellos y ellas la inquietud acerca de las víctimas y los mecanismos de memoria que se han construido en Tunja?, ¿Cómo inculcar en ellos y ellas el asombro por las masacres que se suscitan en contra de sus coterráneos?

Por lo anterior, lo que se busca es fomentar entre los y las estudiantes del preuniversitario, la existencia de los mecanismos de memoria de DDHH en Tunja. Esto se logra visitando con ellos los mecanismos de memoria de DDHH en la ciudad y generando a través de grupos focales, opiniones acerca de dichos mecanismos de memoria de DDHH.

En consecuencia de lo anterior, surge la siguiente pregunta, la cual será analizada dentro de la presente investigación:

¿El concienciar a los y las estudiantes del preuniversitario por medio de un Dispositivo Pedagógico, permitirá reconocer los mecanismos de memoria de DDHH en la ciudad de Tunja?

[88] Término tomado del texto "Racismo Político" escrito por Fernando González Santos y entregado en el marco del Seminario denominado "Conceptos y Fundamentos Pedagógicos de los Derechos Humanos". Sesión del 1 y 2 de abril de 2016, en el marco de la Maestría en Derechos Humanos de la UPTC, tercer semestre, dictado por el autor del texto.

FUNDAMENTACIÓN:

OBJETIVO GENERAL:

Concienciar a los estudiantes del preuniversitario sobre los mecanismos de memoria de DDHH en Tunja, por medio de un Dispositivo Pedagógico.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Fomentar entre los y las estudiantes del preuniversitario, la existencia de los mecanismos de memoria de DDHH en Tunja.

2. Visitar y re – conocer los mecanismos de memoria histórica de DDHH en Tunja, con los y las estudiantes del preuniversitario.

3. Generar, a través de grupos focales, opiniones acerca de los mecanismos de memoria histórica de DDHH en Tunja.

ESTADO DEL ARTE

Como primer aspecto se precisa que serán dos las categorías conceptuales las que servirán de referente en la construcción del estado del arte del presente trabajo, teniendo en cuenta que es sobre ellas que versará la investigación.

Las categorías son: Dispositivo Pedagógico y Mecanismos de Memoria en Derechos Humanos.

A este respecto es menester precisar que es limitada la información construida a través de investigaciones con respecto a la Categoría de *Dispositivo Pedagógico*, y que del mismo modo las pocas definiciones que se han encontrado con respecto a la categoría de análisis "Dispositivos Pedagógicos", hace mayor hincapié en el área de las licenciaturas o en las TIC – Tecnologías de la Información y la Comunicación.

La información que abunda, hace referencia a la educación y a la pedagogía de los derechos humanos, sobre todo por tratarse de una de las líneas de investigación de la maestría en Derechos Humanos de la UPTC.

Pese a lo anterior, no existe ningún trabajo de investigación que se haya encargado de poner en práctica un dispositivo pedagógico por medio del cual se concientice a estudiantes sobre los monumentos de memoria histórica en la ciudad de Tunja.

Si bien se consultó una investigación que da cuenta de las desapariciones y ejecuciones extrajudiciales en el marco de la seguridad democrática: *falsos positivos* en Boyacá y Casanare (Ballesteros, 2012), también lo es que con ocasión de dichos asesinatos no se construyó ningún tipo de monumento en pro de la memoria histórica, ni tampoco en tal trabajo se da cuenta de los monumentos históricos que se han construido en la ciudad en conmemoración a las víctimas del conflicto en Tunja.

Por otro lado, otro factor diferenciador con la tesis de maestría a la que se está haciendo referencia, es que las víctimas sobre las cuales versa la investigación no son estudiantes.

Por su parte la segunda categoría: Mecanismos de Memoria en Derechos Humanos, si ha tenido un mayor desarrollo académico principalmente por dos motivos. El primero por ser un aspecto fundamental en los temas de reconciliación y mecanismos de no repetición como herramientas cruciales en el respeto de los derecho humanos y la justicia transicional.

El segundo por tratarse de un tema que está en auge en el actual contexto sociopolítico colombiano: el proceso de paz.

No obstante la amplitud en el desarrollo investigativo de la categoría *Mecanismos de Memoria en Derechos Humanos,* no se encontró tampoco un trabajo que se encargara de concienciar sobre la existencia de los mecanismos de memoria histórica que existen en la ciudad de Tunja.

Por todo lo anterior, se ratifica la pertinencia de la presente investigación, en cuanto a que sobre el problema planteado no se ha realizado ningún tipo de investigación.

- **DISPOSITIVO PEDAGÓGICO**

Con respecto a esta categoría de análisis, se encontró el artículo de investigación doctoral de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, titulado "¿Hay un hipertexto en esta clase? Dispositivos pedagógicos, tecnología y subjetividad" (p.108), el cual fue elaborado por Armella y Grinberg (2009) y se enfoca en analizar "(…) *los procesos de transformación de los dispositivos pedagógicos, (…)"* (p. 109) en el marco de las TIC.

En el desarrollo del artículo, las autoras únicamente definen el dispositivo en los siguientes términos: "(…) un dispositivo supone la organización de algo, la composición de distintos elementos que, ensamblados, producen un determinado efecto." (p.112).

En este aspecto, las autoras citan a Michel Foucault, quien señala que un dispositivo es una red de conocimiento formada por un conjunto heterogéneo de elementos discursivos y no discursivos, tales como las instituciones y las disposiciones arquitectónicas, y por otro lado discursos, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos y proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas. (Armella & Grinberg, 2012).

Por su parte, en el artículo de Langer, Roldan & Maza (2011), se retoma nuevamente a Foucault, y en este sentido los autores citan a Grinberg, quien en el 2008 propone que los dispositivos pedagógicos facilitan la comprensión de significados, normas en un plano temporal y espacial que ubica la escolaridad en una posición histórica (Langer, Roldan & Maza, 2011). Del mismo modo, los dispositivos son técnicas que aumentan la producción de subjetividad en el aprendiz (Grinberg, 2013) logrando construir el conocimiento a partir de un juicio de valor propio y la objetividad de un colectivo.

En este orden de ideas, se puede entender que un dispositivo pedagógico es una herramienta que permite divulgar conocimiento; el cual puede ser aplicado en muchos campos tanto de las ciencias humanas como de las sociales. En el contexto de la presente investigación, el dispositivo será empleado como medio de concientización a los estudiantes del preuniversitario en salud de la UPTC acerca de los mecanismos de memoria que se han construido en Tunja en conmemoración de las víctimas de esta ciudad.

Es importante resaltar la función que tiene el dispositivo pedagógico de construir el conocimiento a partir de un juicio de valor propio (Grinberg, 2013), ya que en esta medida no se impone el aprendizaje sino que se construye a partir de una ecología de saberes (Sousa, 2010), alimentado por todas y cada de las experiencias previamente adquiridas y aprendidas por los y las intervinientes. Por el hecho que el conocimiento se construye entre los y las estudiantes de manera conjunta, se tiene que es posible formar una opinión auténtica y no impuesta.

Lo anterior se complementa al entender el dispositivo pedagógico como una construcción cotidiana del saber desde la perspectiva de los y las estudiantes (Langer, Roldan & Maza, 2011). Lo que implica reconocer al estudiantado como miembros activos de esta

construcción simultánea y de doble vía. Esta aseveración se torna pertinente, por cuanto a partir de esta participación se pueden obtener perspectivas que de otro modo, no habrían sido consideradas.

Por ejemplo, cuando en el conversatorio de mesa redonda se indagó al estudiantado acerca del desconocimiento sobre el monumento a la dignidad y a la vida ubicado en el Parque Pinzón de Tunja a la luz de todos y todas los y las transeúntes, muchos coincidieron en manifestar que pensaban que había sido elaborado como una obra de arte o por indígenas, a modo de reconocer la pluriculturalidad en el país. Es así como a partir de este ejercicio de intercambio de ideas y perspectivas, se vislumbró una forma completamente distinta y heterogénea de interpretar realidades.

El abordaje del trabajo en mención del dispositivo pedagógico (Langer, Roldan & Maza, 2011), se hace con el ánimo de ahondar en las lógicas neoliberales a la hora de impartir conocimiento. Un conocimiento que se encuentra ligado a crear trabajadores y trabajadoras dóciles, cumplidoras del deber en pro del capitalismo.

De este modo se encuentra pertinente entender el concepto de dispositivo pedagógico, no como una herramienta más de la educación tradicionalista neoliberal, la cual selecciona la educación que imparte con el ánimo de garantizar la estabilidad y el acatamiento de ciertas doctrinas y formas de pensamiento dominantes hoy en muchas partes del mundo, sino que por el contrario, sirve como instrumento de resistencia pacífica a través de la difusión de un conocimiento desde la perspectiva crítica.

Si bien es cierto la información impartida a los seres humanos desde su nacimiento y durante toda su formación, sirve como mecanismo de adoctrinamiento y disciplina, también lo es que puede ser empleada como una estrategia muy poderosa para filtrarse en los resquicios del sistema; sirve como *línea de fuga* (González, 2016).

Es en consecuencia en este sentido que se entiende el concepto de dispositivo pedagógico, partiendo en el caso concreto de las siguientes premisas:

1. La información es poder.
2. Existe desinformación sobre la situación actual del proceso de paz, del conflicto de las víctimas como estrategia del sistema. En el contexto de los adolescentes de clase media alta, habitantes de zonas urbanas de Boyacá, que no tienen interés en

enterarse del contexto sociopolítico e histórico del país, estos temas son percibidos bien como ajenos a la realidad o bien como distantes.

3. La desinformación genera un vacio que es principalmente aprovechada por el modelo de educación tradicional, ya que con la ignorancia es más fácil manipular a las masas.

Langer, Roldan & Maza (2011) describen los dispositivos pedagógicos como "(…) conjunto de prácticas que contribuyen con la producción de subjetividad, a través de los cuales los sujetos asumen una identidad en los asuntos sociales y que involucran relaciones entre el saber, las instituciones y el poder" (Langer, Roldan & Maza, 2011, p.3).

Retomando en este sentido la inclusión del concepto de *poder* dentro de la definición de dispositivo pedagógico, se observa que no es solo en un artículo que se hace referencia a este término. Es así como Armella & Grinberg (2012) acudido a Foucault al momento de definir el dispositivo pedagógico.

Realizando el acercamiento al concepto de dispositivo dado por Foucault se encontró que se refiere a éste como un mecanismo o un instrumento para "escuchar y registrar" (Foucault, 1977 p. 20 y 22). Así las cosas, se precisa que será en este sentido dentro del cual se entenderá la aplicación del dispositivo pedagógico en la presente investigación. Se empleará como un mecanismo para escuchar lo que los y las estudiantes opinan y así mismo registrarlo para obtener conclusiones.

Reconsiderando entonces se puede reiterar que así como la educación brindada en pro del adoctrinamiento, también puede ser empleada como *línea de fuga* (González, 2016).

Precisamente la fachada que *demuestra* tener el sistema como mayor arma de protección, es lo que lo hace más débil. Podría ejemplarizarse con las redes sociales. Es un tema que está en auge, que va en crecimiento constante y acelerado y el cual está íntimamente ligado con el intercambio de información. De este modo de vida se han desprendido fobias (como *nomofobia*[89] o *fomo*[90]), enfermedades mentales o desórdenes psicológicos (*síndrome de la llamada imaginaria*, *dependencia de internet* o de *videojuegos en línea*, *depresión del facebook*; tener rutinas de vida ligadas a los "likes" de la información o de las fotografías que se comparten) y otro tipo de comportamientos sociales antes inexistentes (poseer un millón

[89] **Nomofobia**: Ansiedad desprendida de no tener el celular cerca
[90] **FOMO (fear of missing out):** Miedo a perderse de algo

de amigos en la red pero ninguno tan cerca como para comentarle un problema, *efecto google*[91]*, cibercondria*[92]).

Lo que hace percibir como problemáticas a las redes sociales desde la perspectiva descrita, es que en lugar de liberar en todo su nivel la capacidad creativa del ser humano, lo que hacen es esclavizarlo, volverlo dependiente, sumiso y obediente por medio de la estrategia del miedo.

Pero ¿qué pasa cuando lo que se ve como una de las armas más poderosas que emplea el sistema para impartir culpas, miedos y lograr sumisión, se emplea de modo adverso a sus intereses? ¿Y en este sentido se explota como forma de movimientos sociales, de protesta, de subversión, de lucha?

Qué puede pasar cuando por medio del acceso a la información y de la concientización de realidades, se muestras perspectivas críticas de lo que ha acontecido en una ciudad en los últimos 20 o 30 años? Y ¿qué pasa si los estudiantes conocen que muchos de estos acontecimientos que se han vivido en la ciudad de Tunja fueron violentos y por ende vulneraron derechos humanos? ¿Se podría cambiar un poco la perspectiva de cada uno de ellos con el hecho de concientizarlos sobre la existencia de memoria histórica?

- **MECANISMOS DE MEMORIA HISTÓRICA EN DERECHOS HUMANOS**

La memoria histórica es el compartir cultural de una misma experiencia vivida por personas desde diferentes perspectivas, es susceptible al interés humano no solo como anclaje al pasado, sino que también por su capacidad de evaluar el futuro. (Antequera, 2011).

Este autor se refiere no a *mecanismos de memoria histórica*, sino a *políticas de memoria* (Antequera, 2011, p. 27) las cuales tienen por objeto reconocer la existencia de las víctimas de sucesos acontecidos dentro de un conflicto interno.

En este sentido se asemeja el hecho de que con el presente trabajo se busque concienciar a los estudiantes del preuniversitario en salud, acerca de los mecanismos de memoria histórica en Tunja; construidos, dibujados, erguidos en conmemoración a aquellas personas

[91] **Efecto google:** El cerebro se niega a recordar información porque sabe que puede acceder a ella en cualquier momento.
[92] **Cibercondria:** Las personas llegan a sentir que padecen los síntomas de los que han leído en internet, sin tenerlos.

asesinadas, heridas y desaparecidas en la ciudad, pese a que se conceptualice de manera diferente.

También habla de mecanismos de reconocimiento, huellas o vehículos de memoria (Antequera, 2011, p.37) para referirse al conducto que permite transmitir la memoria a través del tiempo, a través de las personas y sociedades.

El concepto de memoria es utilizado como lo indica Klein (2007) como forma de *recuperación* de identidades, de verdades o de historias propias, de *comprensión* de realidades y hechos y *superación del miedo* por medio de la aceptación. Ya que el miedo, o en palabras de Klein (2007) *el shock* es el principal instrumento del cual se vale el dominio hegemónico para inyectar medidas de regulación del mercado y de sociedades enteras.
No obstante, el miedo se combate divulgando la verdad, divulgando lo sucedido, haciendo una oda a la memoria, la remembranza como herramienta para combatir el desastre impartido por el *Shock*.

La memoria histórica parte de un "proceso de ampliación social de interpretaciones sobre acontecimientos" (Antequera, 2011, p. 37). Ejemplarizando con el dispositivo pedagógico aplicado a los estudiantes del preuniversitario en salud, el acontecimiento fue el paso cotidiano y regular de cada uno de los estudiantes frente al "monumento por la memoria, la dignidad y la vida" en el Parque Pinzón de Tunja. Las interpretaciones sobre el origen, la existencia y a construcción de dicho monumento, fueron tan variadas como el número de estudiantes que participaron del ejercicio. No obstante, algunas precisiones coincidieron, verbigracia; que el monumento había sido elaborado por indígenas, pero no en el marco de la memoria histórica, sino como ejercicio de recuperación de identidad. Otras concordaron en señalar que había sido un trabajo hecho por estudiantes de artes plásticas o por artistas plásticos. Otros y otras estudiantes ni siquiera lo habían visto.

Con esto, se ilustra que las interpretaciones sobre un mismo hecho o acontecimiento pueden ser tan variadas como personas y observadores hay, sin embargo, lo que se busca lograr con los mecanismos de memoria histórica es concienciar a los observadores, transeúntes y ciudadanos en general sobre la existencia de homicidios, masacres y general violaciones a los derechos humanos que ocurrieron en una zona determinada y de esta manera, recuperar la memoria y la identidad de un pueblo.

De este modo, la memoria histórica se convierte en un mecanismo idóneo para permitir hacer un análisis de hechos históricos, de reconstruir de manera colectiva la vulneración a

través del tiempo de los derechos humanos generando de este modo efectos en los grupos poblacionales de un territorio en tiempo presente. Se pretende una superación de las injusticias por medio de la memoria, por medio de la divulgación de lo ocurrido, por medio del recuerdo de lo que sucedió, por medio de la crítica, la reflexión y la participación activa de una comunidad que permita una construcción en relación con las experiencias pasadas y las expectativas del futuro basadas en la recolección de discursos de víctimas, familiares y un colectivo (Dueñas, T., & Vélez, G., 2004).

Esta mezcla de saberes, experiencias, críticas y reflexiones, se convierte en un *símbolo de representación cultural y arraigo de una población*, que permite creer en un pasado común a todos los miembros de una población, en el presente caso, la población de Tunja. De este modo se fusionan una serie de experiencias pasadas, en este caso de las víctimas (Andrea Marcela García Buitrago, Jorge Enrique Galvis Saavedra, Tomás Herrera Cantillo, Edwin Ricardo Molina Anzola) con las experiencias presentes no solo de la familia de las víctimas y de la población Tunjana en general, sino del grupo de estudiantes del preuniversitario que hacen parte de la construcción de la memoria colectiva y la reconstrucción del tejido social por medio de la concientización de los hechos violatorios de derechos humanos y de la existencia de los monumentos que combaten el olvido. (Cuervo, 2006).

Con respecto a los monumentos que combaten el olvido, son en consecuencia, mecanismos de memoria histórica implantados en las ciudades para mantener presente los hechos en los que han sido vulnerados o que han sido determinantes en la temática de los derechos humanos a través del tiempo, son los monumentos encontrados en diferentes lugares como parques, calles o edificios. (Krug, 2011).

Reconsiderando el proceso de paz y el periodo del post acuerdo, Ballesteros (2011) retoma el tema de la memoria histórica no solo como una estrategia para combatir el olvido y la impunidad, sino que al mismo tiempo resalta la importancia de no repetir una historia a causa de su desconocimiento.

Es en este sentido en el que radica la importancia sobre la divulgación de los hechos, sobre la concientización a los estudiantes de la existencia de crímenes, desapariciones, asesinatos, torturas llevados a cabo en Tunja, porque teniendo en cuenta que Colombia ha sido un país que ha vivido en la violencia durante décadas, la vulneración constante de derechos, la guerra, la muerte violenta comienza a verse normal. En palabras de Freud (como se citó en Ballesteros, 2011) *la dimensión de lo siniestro*. En palabras de Ballesteros (2011) “la realidad sobrepasa los límites” y la justificación del “miedo crónico” (p. 45). En palabras de Klein (2012) la doctrina del Shock, el terror impartido por dictadores, el temor a la rebelión (p.255), el miedo a causa de las violentas represalias (p. 256).

Este cambio de perspectiva impartida de manera violenta por los constantes crímenes llevados a cabo en el país, hace que se vea a la víctima como "culpable de su propia muerte" (como se citó en Ballesteros, 2011). Esto se asemeja al caso del estudiante Edwin Ricardo Molina Anzola, quien falleció presuntamente (ya que en la actualidad no existe un esclarecimiento o verdad oficial sobre los hechos) por la explosión de papas bomba que llevaba consigo. La versión pública y del voz a voz que existe sobre este hecho, señala al joven como culpable de su muerte, porque se parte del supuesto de que la huelga es ilegal y en lugar de presumir la buena fe de la víctima, se le culpa por encontrarse en la manifestación, por protestar, por estar en el "lugar equivocado" haciendo cosas "equivocadas"; en general, se le revictimiza.

Este cambio de perspectiva puede lograrse si se concientiza sobre la verdad de los hechos, haciendo ver la condición de estudiante de la víctima, su derecho a no estar de acuerdo sobre las políticas que en ese momento se estaban debatiendo en la universidad, su derecho a ser crítico de la cotidianidad, de lo que sucede alrededor.

Cuervo (2006) precisa que será factible y favorable entender el concepto de los Derechos Humanos, solo si se intentar volver a la tradición, a las costumbres, a las bases de una cultura, para que desde ese retorno se interpreten y se valoren los factores determinantes de los problemas actuales relacionados con la guerra y la violencia.

La anterior conceptualización no debe descontextualizarse de entender los derechos humanos como producto de las luchas sociales, como consecuencia de las conquistas a través de batallas dadas en la historia. Tal como lo enuncia Restrepo (2012), "los derechos son herramientas de lucha que fortalecen las capacidades de potencias de la dignidad humana" (Restrepo, 2012, p.7).

A manera de conclusión se puede decir que, sin desconocer la integralidad del derecho a la reparación, que incluye medidas de indemnización, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, para las víctimas la recuperación de la dignidad (…) es una prioridad (…). Como lección de la historia se ha aprendido que los derechos humanos han surgido producto de las luchas sociales donde el ser humano se reconoce y reconoce a los demás creando relaciones de fraternidad y dignidad, por tanto, para conseguir estas reivindicaciones se hace necesario hacer públicos los reclamos, salir a las calles, divulgar lo sucedido y exigir que la memoria fluya y circule (…). (Ballesteros, 2011, p. 48).

PROPUESTA:

La identificación del problema se hizo en una clase impartida dentro del preuniversitario organizado por el Centro de Investigación y Extensión de la Facultad de Ciencias de la Salud - CIES de la UPTC, la cual está dirigida a un grupo de estudiantes que aspiran a ingresar al programa de pregrado de medicina y psicología en la ciudad Tunja.

Se realizaba una dinámica con noticias. Un grupo estaba leyendo una noticia sobre una delegación de víctimas de la violencia en Colombia a la mesa de negociación en La Habana. Al solicitarles que resumieran las principales ideas de la noticia, les fue difícil hablar del proceso de paz, del conflicto armado, de la situación histórica, política y social del país y de las víctimas. No vieron relevancia en el hecho de que las víctimas hicieran parte de la mesa de negociación o ni si quiera vieron la conexidad con la situación que se vive en Cuba.

Si bien es cierto la gran mayoría de alumnos aspiran a un programa de medicina y por tanto de ciencias exactas, el tema del conflicto armado en el país y cada una de sus víctimas no debería ser ajeno. No es un tema que deba estudiar exclusivamente la persona que está interesada en los derechos humanos o las ciencias sociales, o aquella que es víctima de flagelos propiciados y auspiciados por la guerra. Es una problemática generalizada y que por tanto al menos debe ser conocida por la mayoría, quienes tienen el derecho a saber qué es lo que está sucediendo para tomar partido, y de este modo que ya sea una decisión personal si deben o no tomar acciones.

En este sentido, se observa que si el desconocimiento acerca del proceso que vive el país alrededor de los diálogos de paz y en especial, el papel fundamental de las víctimas y la lucha contra el olvido, persiste en el tiempo y sigue siendo generalizado, puede ocurrir que la implementación del post acuerdo no sea efectiva a causa de la ignorancia colectiva entre los grupos de estudiantes jóvenes del país; máxime cuando será este grupo poblacional el encargado de vivir de cerca el post acuerdo e implementar la paz desde cada una de sus realidades.

Se parte entonces de la base de un conocimiento compartido desde la horizontalidad, no impartido desde la verticalidad. Si bien Chomsky (2015), manifestó que el verdadero conocimiento no es el que se impone por medio de una “verdad oficial” (p.29), sino aquel que es adquirido por los mismos y las mismas estudiantes; por sus propios medios. Este último escenario, es el que conlleva a desarrollar un “pensamiento crítico e independiente” (p. 29), pues así como Sócrates lo planteaba desde el año 399 a.C, Chomsky (2015) lo reitera

indicando que el rol más efectivo y la obligación verdadera de todo y toda docente consiste en “ayudar a sus estudiantes a descubrir la verdad por sí mismos” (p.29).

Es en este sentido, es que el ejercicio se plantea de modo tal que los y las estudiantes indaguen por sí mismos sobre cada uno de los acontecimientos que dieron lugar a la construcción de los mecanismos de memoria histórica en Tunja, y para ello son válidos todos los medios que ellos y ellas consideren pertinentes, los cuales van desde la consulta en internet, en periódicos; pasando por consultas a familiares que puede que hayan presenciado alguno de los hechos, hasta la visita por parte de ellos y ellas mismas a los mecanismos de memoria histórica ya identificados.

De este modo, se evita caer en la imposición de una “verdad oficial” (Chomsky, 2015, p.29), pues si son los y las estudiantes que indagan sobre los hechos, ellos y ellas van creando una versión imparcial de los mismos, la cual no estará contaminada o sesgada por el punto de vista del o la docente.

Pues no se considera efectivo ni consecuente con la teoría hasta aquí expuesta, el hecho de impartir una clase magistral, en la que se narre con parsimonia cada una de las historias que dieron pie a la construcción de los mecanismos de memoria histórica en la ciudad de Tunja, pues esta metodología no respetaría el deber de todo y toda docente de ayudar a sus alumnos y alumnas de buscar la verdad por sí mismos y sí mismas.

De la mano con esta idea de fomentar la búsqueda del conocimiento por sí mismo, libre de imposiciones o verdades oficiales, se desemboca en la afirmación Jhon Dewey, y el cual es referido por Chomsky (2015), en el sentido de concebir la idea de una sociedad más justa y libre cuando “el objetivo último de la producción no sea la producción de bienes, sino la producción de seres humanos asociados entre sí en términos de igualdad” (p.45).

Precisamente, es esta formación de seres humanos con valores como altruismo, fraternidad, solidaridad, colectivismo, pensar en el bien de los demás y no en el *mío propio*, lo que permite librarse de las cadenas impuestas por un sistema que divulga y fomenta la competitividad, el egoísmo, el autoritarismo, la plusvalía y el dinero como estandartes de las sociedades modernas.

Se considera que una forma de *deconstruir* este concepto de sociedad individualista y egocéntrica, se logra divulgando otras perspectivas de hechos que traen consigo violencia y desolación, desmontando las verdades oficiales, respetando a las víctimas y haciendo un

honor a ellas por medio de la verdad, sin que sea oficial, y por supuesto la divulgación y difusión de la misma.

Fomentando la capacidad de ponerse en el lugar del otro o de la otra, para así solidarizarse cuando los demás son víctimas.

Como lo indicó Chomsky (2015), "El objetivo de la educación –citando a Bertrand Rusell- es "lograr que se perciba el valor de la realidad ajena a la dominación" con miras a crear "ciudadanos sabios de una comunidad libre" y estimular una combinación de ciudadanía, libertad y creatividad individual" (p, 46).

Si se analiza, la creatividad es uno de los pilares más poderosos del conocimiento y de la producción intelectual y académica en todos los campos, desde las ciencias humanas hasta las ciencias exactas, no obstante, esta facultad está siendo fragmentada, debilitada y manipulada, por cuanto la "clase instruida" (Chmosky, 2015, p.30) pretende mantener a la mayor cantidad de población como un "rebaño desconcertado" (Chmosky, 2015, p. 30), sin capacidad de acción o reacción, porque estos hombres de negocios conocen la importancia del conocimiento; en la medida en que este de ser *bien utilizado* hace que la masa o *rebaño desconcertado* se empodere y se subleve, al darse cuenta del potencial que tienen por explotar.

Es por estas razones que se reitera la importancia del conocimiento otorgado para que pueda ser absorbido con *pensamiento crítico e independiente.*

Chomsky así lo plantea "Es por ello que una educación cuya meta sea lograr un mundo más democrático debería proporcionar a sus estudiantes herramientas críticas con las que trazar relaciones entre los acontecimientos que, finalmente, desenmascaren las mentiras y el engaño. En lugar de adoctrinar a los estudiantes con mitos sobre la democracia, la escuela debería comprometerlos en la práctica de la democracia."

La identificación del problema se hizo en una clase impartida dentro del preuniversitario organizado por el Centro de Investigación y Extensión de la Facultad de Ciencias de la Salud - CIES de la UPTC, la cual está dirigida a un grupo de estudiantes que aspiran a ingresar al programa de pregrado de medicina y psicología en la ciudad Tunja.

Se realizaba una dinámica con noticias. Un grupo estaba leyendo una noticia sobre una delegación de víctimas de la violencia en Colombia a la mesa de negociación en La Habana. Al solicitarles que resumieran las principales ideas de la noticia, les fue difícil hablar del

proceso de paz, del conflicto armado, de la situación histórica, política y social del país y de las víctimas. No vieron relevancia en el hecho de que las víctimas hicieran parte de la mesa de negociación o ni si quiera vieron la conexidad con la situación que se vive en Cuba.

Si bien es cierto la gran mayoría de alumnos aspiran a un programa de medicina y por tanto de ciencias exactas, el tema del conflicto armado en el país y cada una de sus víctimas no debería ser ajeno. No es un tema que deba estudiar exclusivamente la persona que está interesada en los derechos humanos o las ciencias sociales, o aquella que es víctima de flagelos propiciados y auspiciados por la guerra. Es una problemática generalizada y que por tanto al menos debe ser conocida por la mayoría, quienes tienen el derecho a saber qué es lo que está sucediendo para tomar partido, y de este modo que ya sea una decisión personal si deben o no tomar acciones.

En este sentido, se observa que si el desconocimiento acerca del proceso que vive el país alrededor de los diálogos de paz y en especial, el papel fundamental de las víctimas y la lucha contra el olvido, persiste en el tiempo y sigue siendo generalizado, puede ocurrir que la implementación del post acuerdo no sea efectiva a causa de la ignorancia colectiva entre los grupos de estudiantes jóvenes del país; máxime cuando será este grupo poblacional el encargado de vivir de cerca el post acuerdo e implementar la paz desde cada una de sus realidades.

Se parte entonces de la base de un conocimiento compartido desde la horizontalidad, no impartido desde la verticalidad. Si bien Chomsky (2015), manifestó que el verdadero conocimiento no es el que se impone por medio de una “verdad oficial” (p.29), sino aquel que es adquirido por los mismos y las mismas estudiantes; por sus propios medios. Este último escenario, es el que conlleva a desarrollar un “pensamiento crítico e independiente” (p. 29), pues así como Sócrates lo planteaba desde el año 399 a.C, Chomsky (2015) lo reitera indicando que el rol más efectivo y la obligación verdadera de todo y toda docente consiste en “ayudar a sus estudiantes a descubrir la verdad por sí mismos” (p.29).

Es en este sentido, es que el ejercicio se plantea de modo tal que los y las estudiantes indaguen por sí mismos sobre cada uno de los acontecimientos que dieron lugar a la construcción de los mecanismos de memoria histórica en Tunja, y para ello son válidos todos los medios que ellos y ellas consideren pertinentes, los cuales van desde la consulta en internet, en periódicos; pasando por consultas a familiares que puede que hayan presenciado alguno de los hechos, hasta la visita por parte de ellos y ellas mismas a los mecanismos de memoria histórica ya identificados.

De este modo, se evita caer en la imposición de una "verdad oficial" (Chomsky, 2015, p.29), pues si son los y las estudiantes que indagan sobre los hechos, ellos y ellas van creando una versión imparcial de los mismos, la cual no estará contaminada o sesgada por el punto de vista del o la docente.

Pues no se considera efectivo ni consecuente con la teoría hasta aquí expuesta, el hecho de impartir una clase magistral, en la que se narre con parsimonia cada una de las historias que dieron pie a la construcción de los mecanismos de memoria histórica en la ciudad de Tunja, pues esta metodología no respetaría el deber de todo y toda docente de ayudar a sus alumnos y alumnas de buscar la verdad por sí mismos y sí mismas.

De la mano con esta idea de fomentar la búsqueda del conocimiento por sí mismo, libre de imposiciones o verdades oficiales, se desemboca en la afirmación Jhon Dewey, y el cual es referido por Chomsky (2015), en el sentido de concebir la idea de una sociedad más justa y libre cuando "el objetivo último de la producción no sea la producción de bienes, sino la producción de seres humanos asociados entre sí en términos de igualdad" (p.45).

Precisamente, es esta formación de seres humanos con valores como altruismo, fraternidad, solidaridad, colectivismo, pensar en el bien de los demás y no en el *mío propio*, lo que permite librarse de las cadenas impuestas por un sistema que divulga y fomenta la competitividad, el egoísmo, el autoritarismo, la plusvalía y el dinero como estandartes de las sociedades modernas.

Se considera que una forma de *deconstruir* este concepto de sociedad individualista y egocéntrica, se logra divulgando otras perspectivas de hechos que traen consigo violencia y desolación, desmontando las verdades oficiales, respetando a las víctimas y haciendo un honor a ellas por medio de la verdad, sin que sea oficial, y por supuesto la divulgación y difusión de la misma.

Fomentando la capacidad de ponerse en el lugar del otro o de la otra, para así solidarizarse cuando los demás son víctimas.

Como lo indicó Chomsky (2015), "El objetivo de la educación –citando a Bertrand Rusell- es "lograr que se perciba el valor de la realidad ajena a la dominación" con miras a crear "ciudadanos sabios de una comunidad libre" y estimular una combinación de ciudadanía, libertad y creatividad individual" (p, 46).

Si se analiza, la creatividad es uno de los pilares más poderosos del conocimiento y de la producción intelectual y académica en todos los campos, desde las ciencias humanas hasta las ciencias exactas, no obstante, esta facultad está siendo fragmentada, debilitada y manipulada, por cuanto la "clase instruida" (Chmosky, 2015, p.30) pretende mantener a la mayor cantidad de población como un "rebaño desconcertado" (Chmosky, 2015, p. 30), sin capacidad de acción o reacción, porque estos hombres de negocios conocen la importancia del conocimiento; en la medida en que este de ser *bien utilizado* hace que la masa o *rebaño desconcertado* se empodere y se subleve, al darse cuenta del potencial que tienen por explotar.

Es por estas razones que se reitera la importancia del conocimiento otorgado para que pueda ser absorbido con *pensamiento crítico e independiente.*

Chomsky así lo plantea "Es por ello que una educación cuya meta sea lograr un mundo más democrático debería proporcionar a sus estudiantes herramientas críticas con las que trazar relaciones entre los acontecimientos que, finalmente, desenmascaren las mentiras y el engaño. En lugar de adoctrinar a los estudiantes con mitos sobre la democracia, la escuela debería comprometerlos en la práctica de la democracia."

La identificación del problema se hizo en una clase impartida dentro del preuniversitario organizado por el Centro de Investigación y Extensión de la Facultad de Ciencias de la Salud - CIES de la UPTC, la cual está dirigida a un grupo de estudiantes que aspiran a ingresar al programa de pregrado de medicina y psicología en la ciudad Tunja.

Se realizaba una dinámica con noticias. Un grupo estaba leyendo una noticia sobre una delegación de víctimas de la violencia en Colombia a la mesa de negociación en La Habana. Al solicitarles que resumieran las principales ideas de la noticia, les fue difícil hablar del proceso de paz, del conflicto armado, de la situación histórica, política y social del país y de las víctimas. No vieron relevancia en el hecho de que las víctimas hicieran parte de la mesa de negociación o ni si quiera vieron la conexidad con la situación que se vive en Cuba.

Si bien es cierto la gran mayoría de alumnos aspiran a un programa de medicina y por tanto de ciencias exactas, el tema del conflicto armado en el país y cada una de sus víctimas no debería ser ajeno. No es un tema que deba estudiar exclusivamente la persona que está interesada en los derechos humanos o las ciencias sociales, o aquella que es víctima de flagelos propiciados y auspiciados por la guerra. Es una problemática generalizada y que por tanto al menos debe ser conocida por la mayoría, quienes tienen el derecho a saber qué es lo que está sucediendo para tomar partido, y de este modo que ya sea una decisión personal si deben o no tomar acciones.

En este sentido, se observa que si el desconocimiento acerca del proceso que vive el país alrededor de los diálogos de paz y en especial, el papel fundamental de las víctimas y la lucha contra el olvido, persiste en el tiempo y sigue siendo generalizado, puede ocurrir que la implementación del post acuerdo no sea efectiva a causa de la ignorancia colectiva entre los grupos de estudiantes jóvenes del país; máxime cuando será este grupo poblacional el encargado de vivir de cerca el post acuerdo e implementar la paz desde cada una de sus realidades.

Se parte entonces de la base de un conocimiento compartido desde la horizontalidad, no impartido desde la verticalidad. Si bien Chomsky (2015), manifestó que el verdadero conocimiento no es el que se impone por medio de una "verdad oficial" (p.29), sino aquel que es adquirido por los mismos y las mismas estudiantes; por sus propios medios. Este último escenario, es el que conlleva a desarrollar un "pensamiento crítico e independiente" (p. 29), pues así como Sócrates lo planteaba desde el año 399 a.C, Chomsky (2015) lo reitera indicando que el rol más efectivo y la obligación verdadera de todo y toda docente consiste en "ayudar a sus estudiantes a descubrir la verdad por sí mismos" (p.29).

Es en este sentido, es que el ejercicio se plantea de modo tal que los y las estudiantes indaguen por sí mismos sobre cada uno de los acontecimientos que dieron lugar a la construcción de los mecanismos de memoria histórica en Tunja, y para ello son válidos todos los medios que ellos y ellas consideren pertinentes, los cuales van desde la consulta en internet, en periódicos; pasando por consultas a familiares que puede que hayan presenciado alguno de los hechos, hasta la visita por parte de ellos y ellas mismas a los mecanismos de memoria histórica ya identificados.

De este modo, se evita caer en la imposición de una "verdad oficial" (Chomsky, 2015, p.29), pues si son los y las estudiantes que indagan sobre los hechos, ellos y ellas van creando una versión imparcial de los mismos, la cual no estará contaminada o sesgada por el punto de vista del o la docente.

Pues no se considera efectivo ni consecuente con la teoría hasta aquí expuesta, el hecho de impartir una clase magistral, en la que se narre con parsimonia cada una de las historias que dieron pie a la construcción de los mecanismos de memoria histórica en la ciudad de Tunja, pues esta metodología no respetaría el deber de todo y toda docente de ayudar a sus alumnos y alumnas de buscar la verdad por sí mismos y sí mismas.

De la mano con esta idea de fomentar la búsqueda del conocimiento por sí mismo, libre de imposiciones o verdades oficiales, se desemboca en la afirmación Jhon Dewey, y el cual es referido por Chomsky (2015), en el sentido de concebir la idea de una sociedad más justa y

libre cuando “el objetivo último de la producción no sea la producción de bienes, sino la producción de seres humanos asociados entre sí en términos de igualdad” (p.45).

Precisamente, es esta formación de seres humanos con valores como altruismo, fraternidad, solidaridad, colectivismo, pensar en el bien de los demás y no en el *mío propio*, lo que permite librarse de las cadenas impuestas por un sistema que divulga y fomenta la competitividad, el egoísmo, el autoritarismo, la plusvalía y el dinero como estandartes de las sociedades modernas.

Se considera que una forma de *deconstruir* este concepto de sociedad individualista y egocéntrica, se logra divulgando otras perspectivas de hechos que traen consigo violencia y desolación, desmontando las verdades oficiales, respetando a las víctimas y haciendo un honor a ellas por medio de la verdad, sin que sea oficial, y por supuesto la divulgación y difusión de la misma.

Fomentando la capacidad de ponerse en el lugar del otro o de la otra, para así solidarizarse cuando los demás son víctimas.

Como lo indicó Chomsky (2015), “El objetivo de la educación –citando a Bertrand Rusell- es “lograr que se perciba el valor de la realidad ajena a la dominación” con miras a crear “ciudadanos sabios de una comunidad libre” y estimular una combinación de ciudadanía, libertad y creatividad individual” (p, 46).

Si se analiza, la creatividad es uno de los pilares más poderosos del conocimiento y de la producción intelectual y académica en todos los campos, desde las ciencias humanas hasta las ciencias exactas, no obstante, esta facultad está siendo fragmentada, debilitada y manipulada, por cuanto la “clase instruida” (Chmosky, 2015, p.30) pretende mantener a la mayor cantidad de población como un “rebaño desconcertado” (Chmosky, 2015, p. 30), sin capacidad de acción o reacción, porque estos hombres de negocios conocen la importancia del conocimiento; en la medida en que este de ser *bien utilizado* hace que la masa o *rebaño desconcertado* se empodere y se subleve, al darse cuenta del potencial que tienen por explotar.

Es por estas razones que se reitera la importancia del conocimiento otorgado para que pueda ser absorbido con *pensamiento crítico e independiente.*

Chomsky así lo plantea “Es por ello que una educación cuya meta sea lograr un mundo más democrático debería proporcionar a sus estudiantes herramientas críticas con las que trazar relaciones entre los acontecimientos que, finalmente, desenmascaren las mentiras y el

engaño. En lugar de adoctrinar a los estudiantes con mitos sobre la democracia, la escuela debería comprometerlos en la práctica de la democracia."

BIBLIOGRAFÍA

- Antequera, J. (2011). *MEMORIA HISTÓRICA COMO RELATO EMBLEMÁTICO.Consideraciones en medio de la emergencia de políticas de.* Obtenido de PONTIFICA UNIVERSIDAD JAVERIANA: http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/tesis491.pdf

- Arévalo, L. (2009). *Siga el Hilo. Prevención a la vinculación de niños, niñas y jóvenes al conflicto armado en Colombia*. Corporación vínculos. Bogotá. Ediciones Ántropos.
- Armella, J., & Grinberg, S. (2012). ¿Hay un hipertexto en esta clase? Dispositivos pedagógicos, tecnología y subjetividad. *Signo y Pensamiento 31 (61)*, 108 - 124. Recuperado de http://www.redalyc.org/pdf/860/86025373007.pdf

- Ballesteros, A. (2011). Redignificacion de víctimas como parte primordial de la reparación integral para los casos de ejecuciones extrajudiciales reportadas como resultados positivos de la Fuerza Pública "Falsos Positivos". *Teoría y Praxis de los Derechos Humanos. Maestría en Derechos Humanos, UPTC,* 1(3), 39 – 49.

- Ballesteros, A. (2012).Derecho a la reparación integral para las víctimas de ejecuciones extrajudiciales reportadas como resultados positivos de las fuezas militares. *Teoría y Praxis de los Derechos Humanos. Maestría en Derechos Humanos, UPTC,* 1(5), 13 – 41.

- Cabrera, S. (2012). El derecho a la memoria y su Protección Jurídica: Avance de investigación.

- *Caja de herramientas para gestores de archivos de DDHH*. (2015). Obtenido de Centro Nacional de Memoria Historica: http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/informes/informes-2015-1/caja-de-herramientas-para-gestores-de-archivos-de-los-ddhh

- CINEP. Página web

- Chomsky, N. (2015). *La (Des) Educación.* Barcelona, España: Austral.

- Cuervo, M. (2006). El Camino del Mito Hacia la Comprensión Hermenéutica de los Derechos Humanos y la Democracia. *Cuadernos de Filosofía Latinoamericana 27 (95)*, 317-322.

- Dueñas, T., & Velez , G. (2004). Trabajo Social y pedagogía de la memoria desde los derechos humanos . *Prospectiva (19)*, 359-386.

- Foucault, M. (1998). *Historia de la sexualidad. La voluntad de Saber. Tomo I.* Siglo XXI de España Editores S.A. Vigesimoquinta edición en español. México y España.
- Foucault, M. (2009). *Vigilar y Castigar.* El nacimiento de la prisión. Siglo XXI Editores S.A. Segunda edición revisada. Argentina, México y España.
- González, F. (1 y 2 de abril de 2016). *Conceptos y Fundamentos Pedagógicos de los Derechos Humanos*. Seminario dictado en el tercer semestre de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Pedagógica de Colombia – UPTC, Tunja.
- González, F. *Racismo Político.* Documento entregado por el autor en el marco del Seminario denominado "Conceptos y Fundamentos Pedagógicos de los Derechos Humanos". Sesión del 1 y 2 de abril de 2016, en el marco de la Maestría en Derechos Humanos de la UPTC, tercer semestre, dictado por el autor del texto.
- Klein, N. (2007). *La Doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre.* Madrid, España: Espasa Libros, en colaboración con Editorial Planeta, S.A.

- Krug, N. G. (2011). Visita a un lugar de memoria. Guia para el trabajo en derechos humanos. *Journal of Moral Education,40 (1)*, 127-129.

- Langer, E., Roldán, S., & Maza, K. (2012). Dispositivos pedagógicos y trayectorias escolares en contexto de desigualdad social. *Dialnet*, 127- 138. Recuperado de http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.980/ev.980.pdf

- Puiggrós, A. (1999). Educación Neoliberal y Quiebre Educativo. En R. Vega. (Ed.), *Neoliberalismo: Mito y Realidad* (pp. 142-160). Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ediciones Pensamiento Crítico.
- Restrepo, M. (2012). Los derechos no son recetas. *Teoría y Praxis de los Derechos Humanos. Maestría en Derechos Humanos, UPTC,* 1 (6), 7-8.

- Sampieri. H., Fernandez. C., Baptista. P. (2010). *Metodología de la Investigación.* México D.F., México: Mc Graw Hill. Quinta edición.

- Sousa, Santos Boaventura (2010). *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder*. Ediciones Trilce. Recuperado de

http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Descolonizar%20el%20saber_final%20-%20C%C3%B3pia.pdf

Ponencia 9 – Comisión 1

Título: Diversos Dispositivos Terapéuticos de Niñez, Adolescencia y Familia en el Hospital Escuela de Salud Mental (San Luis-Argentina).

Autor/es: Julieta Gatica

Contacto:

Dirección: Barrio Parque de las Naciones, Cuba 1760 (San Luis-Argentina)

Teléfono: 2664791945.

E-mail: julietagatica@hotmail.com

DIVERSOS DISPOSITIVOS TERAPÉUTICOS DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA EN EL HOSPITAL ESCUELA DE SALUD MENTAL (SAN LUIS-ARGENTINA)"

Dentro de la **Comisión Derechos Humanos, Políticas públicas, legislativas respecto de niños, niñas y adolescentes en Responsabilidad del Estado: art.20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño,** deseo compartir en el **VIII Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia en Cartagena de Indias (Colombia)**, nuestra experiencia como Profesionales de la Salud Mental en la Terapia de Familias con Niños y Adolescentes en el Hospital Escuela de Salud Mental de la Provincia de San Luis (Argentina).

Esta Institución se caracteriza por haber vivido un proceso de transformación en el año 1993, en donde deja de ser un lugar de encierro de personas con patologías mentales para transformarse y dar lugar al abordaje de la Salud Mental basado en los Derechos Humanos. Dicho proceso fue resistido por la sociedad, trabajadores del hospital y familiares de los pacientes internados. Se dio marcha a un proceso gradual de externación con un fuerte apoyo del estado provincial. El trabajo en equipo, la interdisciplinariedad, lo grupal y la convicción en este proyecto fueron los principales motores para gestar este proceso de transformación institucional. Dicho proyecto fue logrado, hoy se sostiene día a día, intentando desmanicomializar humanizando la tarea diaria, evitando la rigidización de pensamientos, buscando espacios de encuentros y comunicación, deslocalizandonos en

cada intervención profesional y dando lugar a la creatividad. Se han creado diversos dispositivos terapéuticos para los pacientes y trabajadores de la salud mental para dar respuesta a la gran demanda de pacientes que actualmente existe, ellos son: 8 Grupos Terapéuticos y Psicoeducativos, Revista de sala diaria de los pacientes internados, espacio de Asamblea Institucional, Reunión de Atención al Público, Servicios (Psiquiatría, Psicología, Farmacia, Nutrición, Kinesiología, Psicomotricidad, etc.), Sala de Internación para pacientes durante episodios de crisis, etc. En esta Institución formo parte del Servicio de Niñez y Adolescencia, en donde realizo actividades psicoterapéuticas en consultorio individual de niños con su familia y también trabajo en la coordinación del Grupo Psicoterapéutico de Familia con Niños y Grupo de Adolescentes.

Las problemáticas de la sociedad moderna afectan a la persona en su totalidad y en el caso de sufrimiento psicológico conlleva a la búsqueda de ayuda profesional, demanda que es atendida por la Psicoterapia, "…se entenderá por Psicoterapia todo tratamiento de naturaleza psicológica que, a partir de manifestaciones psíquicas o físicas de sufrimiento humano, promueve el logro de cambios o modificaciones en el comportamiento, la adaptación al entorno, la salud física, y psíquica, la integridad de la identidad psicológica y bienestar bio-psico-social de las personas y grupos tales como la pareja y la familia. Comprende las actuaciones en todos los niveles de edad de las personas, desde los niños y niñas más pequeños hasta las personas de edad avanzada…" (FEAP-Federación Española de Asociaciones de Psicoterapeutas, 1992 citado por Feixas G. y Miró M.T., 1993). Por otra parte los profesionales de la salud se destacan la importancia de las Psicoterapias grupales como una importante estrategia tanto para la prevención como para el tratamiento de problemas psicológicos. En tal sentido se fundamenta a favor de dicha estrategia al considerar que limitar los servicios a la psicoterapia individual deja de ser práctico y creativo, principalmente en estos tiempos caracterizados por dificultades sociales y económicas. Se puede emplear la terapia grupal con fines terapéuticos como educativos o para la combinación de ambos. La efectividad de las terapias grupales se basan en la capacidad que tienen sus miembros de desarrollar nuevas habilidades dentro del mismo grupo como fuera de él. Asimismo, los integrantes del grupo se benefician con el feedback y el insight del resto de los miembros del grupo. Por dicha razón, como profesionales de la salud mental estamos convencidos de los logros que aporta el abordaje terapéutico grupal en nuestras prácticas, como así también de sus diferentes estrategias, en pos de acompañar a los pacientes en el logro de los objetivos terapéuticos planteados.

INTRODUCCION

La psicoterapia de grupo es una modalidad de tratamiento psicológico, donde un grupo de individuos (en nuestro caso, niños, adolescentes y padres), que presentan trastornos psicológicos diversos, se reúnen con la finalidad de ayudarse unos a otros, contando con la participación de personal calificado (terapeutas y coterapeutas), quienes estimulan y dirigen las acciones terapéuticas, contribuyendo entre todos a efectuar un cambio evidente en las relaciones interpersonales de los pacientes, a la vez que desarrollan su madurez emocional y social. Los padres, igualmente, mejorarán sus relaciones interpersonales, intra y extrafamiliares; enfrentarán los problemas propios, entrando así en mejores condiciones para educar y formar a sus hijos. Los pacientes se seleccionan previamente, teniendo en cuenta su diagnóstico clínico y la edad.

Bauleo, plantea en la experiencia grupal "como momento en que los sujetos experimentan consigo mismos otros momentos grupales diversos al de sus historias personales".

FUNDAMENTO TEORICO

Los fundamentos teórico desde los que se trabajará serán principalmente:

-La teoría general de los sistemas, según la cual se entiende al sujeto como parte y emergente de un sistema en constante interacción con su medio.

-Cibernética: con sus conceptos de retroalimentación, causalidad circular y homeostasis.

-Constructivismo Social: desde el cual el sujeto construye y define su realidad según y en función de sus relaciones con el otro y el mundo.

-Teorías Cognitivas Integrativas: desde las cuales el sujeto experimenta y se define a sí mismo, el futuro y el mundo según sus cogniciones, interpretaciones.

-Fundamentos Teóricos-Prácticos de la Psiquiatría Infanto Juvenil.

-Técnicas lúdicas y corporales: Expresión corporal, técnicas del yoga y títeres entre otras.

-Técnicas Gestálticas: concentradas en el "aquí y ahora", trabajando en el tiempo "presente".

CARACTERÍSTICAS DEL GRUPO

El grupo lo constituyen niños en edades entre 4 y 10 años de edad cronológica. Es un grupo abierto; la frecuencia es de una hora y media semanal. La sintomatología es heterogénea y principalmente relacionada con presencia de conflictiva vincular familiar de base.

En el caso del Grupo de Adolescentes está constituido por jóvenes de 11 a 18 años, también es un grupo abierto; la frecuencia de la sesión es de una hora y media semanal. La sintomatología es heterogénea y principalmente relacionada con la presencia de conflictiva vincular familiar de base y crisis adolescente.

ENCUADRE

En cualquier proceso psicoterapéutico el encuadre se constituye en uno de los elementos más relevantes y de mayor impacto a la hora de evaluar sus resultados. En el caso de las psicoterapias grupales este factor adquiere mayor relevancia. Con mayor fuerza, si cabe, es en la infancia y adolescencia pues incluye la actitud de las figuras parentales por la necesidad de tener que acompañar, con casi total seguridad. Por ello definir el encuadre en las psicoterapias grupales adquiere una importancia fuera de toda duda. Se tendrán en cuenta los siguientes criterios básicos como base del encuadre:

-El grupo será abierto, ya que esta modalidad es más dinámica y ágil, con una aplicación muy buena en los servicios públicos de salud mental.

-Tiempo sesión: -1h. 30 minutos.

-Periodicidad: 1 sesión semanal, a realizarse los segundos, terceros y cuartos martes de cada mes. Los primeros martes de cada mes se destina a la reunión de Equipo de Coordinación para el desarrollo y puesta en acción del Proyecto de Trabajo de Redes Interinstitucionales e Interdisciplinarias para la Atención de Niños, Adolescentes y sus Familias de barrios de la zona Norte de la Ciudad de San Luis (Argentina)

En Agosto de 2015 se promueve desde diferentes instituciones de barrios de la zona norte de la Ciudad de San Luis la construcción de una Red Interinstitucional e Interdisciplinaria.

Objetivo principal es la Atención de Niños, Adolescentes y sus Familias de San Luis a partir de una labor conjunta Interinstitucional e Interdisciplinaria.

Actualmente las Instituciones y trabajadores que componen esta Red son:

-Hospital Escuela de Salud Mental: 2 Psicólogos, 1 Medico, 1 Psicomotricista, 1 Trabajadora Social, 1 Nutricionista.

-Centro de Salud “Eva Perón”: 1 Trabajadora Social, 1 Fonoaudióloga, 1 Medico Clínico, 1 Pediatra, 1 Dentista, 1 Nutricionista, 1 Obstetra, 1 Comunicadora Social/Docente.

-Escuela Nº 51 “Faustino Mendoza”: 3 Docentes.

-Escuela Experimental “Juan Carlos Rodríguez”: Regente y 4 Docentes.

-Escuela “Camino del Peregrino”: 2 Docentes

-CIC (Centro de Integración Comunitaria): 1 Psicóloga, 1 Nutricionista, 1 Trabajadora Social, 1 Obstetra.

-Hospital “Cerro de la Cruz”: 2 Psicólogas, 1 Agente Sanitario, 1 Fonoaudióloga, 1 Odontopediatra.

-Comisaría 7ma.

Se han realizado 10 reuniones hasta la fecha, con estos equipos Interdisciplinarios en los diferentes Hospitales, Centros de Salud y Escuelas que componen esta Red.

La Red Interinstitucional e Interdisciplinaria para la Atención de Niños, Adolescentes y sus Familias ha logrado:

-Brindar respuestas con mayor rapidez y eficacia con intervenciones Interinstitucionales e Interdisciplinarias de la Red que benefician a Niños, Adolescentes y sus Familias.

-Acciones conjuntas tendientes a la Prevención, Promoción y Atención de la Salud, Educación y Seguridad de todos los Niños, Adolescentes y sus Familias de los barrios del norte de la Ciudad de San Luis.

-Detección temprana de problemáticas más frecuentes en la zona para elaboración de proyectos.

-Intercambio de información sobre servicios que brinda cada Institución, agilización en las derivaciones y atención interdisciplinaria de Niños, Adolescentes y sus Familias.

En los casos que el mes posea un quinto martes, éste se destinará en el horario de grupo a reunión de equipo. Las sesiones se distribuirán en un esquema fijo de trabajo a modo de organizar y garantizar un abordaje que brinde tanto los espacios necesarios y adecuados para trabajar con los distintos sub sistemas familiares y la integración de los mismos como para ofrecer a los pacientes claridad en el encuadre a largo plazo.

ESQUEMA DE LAS SESIONES GRUPALES

Segundo martes de cada mes: Sesión de Padres.

Tercer martes de cada mes: Sesión de Niños.

Cuarto martes de cada mes: Sesión Familia.

En el caso de los adolescentes las sesiones grupales se realizan todos los miércoles y el último miércoles del mes se realiza a sesión terapéutica junto a sus padres.

CRITERIOS DE SELECCIÓN

La delimitación de los integrantes del grupo pasa por la valoración de un proceso de evaluación clínico-diagnóstico que pueda integrar la perspectiva de intervención con el instrumento grupo. En esta evaluación interesa sobre todo el trabajo de la relación individuo-grupo, condicionada en parte por el diagnóstico, tanto a nivel individual como de la situación grupal. Tal como señala Pavlovsky, cuanto más intacto esté el yo y cuanto menos regresivo sea el nivel del conflicto, será mejor el nivel del pronóstico para el tratamiento grupal.

CRITERIOS DE INCLUSION

En general, niños con un perfil diagnóstico que señale un grado de desviación de la normalidad dentro del proceso evolutivo y con componente de conflictiva familiar- vincular de base. • Se incluirían: Trastornos en los hábitos, enuresis, trastornos del sueño, desordenes de conducta no muy severos, sumisión, desafío, dificultades en los límites, ciertas dificultades sociales, ansiedad, inmadurez, competitividad, algún tipo de

autoagresiones, problemas escolares por inhibición o bloqueo, algunos síntomas psicosomáticos (somatizaciones), y aislamiento social por inhibición de la agresividad.

En resumen, serían dificultades para seguir el curso de la maduración, quedando conflictos con relaciones familiares regresivas que dificultan el paso a una proyección social satisfactoria.

CRITERIOS DE EXCLUSION

En general, aquellas patologías graves (ya que requerirán un primer tiempo de abordaje terapéutico individual y familiar por consultorio) y pacientes con dificultades en esperar y compartir experiencias, se excluirían: psicóticos, trastornos de conducta de tipo psicopático, retraso mental moderado a grave, fóbicos graves.

MECANISMO INSTITUCIONAL DE DERIVACION

El paciente será atendido en primera instancia por el Servicio de Admisión como es habitual. El equipo Admisor que estime conveniente el ingreso al Grupo, deberá indicar que saque turno con uno de los profesionales del Grupo Terapéutico para ser evaluado más detalladamente sobre la conveniencia de (según las características del caso) ser atendido en modalidad terapéutica grupal o por consultorio. Indicándole que a dicha entrevista deberán asistir los padres (o adultos tutores) con el paciente.

ENTREVISTA

La evaluación del caso constará de una entrevista donde se recaudarán y asentarán en Historia Clínica los siguientes datos: Genograma familiar. Motivo de consulta. Historia de la pareja de Padres. Historia de vida y datos de anamnesis. Breve entrevista, principalmente de observación. Devolución y Derivación a grupo o a psicoterapia.

OBJETIVOS

Objetivos generales:

* Mejorar la sintomatología presente y cooperar a la mejoría de los demás.

* Lograr interacciones y dinámicas vinculares familiares adecuadas propiciadoras de un óptimo desarrollo evolutivo y psicológico.

Objetivos específicos:

* Aprender a identificar sus problemas y cómo enfrentarlos.

* Expresar sus dificultades sin inhibiciones.

* Participar en el análisis de situaciones comunes al grupo y los particulares.

* Mejorar el autocontrol.

* Mejorar la motivación por el aprendizaje y crear hábitos de estudio diario.

* Conocer las necesidades psicológicas de la etapa.

* Superar manejos familiares inadecuados. Mejorar la comunicación intrafamiliar e interpersonal.

RECURSOS TERAPÉUTICOS

Los recursos terapéuticos que con mayor frecuencia se utilizan en este tratamiento, son:

Apoyo

El terapeuta emite mensajes que resultan de reafirmación para el paciente que se encuentra en una situación difícil; coopera a la seguridad del mismo, a que se sienta capaz y a que actúe acorde con esto.

Persuasión

Utilización de argumentos lógicos, que llevan a un cambio de actitud de los pacientes.

Tareas

Acciones que deben realiza una vez terminado el grupo, con la finalidad de mejorar su funcionamiento. Son controladas por la presión del grupo. Con los niños, tienen efectos más evidentes, cuando ellos mismos las deciden.

Clarificación

El terapeuta resalta lo esencial de la comunicación. Conduce a los pacientes a lo más importante de la situación y facilita el insight.

Insight

Consiste en que los pacientes hagan conscientes lo que les está ocurriendo, es decir, que tengan conciencia de su problema y trabajen para superarlo.

Confrontación

Permite focalizar el problema y enfrentar a los pacientes con su realidad. Hace posible que se hagan más conscientes de su problemática. En el grupo, todos los que tienen problemas similares o no, se van haciendo capaces de pensar más seriamente en los que les está pasando.

Reetiquetación

Se hace evidente que el rol que se les asignó y que siempre han desempeñado, no les corresponde y hace posible que asuman el rol real.

Modelaje

Se ejemplifica un comportamiento que deseamos que imiten.

Afirmación

Se les demuestra que son capaces y que pueden. Les permite hacer frente a la vida con optimismo y seguridad. Se hacen asertivos.

Información

Transmisión de nuevos conocimientos, necesarios al grupo. Permite precisar criterios erróneos.

Condicionamiento operante

Es el resultado de una conducta que se refuerza. Se establece un reflejo que facilita la eliminación de un síntoma.

Juego de roles

Puede manejarse con el propósito de modelaje o con el objetivo de evidenciar conductas inadecuadas e impropias.

Técnicas participativas

Se realizan mediante actividades agradables, que refuerzan la unificación del grupo, ya que todos se incorporan a ellas; estimulan la creatividad. Se evidencian conflictos y permiten modelar conductas. Hacen posible que unidos logren mejores soluciones,

Juego

Puede ser tradicional o creado por iniciativa del grupo. Permite la descarga de ansiedad que se acumula durante la psicoterapia verbal; mejora la socialización, estimula el desarrollo de habilidades, la creatividad y la iniciativa. Permite al terapeuta enfrentarlos con sus mecanismos neuróticos y propiciar soluciones adecuadas a sus conflictos.

Títeres

Dramatizaciones mediadas por el uso de títeres que permiten la exteriorización indirecta de ansiedades y conflictivas.

Yoga

Técnica que trabaja con el cuerpo y la mente, ayudando a liberar diferentes perturbaciones que sufre la persona y el entorno. El Yoga puede llegar a despertar diferentes sentimientos, como por ejemplo felicidad, los cuales fortalecen las relaciones familiares (Padres-Hijos).

Evaluación psiquiátrica

Cada paciente se evalúa individualmente y dentro de la dinámica grupal ante una posible prescripción de medicamentos que ayuden a favorecen su evolución.

Psicomotricidad

Desde las técnicas de: relajación, juego corporal y técnicas grafoplásticas, se apuntara como objetivos principales a: motivar y desbloquear las expresividad y comunicación, estimular la creatividad, encauzar la agresividad, contener corporalmente los estados de angustia y desorganización, entre otros.

Propuestas:

-Promover en diferentes instituciones de salud mental de niños y adolescentes la creación de diferentes dispositivos terapéuticos grupales para los mismos y sus familias.

-Fortalecer los vínculos interinstitucionales e interdisciplinarios en la atención de salud mental de niños, adolescentes y sus familias.

-Brindar especial protagonismo en la promoción y prevención de la salud a los espacios comunitarios de la sociedad.

-Propiciar acciones interministeriales (Salud, Educación, Seguridad, etc.) en pos de una mejor salud de los usuarios de los servicios públicos y ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA:

- BAULEO, A.: *Contrainstitución y Grupos*. Ed. Fundamentos. Madrid, 1977.
- FEIXAS G. & MIRO M. T. *Aproximaciones a la Psicoterapia*. Barcelona: Edic. Paidós Ibérica S.A. 1993.
- PAVLOVSKY, E.: *Psicoterapia de Grupo en Niños y Adolescentes*. Editorial Fundamentos. Madrid, 1981.

Ponencia 10 – Comisión 1

Título: Efectividad del estado social de derecho en Colombia, frente a la salud de los niños, conforme la jurisprudencia constitucional.

Autor/es: Vilma Lucia Riaño Gonzalez - Laura Pérez Valle - Katerine Seoanes Cotes

Contacto:

Vilma Lucía Riaño González

Dirección: Carrera 51B# 94-160 Apto C-402 Conjunto Residencial Barranquilla Linda

Celular: 3008604521

E-mail: vilmariano@hotmail.com

EFECTIVIDAD DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA, FRENTE A LA SALUD DE LOS NIÑOS, CONFORME LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

RESUMEN

Esta ponencia es resultado parcial del trabajo que se viene desarrollando por el Semillero de Investigación D.I.A. Derecho, Infancia y Adolescencia; así mismo hace parte de la investigación doctoral, de la líder del mismo, que trata acerca del Principio del Interés Superior en la Jurisprudencia Constitucional Colombiana, que pretende mostrar de qué manera es posible transformar la realidad de los niños y niñas en nuestro país, con la aplicación del Principio Universal del Interés Superior del Niño; Principio que está vigente para la humanidad desde la firma de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en el año de 1.989 y que Colombia ratificó y luego desarrolló en la Constitución Política de 1991 y en la Ley de Infancia y Adolescencia en el año 2006; cuando se define al Estado Colombiano como un Estado Social de Derecho, donde eleva a la infancia a la categoría de sujetos de derechos, al considerarlos como una población de especial protección constitucional, lo que realmente transformó la historia de la infancia en el país.

En esta oportunidad se presentan avances desde la jurisprudencia constitucional y la práctica académica universitaria que se ha podido desarrollar. En esta ponencia inicialmente se analizan los conceptos Niño, Interés Superior y Política Pública; en segundo lugar, se presentan dos casos atendidos directamente a través del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales; así mismo los criterios establecidos por la Alta Corte con relación al Derecho a la Salud, y se concluye con unas propuestas para aportar a la nueva cultura de garantía de derechos para la infancia en Colombia.

INTRODUCCIÓN

Con orgullo UNILIBRISTA, queremos participar en el **VIII CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA**, en la amada ciudad de Cartagena, porque estamos además convencidos del lema de este encuentro académico, "*ES SUBLIME LUCHAR POR UN IDEAL PERO MUCHO MAS LO ES PRACTICARLO".* A partir del año 1991, con la expedición de la Constitución Política, nace en Colombia la nueva cultura de reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de

derechos; posteriormente, con la expedición de la ley 1098 del 2006, Ley de Infancia y Adolescencia, también nace en nuestros corazones la idea de crear el Grupo de Investigación D.I.A., Derechos, Infancia y Adolescencia; a fin de apoyar en la consolidación de tal reconocimiento de la prevalencia de sus derechos.

Desde entonces se han venido desarrollando actividades y proyectos para conocer las normas que cambiaron su historia en Colombia, historia de olvido e invisibilidad de la infancia. Es así como se han analizado la legislación nacional e internacional, así mismo encontramos las Sentencias de la Corte Constitucional, y en ellas los criterios para reconocer el Interés Superior de los Niños, como un Principio Universal, aplicable de obligatorio cumplimiento, desde la firma de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños en 1989.

En esta oportunidad queremos presentar los avances jurisprudenciales en Sentencias respecto al Derecho a la Salud de los Niños a partir de 1991 hasta la fecha y dos casos que tuvimos la oportunidad de trabajar desde nuestra practica Universitaria, en la Universidad Libre de Barranquilla, para reafirmar, el orgullo de practicar un ideal.

Esta ponencia la hemos dividido de la siguiente manera: La presentación del concepto de Política Pública, los antecedentes constitucionales y legales de la infancia, el Principio del Interés Superior del Niño. En Segundo lugar los casos atendidos en el Consultorio Jurídico como casuística y la aplicación de algunos fallos constitucionales y en tercer lugar

nuestra propuesta para hacer un aporte a la realidad social que viven los niños en Colombia.

CONTENIDO Y FUNDAMENTACIÓN

ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y LEGALES

Acerca del concepto Niño

La definición contenida en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, contempla que niño es:

> "*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad" (1989).*

Así mismo la Real Academia, lo define como una *condición social de unas personas respecto de las demás, entonces* eso quiere decir que todos los niños ostentan una categoría especial, así está consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano desde 1991, con la expedición de la Constitución Política; que cambió de ser un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho; que se preocupa cada vez, por proteger a la infancia, tanto mediante la aplicación de normas constitucionales, legales nacionales e internacionales.

Si revisamos la historia vale la pena resaltar que con la llegada del siglo XX, también conocido como el Siglo del Niño, la preocupación por la infancia se globaliza, es decir la humanidad se coloca de frente a la infancia. Fue en el año 1924 cuando "*la Liga de las Naciones aprueba la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño"* así:

> *"Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo que* ***la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma****, declaran y aceptan como deber, que por encima de toda consideración de raza, nacionalidad, o creencia que……"(1924).*

En nuestra Carta Política, el artículo 44 quedó consagrado un catálogo de derechos de los niños, como sujetos de Derechos Fundamentales, que tienen la categoría de ser prevalentes, impostergables y de obligatorio cumplimiento, así:

> *"Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el* ***cuidado y amor****, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

Acerca del INTERES SUPERIOR

De esta forma podemos observar que el Constituyente generó un estatus imperativo y prevalente con respecto al NIÑO, concediéndole dicho carácter con fundamento en la Ley 1098 del 2006, donde además por primera vez en Colombia, se elevó a la categoría de Principio: el Interés Superior, consagrado en la citada Ley en el artículo 8 así:

> ***"Interés Superior De Los Niños, Las Niñas Y Los Adolescentes****. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes".*

Es así como el Principio del Interés Superior del Niño, resulta ser un instrumento jurídico para el universo de la infancia, como lo define el artículo tercero en la Convención Internacional de los Derechos del niño:

> *"Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de* ***su interés superior****. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo"*.

Acerca de Políticas Públicas

Hoy día en Colombia, es a través de Políticas Públicas que se viene aplicando la nueva cultura frente a los derechos de la infancia, primordialmente la Política Pública para la Primera Infancia, denomidada "De Cero a Siempre", toda vez que la ley reconoce que de la gestión hasta los seis años se constituye la etapa crítica para el desarrollo integral de los seres humanos. De ahí la definición que trae la Ley de Infancia:

> ***"Artículo 201.*** *Definición de políticas públicas de infancia y adolescencia. Para los efectos de esta ley, se entienden por políticas públicas de infancia y adolescencia, el conjunto de acciones que adelanta el Estado, con la participación de la sociedad y de la familia, para garantizar la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes".*

Es tan amplio el reconocimiento de la importancia de la Primera Infancia y de la implementación de las políticas públicas para ello, que en el presente año el Congreso de la República expidió la Ley 1804 del 2 de agosto de 2016, mediante la cual se asume como Política de Estado.

De esta manera, los niños, niñas y adolescentes cuentan desde lo constitucional y legal con el suficiente respaldo normativo, así mismo con las estrategias para su implementación, es decir, la infancia es una población prioritaria para el Estado y esto lo ha ratificado la máxima autoridad constitucional a través de múltiples fallos que contempla este cambio cultural.

Acerca de la Jurisprudencia Constitucional

A lo largo del Proyecto que viene realizando el Semillero de Investigación D.I.A., se han podido identificar 126 sentencias de la Corte Constitucional colombiana relacionadas con el Principio del Interés Superior del Niño, que nos han permitido conocer los criterios para su interpretación y así mismo su real aplicación en cada caso concreto. Hemos podido clasificar las sentencias de acuerdo a los derechos fundamentales, y en esta oportunidad se presentarán algunos apartes que han permitido materializar su derecho a la salud.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expedido 29 sentencias hasta el momento, garantizando el derecho fundamental a la salud, de los cuales se citan los siguientes:

El primer fallo constitucional en tratar el tema fue la sentencia T-571 de 1992, con ponencia del Magistrado Jaime Sanín G., la Corte afirmó que *"tratándose de los niños, la*

salud adquiere el carácter de derecho fundamental, por expreso mandato de la Constitución…". Por otra parte, en la sentencia T-094 de 2004, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, precisó las características del derecho fundamental a la salud:

> *"i)Son de aplicación inmediata sin requerir desarrollo legislativo; ii) Prevalecen sobre el ordenamiento legal y reglamentario; iii) Cuando se trate de un niño con discapacidad, reclaman una prestación de mejor asistencia integral y especializada para su rehabilitación; iv) Es un derecho prestacional de rango constitucional".*

También encontramos la Sentencia T- 760 de 2008, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, dándole una interpretación amplia al artículo 44 constitucional en lo referente a interés superior del niño o niña. Al respecto dijo:

> "*la Constitución de 1991 significó un cambio sustancial en la concepción que tenía el sistema jurídico sobre los niños. (...) La condición de debilidad o vulnerabilidad en la que los menores se encuentran, la cual van abandonando a medida que crecen, ya no se entiende como razón para restringir sus derechos y su capacidad para ejercerlos. Ahora es la razón por la cual se les considera "sujetos de protección especial" constitucional. Es decir, la condición en la que se encuentra un menor no es razón para limitar sus derechos sino para protegerlo.*

De la misma manera en la sentencia menciona que el derecho a salud *"…comprende, entre otros, el derecho a acceder a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad…"*

Y en la Sentencia T- 206 de 2013, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio, señala que

> *"… los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses".*

Casuística desde la experiencia

Es sublime luchar por un ideal pero mucho más lo es practicarlo. En este sentido, vale la pena destacar, como aplicación importante de los hallazgos de esta investigación, un par de casos atendidos en el Consultorio Jurídico de la Universidad Libre Seccional Barranquilla:

Primer caso: LUCÍA, una niña de 8 años de edad, estudiante de una escuela pública de la ciudad de Barranquilla, quien sufrió un accidente en las instalaciones de su Institución Educativa, donde perdió cuatro de sus dientes superiores permanentes, sufrió fractura de maxilar superior y pérdida de parte de la encía. A raíz de eso, Lucía necesitaba una prótesis dental removible y tratamiento especializado que el Plan Obligatorio de Salud (POS) no cubre en Colombia.

El mismo día de aquel accidente, Lucía fue trasladada por su madre al Centro de Urgencias de la Entidad Prestadora de Salud EPS a la que se encuentra afiliada, donde le dijeron que en ese lugar no atendían urgencias de odontología. Sin embargo, la recibieron en un consultorio odontológico que no contaba con todos los recursos necesarios para practicarle el procedimiento adecuado en su dentadura. Muy a pesar de eso, y en vista de la magnitud del daño producto del trauma físico, a Lucía le practicaron una cirugía improvisada por los odontólogos del centro médico.

El diagnóstico de Lucía no era alentador. Había perdido varios de sus dientes permanentes que recién le habían salido, y ahora necesitaba una prótesis dental removible que cubriera el espacio vacío.

Dentro de todas las afecciones que sufrió Lucía se encontraban la dificultad para pronunciar los fonemas que requerían del uso de los dientes frontales, lo que le ocasionaba problemas a la hora de comunicarse con otras personas; además, la inflamación producto del golpe y de la cirugía. Lucía estuvo un tiempo incapacitada, sin poder ir a la escuela, pero con la obligación de ir al especialista para permanentes controles después de la operación. Lucía ya no sonreía con libertad, le avergonzaba el hecho de que un tercero quisiera saber detalles sobre su situación, no podía masticar bien los alimentos que injería, provocándole esto algunos problemas de digestión.

El tratamiento de rehabilitación oral que necesitaba la niña, le fue negado en la EPS debido a que no lo cubría el POS, lo que ocasionaba que los padres tuvieran que acudir a un odontopediatra particular para que se encargara de dicho tratamiento. Esto incrementaba sus gastos. Era muy difícil para ellos pagar una prótesis dental removible cada seis meses, pero en caso de que Lucía no la tuviera, era imposible enviarla a la escuela, ya que ella se oponía por miedo a que sus compañeras se rieran de su nuevo aspecto.

Al momento de recibir el caso en el Consultorio Jurídico, se decidió elaborar e interponer una Acción de Tutela ante un Juzgado de la ciudad contra la EPS, con el fin de solicitar el amparo del derecho fundamental a la salud de Lucía y que ahora ella pudiera tener de manera gratuita su prótesis dental y la atención médica especializada que requería.

La acción de tutela fue dirigida a que se protegieran los derechos fundamentales de Lucía a la salud, a la seguridad social, al cuidado y a la vida digna, con fundamento en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991 que consagra los derechos de los niños; en los artículos 8°,9°,10° y 11 del Código de la Infancia y de la Adolescencia (Ley 1098 de

2006) que hablan sobre el Interés Superior, la prevalencia de los derechos, la corresponsabilidad y la exigibilidad de los derechos, respectivamente; y en los artículos 17 y 20 de la Ley 1438 de 2011 por medio de la cual se reformó el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Además se fundamentó la tutela en la Sentencia T-046 de

2012 de la Corte Constitucional sobre Rehabilitación Oral con ponencia del Magistrado Juan Carlos Henao Pérez, alegando que el derecho a la salud en los niños es fundamental y que por su condición de especial protección son merecedores de tener atención integral y preferente en los casos que lo ameriten, afirmando así que sobre sus derechos no prevalecen los derechos de los demás y que se les debe aplicar las normas más favorables para la solución de sus problemas.

La Juez del caso entendió la necesidad de TUTELAR los derechos de Lucía a la salud, a la seguridad social y a la vida digna, y en consecuencia, ordenó a la EPS emitir la orden para que la niña recibiera su tratamiento de rehabilitación oral que comprendía: prótesis dental removible con derecho a cambio cada seis meses hasta el tiempo en que pudieran hacerle implantes permanentes, estudios médicos de panorámicas dentales, medicamentos necesarios para su recuperación y consultas periódicas con un odontopediatra que revisara su proceso y fabricara la prótesis.

La Juez reconoció la prevalencia, interdependencia y preferencia de los derechos de los niños y niñas, tal como lo menciona nuestra Constitución, la Ley de la Infancia y de Adolescencia y la Convención Internacional de los Derechos de los Niños de 1989. Además reconoció que el interés superior de Lucía en ese momento era continuar con su educación, gozar de una vida digna y de una salud de calidad, lo que le permitiría un desarrollo normal y sano en lo físico, psicológico, intelectual y moral, como lo ha dicho la Corte a la hora de definir lo que pretende el interés superior.

Segundo caso: GÉNESIS, una niña de 2 años de edad, residente del municipio de Repelón/Atlántico, perteneciente a una familia de estrato 1, desde el 2014 empieza a presentar una sintomatología de fiebres altas, convulsiones y sangrado en las encías. Fue traída por su

madre a la ciudad de Barranquilla y luego de pasar por múltiples clínicas, fue trasladada a la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) en la Clínica de la Costa en donde después de una biopsia de aspirado de médula mostrando una infiltración neoplásica linfoblástica, lo cual requirió su inmediata hospitalización para iniciar estudios y manejo. Éste fue el primer caso atendido en el Consultorio Jurídico conjuntamente con la Fundación "Milagro de Vida".

Milagro de Vida es una Fundación que recepciona casos de niños con cáncer cuyos padres no tienen recursos ni conocimientos de asuntos legales; entonces, se hace una labor de asesoría referente a cómo proceder ante las Entidades Prestadoras de servicios de Salud (EPS) activando el aparato jurisdiccional con el fin de coaccionar dichas entidades para que no sigan flagelando los derechos de estos niños en situaciones de vulnerabilidad manifiesta.

Una vez realizados los estudios, se obtuvo del cuerpo médico el diagnóstico de Leucemia Linfoblástica Aguda. Inició su tratamiento de quimioterapia sistémica e intratecal y con esto su entrada y salida constante de la Clínica, lo cual implicaba trasladarse del municipio de Repelón a la ciudad de Barranquilla cada 8 días, estos costo de transporte, alimentación y estadía eran apenas asumido por la madre hasta agotar sus escasos recursos económicos. La madre eleva una solicitud verbal a la coordinadora de la EPS solicitando apoyo, el cual le fue negado.

En el mes de Febrero del año 2015, al momento de realizar la asesoría fue necesario dirigirse a la Clínica en compañía de un funcionario de la Fundación, ya que la madre no podía trasladarse hasta las instalaciones del Consultorio. Se decidió elaborar e interponer una Acción de Tutela contra la EPS ante los juzgados de la ciudad, para solicitar el amparo del derecho fundamental a la salud de Génesis para que le fuera suministrado al acompañante los gasto de transporte, alimentación y alojamiento de la madre, acompañante, para que se pueda garantizar la continuación del tratamiento.

La Tutela se encaminó a proteger el derecho fundamental a la salud (art 49 Constitucional), a la seguridad social (art 49 Constitucional), a la vida (art 11 Constitucional) y la integridad física (art 12 Constitucional) con fundamento en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991 que consagra los derechos de los niños; en los artículos 8°,9°,10° y 11 del Código de la Infancia y de la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) que hablan sobre el Interés Superior, la prevalencia de los derechos, la corresponsabilidad y la exigibilidad de los derechos, respectivamente. Además se fundamentó la tutela en la Sentencia T- 209 de 2013 de la Corte Constitucional, con Magistrado Ponente a Jorge Iván Palacio, aduciendo que el derecho a la salud de los menores de edad goza de una prevalencia en el ordenamiento constitucional interno, reconociendo que este derecho en cabeza de los niños y niñas tiene carácter de fundamental por la consagración expresa que en este sentido hace el artículo 44 de la Carta.

El Juez del caso entendió la necesidad de TUTELAR los derechos de Génesis a la salud, a la seguridad social y a la vida digna, y en consecuencia, ordenó a la EPS asumir los gastos de transportes urbanos, locales, intermunicipales, interdepartamentales, aéreos si es requerido, la niña y su acompañante adulto, cuando ésta lo requiera para su tratamiento, como también el servicio de ambulancia y toda atención integral oportuna que se derive de su enfermedad, los gastos de hospedaje y alimentación. Así mismo que se le respete el Derecho a la continuidad del tratamiento por parte de su entidad prestadora de servicio, atendiendo a lo establecido en el artículo 365 de la Constitución política de Colombia. Y finalmente el reembolso de los gastos que tuvo que asumir la madre para el tratamiento de su hija.

El Juez reconoció la prevalencia, autonomía y preferencia de los derechos de los niños y niñas, como lo menciona la Constitución Colombiana, la Ley de la Infancia y de Adolescencia (ley 1098/2006) y la Convención Internacional de los Derechos de los Niños de 1989. Reconociendo así que el interés superior de Génesis era garantizar la mejoría de su estado de salud y la vida digna.

A pesar del reconocimiento del Juez en el amparo de los derechos de la niña, a los pocos meses el cuerpo de la pequeña Génesis no resistió el tratamiento que se le estaba suministrando. Génesis falleció.

PROPUESTAS

1. **Capacitar y sensibilizar a las instituciones públicas y privadas, y a la comunidad en general, en lo relacionado con la prevalencia de los derechos de la infancia.** El derecho a la salud, en el caso de los niños, niñas y adolescentes, tiene rango constitucional, fundamental y autónomo, por ende prevalente y de aplicación inmediata, que no admite ninguna oposición del sistema de salud vigente. Razón por la cual, según lo ha dicho la Corte Constitucional desde sus inicios, sí se le deben suministrar a los niños y niñas medicamentos/tratamientos, aún cuando estos se encuentren excluidos expresamente del POS.

2. **Elaboración y entrega de una cartilla**. Esta cartilla está pensada con el fin, de ser acogida e implementada durante las capacitaciones que se realizarán, como una herramienta conceptual y pedagógica para el desarrollo de una cultura de inclusión y protección integral de la infancia, alrededor de la familia y de la comunidad. Así mismo se ha considerado una masiva impresión para entrega gratuita en las

comunidades, colegios, medios de comunicación, entidades públicas y privadas y universidades.

3. **Uso de las redes sociales y de la creación de páginas web dirigidas a la atención de inquietudes y casos.** Es necesario construir un canal de comunicación e información, mediante el cual podamos establecer un diálogo entre la comunidad, las instituciones y la Academia, con el fin de brindar asesoría y acompañamiento en los temas relacionados con los derechos de la infancia. Por medio de estos formatos se amplían así las posibilidades de difusión del conocimiento, acortando las barreras para llegar a él, con relación a los temas de la infancia y adolescencia.

4. **Aumentar nuestros convenios interinstitucionales, nacionales e internacionales que se dedican al tema de la niñez, adolescencia y familia.** Consideramos que la Academia debe comprometerse cada vez más con la proyección social local, nacional y mundial. Es por ello que proponemos desde la Universidad, hacer alianzas y convenios, para trabajar conjuntamente en que la infancia sea prevalente.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de Colombia 1991
- COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 1098 del 8 de Noviembre de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia.
- COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 1804 del 2 de agosto del 2016 “Por la cual se establece la Política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia de cero a siempre y se dictan otras disposiciones".
- COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-571 de 1992 MP: Jaime Sanín G. COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-094 de 2004 MP: Eduardo Montealegre Lynett.
- COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008 MP: Manuel José Cepeda COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T- 206 de 2013 MP: Jorge Iván Palacios Convención Internacional sobre los Derechos del Niño 1989
- Declaración de Ginebra de 1924
- Expedientes del Consultorio Jurídico Universidad Libre Seccional Barranquilla, años 2013 y 2015.

Ponencia 11 – Comisión 1

Título: El caos en las Ciencias Sociales. Un mundo de niños dentro del caos.
Ensayo Científico del Postgrado Doctorado en Ciencias Gerenciales.

Autor/es: Luis Eduardo Torres Zamora

Contacto:

Dirección: Avenida 97 Salvador Feo La Cruz Norte-Sur, Naguanagua, Estado Carabobo – Valencia - Venezuela
Teléfono: 04142286608
Correo electrónico: luisetoza@gmail.com

EL CAOS EN LAS CIENCIAS SOCIALES. UN MUNDO DE NIÑOS DENTRO DEL CAOS.

Ensayo Científico del Postgrado Doctorado en Ciencias Gerenciales

RESUMEN

Para algunos pensadores e investigadores, han expuesto que en la teoría del caos hay tres temas subyacentes; los que son, el control que es la que demuestra que el sueño de poder dominar toda la naturaleza es una ilusión. Hemos de aceptar la impredecibilidad del caos en vez de resistirnos inútilmente a las incertidumbres de la vida. De allí se genera la creatividad que no es más que es algo inherente al caos. Pactar con el caos significaría no dominarlo sino ser participantes creativos. El término en la niñez del caos se refiere a una interconexión subyacente que se manifiesta en acontecimientos aparentemente aleatorios dentro del periodo de edad del niño o niña que el tiempo cronológico es muy breve, esto sufre cambios de forma y resultados circunstanciales.

Caos, incertidumbre, dominar, niñez y gerencia.

Iniciamos esta reflexión buscando de una u otra manera de conceptualizar el término Caos, lo podríamos referir a una interconexión subyacente que se manifiesta en acontecimientos aparentemente aleatorios. Así como también una disciplina que ha aparecido hace unos años a partir del intento de establecer leyes físicas para la predicción del tiempo atmosférico y que está encontrando amplia aplicación en muchos campos de la ciencia, en los movimientos llamados

caóticos, como los movimientos de las partículas en un fluido, la estabilidad del medio interno (homeostasis), esta definición del caos la podríamos ver de un punto de vista aplicada a nuestras vidas, pero en el siguiente contexto el caos se tratará desde diversas materias y perspectivas hasta hacernos ver cómo puede tentar un mundo de niños.

En la turbulencia de un arroyo es imposible predecir la trayectoria de una partícula de agua. Sin embargo, ese sistema es, a la vez, continuamente cambiante y siempre estable. Si tiramos una piedra al agua el sistema no se desestabilizará, cosa que sí ocurriría en un sistema no caótico. Esto es una metáfora de nosotros mismos: somos la misma persona que hace diez años, sin embargo hace diez años estábamos formados por unos átomos diferentes y psicológicamente también somos diferentes.

Ahora bien; ¿por qué un sistema caótico es tan cambiante?; bueno podríamos responder esto con lo siguiente, porque todo está influido por todo. Todo está interconectado con todo.

Y entonces; ¿por qué un sistema caótico es, a la vez, tan estable?; esto sería, por las interconexiones sutiles que se forman al estar todo influido por todo. Coincidentemente con estas breves preguntas que me formulo, verifico que existe una recursividad y con lleva que el todo se encuentra en un enlace permitiendo así lo que he descrito anteriormente interconexión.

Para algunos pensadores e investigadores, han expuesto que en la teoría del caos hay tres temas subyacentes; los que son, el control que es la que demuestra que el sueño de poder dominar toda la naturaleza es una ilusión. Hemos de aceptar la impredecibilidad del caos en vez de resistirnos inútilmente a las incertidumbres de la vida. De allí se genera la creatividad que no es más que es algo inherente al caos. Pactar con el caos significaría no dominarlo sino ser participantes creativos.

Y tenemos la sutileza que más allá de nuestros intentos por controlar y definir la realidad se extiende el infinito reino de la sutileza y la ambigüedad, mediante el cual nos podemos abrir a dimensiones creativas que vuelven más profundas y armoniosas nuestras vidas.

El término en la niñez del caos se refiere a una interconexión subyacente que se manifiesta en acontecimientos aparentemente aleatorios dentro del periodo de edad del niño o niña que el tiempo cronológico es muy breve, esto sufre cambios de forma y resultados circunstanciales. Con ello volvemos a nombrar los tres temas subyacentes en un contexto de políticas a este mundo de niños:

El control; en donde todo ser humano sueña en controlar y dominar toda organización, naturaleza y entorno que se desempeña. Hemos de aceptar la impredecibilidad del caos en vez de resistirnos inútilmente a las incertidumbres de la vida.

La creatividad; esto con lleva a la aplicación de una acción que no cause efecto, el espíritu del infante en su inocencia conlleva a la innovación sin prejuicios.

Y la sutileza; que va más allá de nuestros intentos por controlar y definir la realidad se extiende el infinito reino de la sutileza y la ambigüedad, mediante el cual nos podemos abrir a dimensiones creativas que vuelven más profundas y armoniosas las forma del individuo con respecto al entorno donde se desempeña.

En los últimos años se ha desarrollado en los diversos ámbitos del que hacer científico, una concepción que introduce la noción de caos como un elemento central en la investigación y la explicación científica. En varios campos de la búsqueda científica, la idea de caos, de desorden, de indeterminación e incertidumbre ha empezado a orientar la búsqueda de los científicos para dar respuesta a las muchas interrogantes que el universo, la naturaleza y la sociedad plantean. Así, "percibir la indeterminación, el caos, el desorden, la extrema casualidad como método para investigar un universo que lleva todas estas incongruencias en sus profundidades, en su esencia, nos obliga a un esfuerzo nuevo, nos lleva a imaginar, a reflejar en nuestra mente inéditos registros; el objetivo de estos contemporáneos desafíos resulta claro, es decir negar las secuelas de un plan, proyecto u ordenamiento vendría a ser un ordenamiento en sí mismo.

Descubrir un sentido sumergido a la mente en los procesos de un sinsentido. Alcanzar el orden del entendimiento penetrando en el desorden de las cosas, del mundo, del universo". Tal es lo que se nos señala en la presentación de una edición del mes de Enero del 2008, de la revista de la Universidad de México, dedicada a abordar el caos como objeto de la ciencia.

Hay todo un movimiento que trabaja en las implicaciones de la Teoría del Caos en las Ciencias Sociales, y está teniendo grandes avances; la Teoría del Caos es una manera resumida de hablar sobre la dinámica no lineal de la mayoría de sistemas naturales y sociales que encontramos en el mundo real. Algunos de los que trabajan en este campo hablan de ciencia de la complejidad; otros hablan de teoría de la bifurcación, fractales, o, simplemente, no linealidad. Todas ellas relacionadas con los patrones, las regularidades y las certezas que se encuentran en los mismos campos de resultados en los cuales se encuentran también el desorden, la incertidumbre, y las transformaciones inesperadas. Se trata de un viaje difícil con muchas verdades sin descubrir y poco hechos inmutables. La Teoría del Caos es el estudio de las relaciones cambiantes entre el orden y el desorden. (Briggs and Peat, 1988; Gleick, 1988; Holden, 1986; Mandelbrot, 1977).

La Teoría del Caos motiva una ciencia postmoderna que es impredecible, por lo tanto incognoscible para el grado de precisión requerido por la ciencia moderna. De hecho la esencia y la presencia de un factor en un grado dado no pueden utilizarse para predecir, linealmente, el comportamiento de un sistema tales como aves, átomos, moléculas, fotones, especies, o sociedades y mucho menos

infancia ni personas adultas. Ya no podemos usar la teoría axiomática formal en conjunción con la lógica binaria para modelar la realidad, predecir, y, por lo tanto, controlar la dinámica del sistema. De hecho el control en sí mismo se convierte en una víctima de la ciencia postmoderna. En un ensayo sobre la inutilidad de la institución cada vez mayor de controles en una sociedad se muestra como esta se bifurca en ricos y pobres, en los que tienen y los que no tienen. Ahora en otro contexto, si algo nos ha enseñado nuestro sistema penitenciario es que el uso de la policía y un aumento del sistema de justicia penal no ayudan con el problema del orden.

Aún menos seremos capaces de usar gran teoría axiomática como un fundamento sobre el cual producir una política social. Ya no podemos suponer que si algo existe entonces se puede medir con precisión y predecir completamente. Ahora debemos aceptar que, en economía, política, cognición humana, delincuencia, enfermedades, y otros fenómenos naturales, la causalidad abre y cierra, viene y va, se desvanece y reaparece como la sonrisa del gato de Cheshire (la conocida obra Alicia en el país de las maravillas), en una cuenca de un fractal de eventos. Hay una reflexión de pensadores sobre el tema, sobre teoría de paradigma junto con fundamentos de ciencia postmoderna los cuales se enfocan mucho más sobre los peculiares saltos, giros, vueltas, y el deambular que toman los hilos de causalidad en la ciencia postmoderna.

En el anterior de dicha capacidad, la incapacidad de conocer completa, perfecta y precisamente ; está una imposibilidad para las variadas culpas, desde la perfección y predicción hasta problemas técnicos, fantasmas, demonios, genes, desviaciones, errores, pecados, agitadores externos, o incompetencia humana. Las interacciones no lineales y bifurcaciones no lineales son atributos comunes de los sistemas sociales y naturales. Lo normal, lo ideal y lo perfecto son vestigios de deseos por conocer todo por parte de científicos, de controlar todo por parte de los administradores, de los burócratas de planificar todo, y de los contadores de categorizar todo. La ciencia postmoderna basada en la Teoría del Caos no sirve en absoluto a las políticas de niñez que buscan predecir y controlar todo.

Ahora bien el Caos se viste de fractales y esto constituye un sistema descriptivo y una nueva metodología para una investigación que acaba de empezar. También pueden ser, como el holograma, una nueva imagen de la totalidad. En las próximas décadas los fractales sin duda revelarán más acerca del caos oculto dentro de la regularidad y acerca de los modos en que la estabilidad y el orden pueden nacer de la turbulencia y el azar subyacentes. Y revelarán más acerca de los movimientos de la totalidad. J. Briggs y F.D. Peat. Rodrigo, al dibujar la ilustración de su fólder en el que guarda sus dibujos, decidió dibujarse a sí mismo dibujándose a sí mismo dibujándose a sí mismo dibujándose a sí mismo..... (una frase repetitiva) y así al infinito: sin saberlo todavía, Rodrigo reprodujo la idea que está en la base de la creación de los fractales y de la complicada belleza de las “monstruosidades” que conforman la geometría fractal.

Los fractales surgen de la curiosidad traviesa de los matemáticos, quienes mediante el desarrollo de intuiciones, fórmulas y abstracciones crearon una manera diferente de ver la realidad. Esta nueva visión surge como un reto a la visión tradicional emanada de la geometría clásica en la que predominan formas geométricas ordenadas y bonitas. Por el contrario, la geometría fractal nos ofrece un horizonte de la realidad en el que predominan el caos y la existencia de figuras "monstruosas", orientándonos hacia el conocimiento de la complejidad, el movimiento y el desorden.

En este horizonte fractal, la turbulencia, lo inesperado, lo azaroso, lo insignificante, la no linealidad y lo no determinístico, adquieren una importancia fundamental en la comprensión y la investigación del universo, la naturaleza y la sociedad.

La fundamentación matemática de la teoría de los fractales resulta por momentos complicada en virtud del tipo de números que se manejan y de las fórmulas matemáticas que requieren cierta familiaridad con el cálculo diferencial e integral. Sin embargo, las ideas y la concepción que emergen de ésta ofrecen perspectivas de interpretación y de análisis en muchos campos del conocimiento. De hecho, varias investigaciones en diversos ámbitos de las ciencias se orientan y desarrollan a partir de esta concepción surgida de los fractales. Pero, ¿qué son los fractales, de dónde provienen? y ¿cómo pueden ayudar a entender las diferentes manifestaciones de la realidad a partir del caos y la turbulencia?

Los fractales son resultado de la repetición al infinito de los patrones geométricos que se superponen de forma indefinida. El proceso de repetición al que se hace referencia recibe el nombre de iteración. El interés de Mandelbrot (1982) por los fractales nació de la certeza de que "las nubes no son esferas, las montañas no son conos, las costas no son círculos, como la corteza de un árbol no es plana ni un rayo viaja en línea recta; la naturaleza no solamente exhibe un grado mayor sino también un nivel diferente de complejidad".

Supongo que muchos nos hemos puesto a jugar tratando de encontrar figuras en la composición aleatoria, caprichosa y caótica de las nubes en movimiento. Esta experiencia de observación atenta y minuciosa confirma que en efecto, las nubes son formaciones complejas y que bajo la concepción proveniente de la geometría euclidiana, resulta imposible captar su riqueza y belleza. Al reproducirlas en términos de las formas geométricas clásicas, las nubes dejan de mostrarse tal cual son: portadoras en su seno de orden y caos y de auto similitud en sus varias dimensiones.

Toda investigación que quiera entender la conciencia de los hombres partiendo de su niñez, que pueden ser sus ideas, sin considerar al mismo tiempo la estructura de los impulsos, la orientación y la configuración de los sentimientos y de las pasiones sólo conseguirá resultados limitados, puesto que ignorará necesariamente gran parte de lo que es imprescindible para la comprensión de los seres humanos.

Las posibilidades de utilización de la teoría del caos, con su fundamento fractal, están por explorarse. Por el momento, para muchos el caos aparece como un concepto de moda. Sin embargo, parece ser que ofrece perspectivas y horizontes sugerentes, emocionantes y vastos para explorar aspectos que en ocasiones los científicos sociales suelen pasar por alto. Así por ejemplo el complejo mundo de los sentimientos, las emociones y las pasiones no es considerado relevante para la investigación social. Y sin embargo, desde la perspectiva del caos, estos elementos impredecibles, inciertos y supuestamente insignificantes de nuestra vida cotidiana, pueden tener efectos sorprendentes en las estructuras y el movimiento que rigen el orden social. Este orden en el que el caos se encuentra siempre presente, agazapado y al acecho, generando turbulencias económicas y políticas, puede ser alterado a partir de la configuración de sentimientos, pasiones y emociones que cristalizan en organizaciones y movimientos que generan cambios y alteraciones profundas en las sociedades. Para el caso de los individuos, el amor puede ser considerado un poderoso a tractor extraño que nos introduce en los laberintos caóticos del alma, desordenándonos la vida de manera creativa e imaginativa. Aquí el caos muestra sus potencialidades positivas.

La locura y la pasión por el dinero podrían ser abordadas como a tractores extraños generadores de caos y de procesos turbulentos a nivel individual y social. Y quizás el a tractor extraño por excelencia en los seres humanos sea la muerte, sumergiéndonos en un proceso en el que nuestro ordenamiento corporal se altera profundamente introduciéndonos en un hoyo negro del que sin embargo, al mismo tiempo que confirmamos que nuestra existencia es un proceso disipativo; constatamos también que a lo largo del mismo se crea y genera vida como expresión de la capacidad permanente de producción de creatividad e imaginación de los seres humanos. Aquí caos y orden conviven plenamente.

La perspectiva que se abre para explorar ampliamente en las ciencias sociales, a partir del caos conceptual en el que se encuentran actualmente, puede conducirnos hacia nuevas puertas de acceso al conocimiento de procesos y fenómenos insospechados e impredecibles. En el caso de situaciones como las que vivimos en los países latinoamericanos, de turbulencia y crisis política, la transición de la que tanto se habla no necesariamente sigue un solo camino, lineal y determinístico, sino que, por el contrario, las posibilidades son muchas, las opciones múltiples en tanto que los factores que están presentes conforman una realidad compleja, en donde la cultura, vista desde una perspectiva fractal, adquiere una relevancia fundamental, en tanto generadora y reproductora de estructuras auto similares que reproducen el ejercicio del poder a todos los niveles de la sociedad, por un lado, y por otro, como contracultura, genera procesos de auto organización que cuestionan y se oponen al poder establecido. Tal podría ser el caso de las llamadas Organizaciones No Gubernamentales, que crean redes sociales en la llamada sociedad civil, de resistencia y oposición, y que se auto reproducen en todo el tejido social, desde los deudores de la banca hasta las organizaciones vecinales y ciudadanas.

Desde esta perspectiva, la sociedad puede ser reconocida con esa bella expresión que le da título a uno de los geniales cuentos de Borges, como el "jardín de los senderos que se bifurcan". En fin, parece ser que el caos no es tan caótico. Tiene cierta regularidad y orden. Y en esta consideración, "conceptualmente los fractales son un instrumento muy bello y poderoso que nos hace comprender que en el universo es el caos, y no las leyes deterministas e inmutables, la ley fundamental", ¿no es acaso esto un mundo de niños?

REFERENCIAS BIBLIOGRAFÍAS

- Ezequiel Ander Egg. Buenos Aires. "Métodos y Técnicas de Investigación Social" volumen III
- Ezequiel A. (2001). Métodos y Técnicas de investigación Social. Buenos Aires – México. Editorial Lumen.
- Revista Universidad de México núm. 001 (El caos: objeto de la ciencia), enero de 2008, UNAM, México, 2008.

- Revista Universidad de México núm. 587 (Caos y oscuridad en la materia), agosto de 2007, UNAM, México, 2007.

- UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA EXPERIMENTAL LIBERTADOR. (1998). *Manual de trabajos de grado de maestría y tesis doctorales.* Caracas: UPEL.

Ponencia 12 – Comisión 1

Título: El gabinete de los niños y niñas: Una experiencia de participación ciudadana junto a los niños y niñas de la ciudad de Jesús María, Córdoba, Argentina.

Autor/es: Fernando Guevara - María Emilia Solfanelli - Laura Bornancini - Guadalupe Díaz Murisi - Dante Area - Julio Enríquez - Sofía Boscaci - Celeste Petrello - Soledad Ponso - María de la Paz Tesino - Fernanda Salas - Yanina Aguirre

Contacto:

Nombre y Apellido: Fernando Sebastián Guevara

Correo electrónico: fernandosguevara@gmail.com

Teléfono celular: +54 – 3525614199

Domicilio postal: Alberdi Nº 560 – CP: 5220 – Jesús María – Provincia de Córdoba – Argentina

EL GABINETE DE LOS NIÑOS Y NIÑAS:
Una experiencia de participación ciudadana junto a los niños y niñas de la ciudad de Jesús María, Córdoba, Argentina.

"...un futuro en el que exista el deseo y

la posibilidad de pensar en el bienestar y en la solidaridad.

De ese futuro, los niños son símbolo, reto y garantía..."

(Francesco Tonucci)

I. INTRODUCCIÓN

Presentamos en este trabajo una experiencia de participación ciudadana, llevada adelante por el gobierno local junto a niños y niñas de la ciudad de Jesús María, Córdoba, Argentina.

La ciudad de Jesús María se encuentra localizada 60 km al norte de la ciudad de Córdoba, capital de la Provincia de Córdoba, Argentina, contando con una población aproximada de 30.000 habitantes.

Con el objetivo de potenciar las acciones que se venían realizando en materia de infancia, en el mes de diciembre del año 2015, se creó en el ámbito de la Municipalidad de la ciudad la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia. Este paso fue sin dudas trascendente, en tanto significó que el Municipio -luego de varios años de experiencias transitadas por distintos equipos- asumiera expresamente, en su estructura orgánica, las responsabilidades que la legislación vigente le asigna a los Municipios en el marco del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley Nacional 26.061 y Provincial Nº 9944), destinando recursos específicos para llevar adelante las políticas de promoción y protección de derechos de niñas, niños y adolescentes.

La Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia (llamada en adelante la Dirección o DINAF) tiene el desafío de promover nuevos y mayores avances en la construcción del Sistema de Protección de Derechos a nivel local, en un proceso que no es sencillo ni lineal, y que necesariamente debe realizarse junto a las distintas áreas del gobierno local, a distintas instituciones, a las familias, la comunidad y los niños, niñas y adolescentes.

Dentro de la Dirección se conformó un *Equipo de Promoción de Derechos*, cuyos integrantes provienen de distintas disciplinas y áreas del municipio, conformándose actualmente por una promotora comunitaria, una psicopedagoga, una psicóloga, dos artistas plásticos, una profesora de educación física y un abogado, contando en iniciativas puntuales con el acompañamiento de otros profesionales de la DINAF, como trabajadoras sociales y psicólogas. Desde este Equipo nos propusimos priorizar acciones que tuvieran como ejes la promoción de derechos que consideramos fundamentales, tales como el derecho al buen trato, el derecho al juego y el derecho a participar y ser oídos. Con esta mirada, diseñamos y llevamos adelante, entre otras, dos líneas de trabajo principales: La plaza móvil y El Gabinete de los niños y niñas, experiencia esta última que venimos a presentar.

II. FUNDAMENTACIÓN:

Convencidos de la necesidad de avanzar en el desarrollo de políticas públicas que faciliten a los niños y niñas ejercer el derecho a asumir un papel activo y protagónico en nuestras comunidades; persuadidos de la importancia de promover y garantizar la vigencia de los derechos fundamentales establecidos en la Convención sobre los Derechos de los Niños, tales como el derecho a participar, a expresar sus opiniones, a ser escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, vinculados estos con el derecho al juego y al buen trato; y reconociendo la importancia que posee la participación de los ciudadanos y específicamente de los niños y niñas, es indispensable para el logro de una democracia real y efectiva, nos planteamos los siguientes interrogantes: ¿Es posible pensar en una iniciativa capaz de articular estos tres ejes?, ¿Acerca de qué deben opinar los niños y niñas? ¿Sólo de las cuestiones que los adultos consideramos que les

conciernen? ¿Les concierne opinar sobre la ciudad en la que viven y en la que se van a crecer? ¿A alguno de nosotros cuando éramos niños nos preguntaron en qué tipo de ciudad queríamos vivir? ¿Es posible participar jugando en lugar de "jugar a participar"? ¿Es posible generar un espacio en donde los niños y niñas puedan opinar sobre los asuntos de la comunidad sin que ello implique disfrazarse de adultos? ¿Podemos animarnos a generar espacios para que los niños decidan y no solo para que opinen?

A partir de estas preguntas, las que sin duda se fueron y se irán respondiendo con la experiencia llevada adelante, surgió la propuesta de *El Gabinete de los Niños y Niñas*, el que permitió potenciar experiencias anteriores de Foros puntuales, realizados junto a los integrantes de la organización "*13 Ranchos*", quienes nos transmitieron su compromiso y compartieron su rica experiencia en la realización de Foros Participativos de Niños y Niñas en diversas ciudades de la Argentina y del Mercosur.

III. SÍNTESIS DE LA PROPUESTA PARA EL AÑO 2016.

La iniciativa tiene tres etapas:

1) Foros Participativos de Niños y Niñas: Consisten en un espacio de participación masiva, donde el objetivo es poder realizar un diagnóstico participativo sobre los temas de interés.
2) Comisiones de Trabajo: Es un espacio para la elaboración de propuestas sobre los temas de interés y organización de encuentros con funcionarios municipales de distintas áreas para dialogar sobre las propuestas. Conformado por representantes de los grupos que participaron en los Foros, una niña y un niño.
3) Gabinete de los Niños: Es un espacio de definición de las propuestas a ejecutar con el presupuesto asignado por el Municipio. Está conformado por 2 representantes de los niños y niñas de cada establecimiento educativo donde se realizaron los foros. Los niños y niñas participan también en el seguimiento de la ejecución de los proyectos, evaluación y rendición de cuentas.

Durante el año 2016 se trabajó en las distintas instancias proponiendo a los niños y niñas las siguientes preguntas como disparadores: *¿Qué nos gustaría mejorar de nuestra ciudad? ¿Qué queremos cambiar?,*

Como indicamos, para no repetir experiencias en las que las opiniones de los niños y niñas no se traducen en resultados tangibles -lo que en el mediano plazo termina deslegitimando los espacios de participación-, el Municipio asignó un presupuesto de $ 50.000 para ejecutar algunos de los proyectos formulados por los niños y niñas.

Actualmente nos encontramos trabajando en la etapa de ejecución de los proyectos junto al Gabinete de Niños y Niñas.

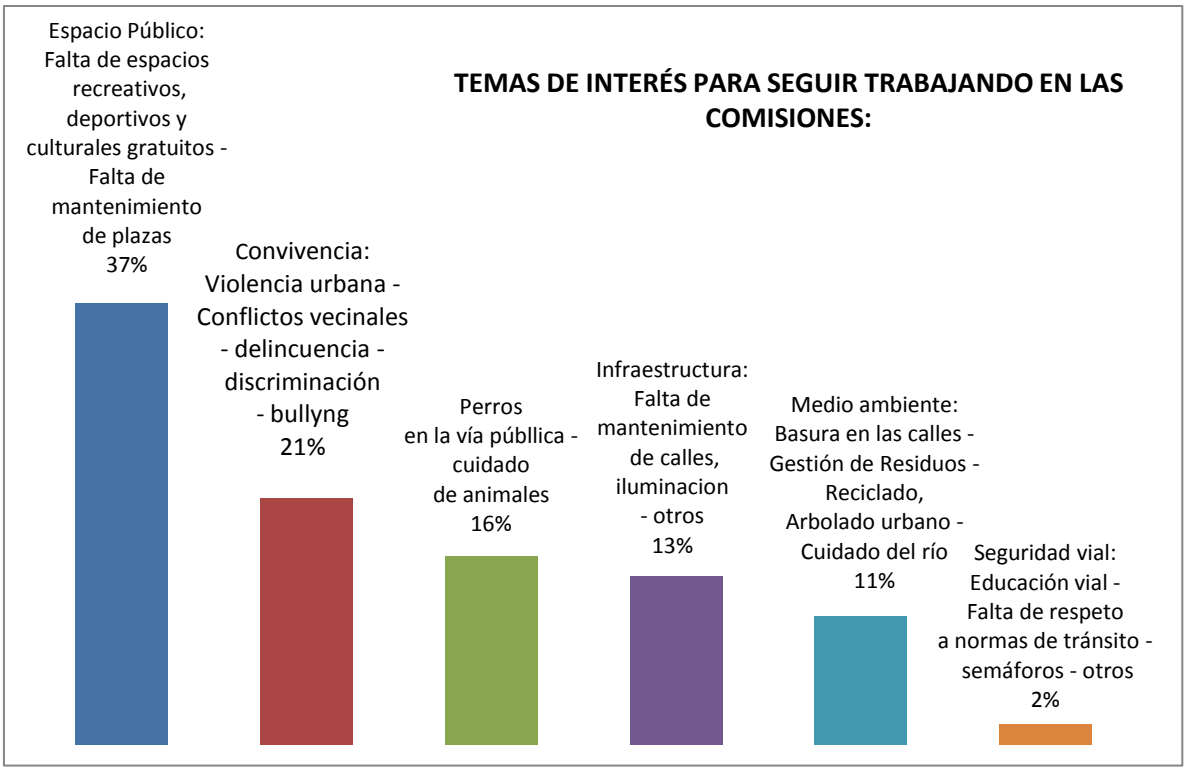
IV. LA EXPERIENCIA DE LOS FOROS DE NIÑOS Y NIÑAS – 2016.

Durante los mese de abril, mayo y junio de 2016 se realizaron 7 Foros, en 7 escuelas primarias de la ciudad de Jesús María. En total, participaron 850 niños y niñas de 5º y 6º grado (10 y 11 años), en grupos de entre 60 y 150 niños en cada Foro.

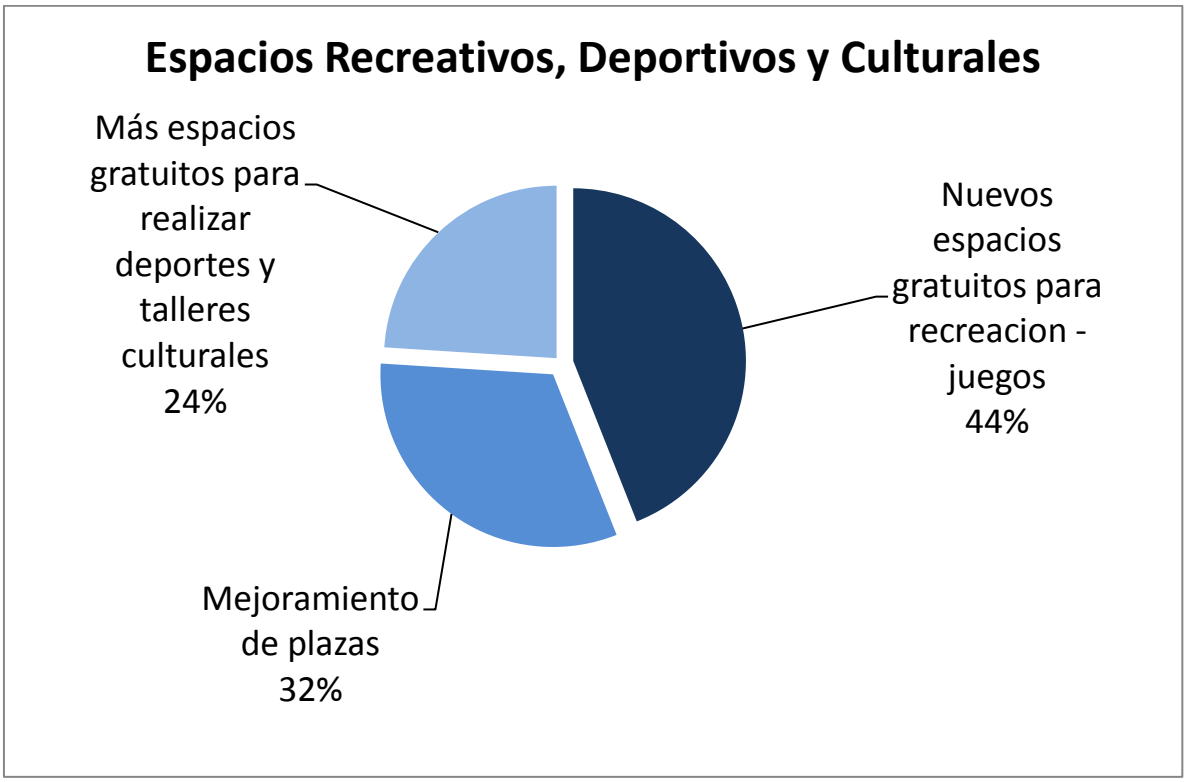
RESULTADOS DE LOS FOROS:

A. RESULTADO GENERAL:

Por un lado se tomaron en cuenta las primeras opiniones de los niños y niñas en sus aulas, contabilizando los votos de todos los participantes en los foros (aproximadamente 850 niños y niñas), con el siguiente resultado:



A su vez, el principal tema de interés se clasificó en 3 sub-temas:



B. RESULTADOS POR FORO:

Por otra parte se tomaron en cuenta las votaciones generales realizadas en el cierre de cada Foro. En todo momento el equipo se propuso sistematizar las opiniones de los niños tal como fueron planteadas por ellos, sin interpretaciones o explicaciones, con el siguiente resultado:

Escuela:	PROBLEMÁTICAS MAS VOTADAS EN CADA ESCUELA			Otros problemas
	Problema 1	Problema 2	Problema 3	
Gral. Francisco Ortiz de Ocampo	Perros en la Calle	Impuestos caros (que bajen)	Falta de espacios de diversión gratis	*bulling *violencia*falta de canchas- espacios rotos*falta de juegos en la escuela- falta de mantenimiento en los juegos de la plaza San Martín *contaminación* falta de espacios recreativos
Dr. Francisco N. Laprida	Falta de espacios culturales gratis para	Robos e inseguridad	Plazas rotas	*falta de cancha gratis *familias sin viviendas* falta de iluminación en las calles de los barrios y en canchas *

	niños			animales maltratados y abandonados
Sub Oficial Principal Ramón G. Acosta	En el patio de la escuela faltan juegos y se inunda. Mejoramiento edilicio de la escuela	Basura en las calles	Falta de seguridad en el polideportivo	*falta de canchas de futbol con luz y tribunas
1º Teniente Morandini	Falta de boliche o fiestas para niños y niñas	Gente sin hogar	Falta de lugar de recreación gratis con muchos juegos y wifi	* niños sin bicicletas * plazas rotas y con basura * drogas en los barrios * falta de luz y asfalto para bº Güemes y Sierras y Parques * perros abandonados *falta de seguridad
Dr. José Manuel Estrada	Perros abandonados	Mucha droga y alcohol.	Falta de espacios gratuitos para deportes y canchas de futbol	* falta de contención * basuras en las calles y plazas *falta de programas o canal de televisión para los niños de JM * violencia y delincuencia
Capitán Pedro Giachino	Falta de hotel o espacio para pasar el día, para niños	Falta de Espacios deportivo y cultural gratuito	Animales abandonados y sueltos	* falta de refugio de animales *falta de estadio / polideportivo en donde haya muchos deportes y sea gratuito * mas amor y menos peleas
Gendarmería Nacional	Perros abandonados	Falta de boliche para pre-adolescentes	Falta de parque recreativo gratuito para adolescente	*pocas canchas de futbol gratis *muchos robos e inseguridad * falta un bar de hamburguesas gratis

PROPUESTA METODOLÓGICA PARA EL DESARROLLO DE LOS FOROS

1º Parte: Presentación.

- Se realiza la presentación del Proyecto “El Gabinete de los Niños y Niñas” a través de un video.

- A través de un cuento contado por una actriz, nos sumergimos en el mundo del Foro.

- Se realizan distintos juegos coordinados por una profesora en Educación Física.

<u>2º Parte: Trabajo en aulas, con grupos entre 10 y 25 niños y niñas.</u>

- Cada niño realiza un dibujo a partir de la siguiente pregunta ¿qué te gustaría mejorar o cambiar en la ciudad o en tu barrio?

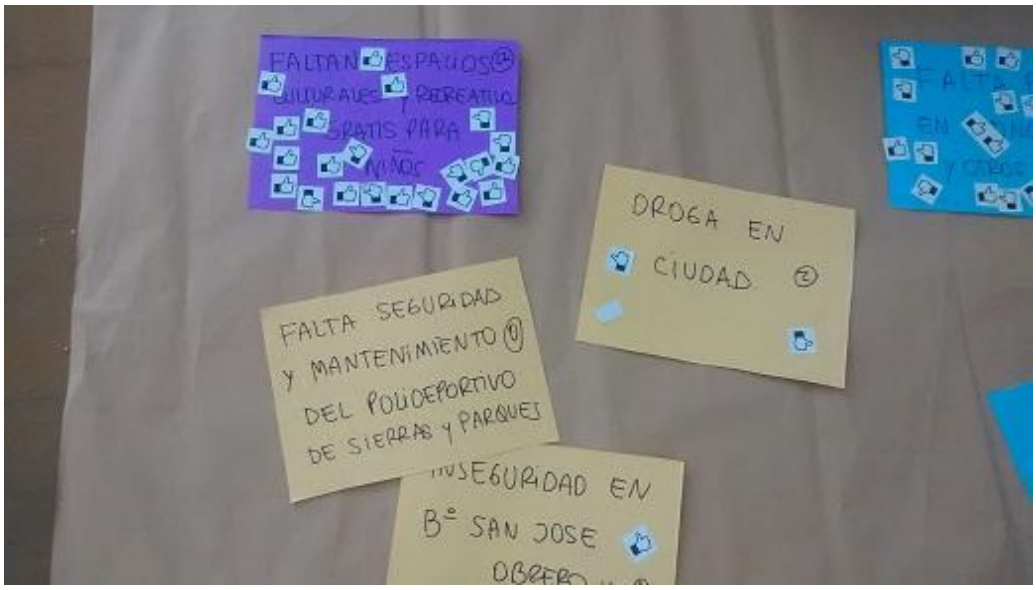
- Luego, en una ronda, realizamos un juego para adivinar lo que quiso expresar cada uno. El autor luego lo explica y se anotan los temas planteados en cuadros de cartulina.

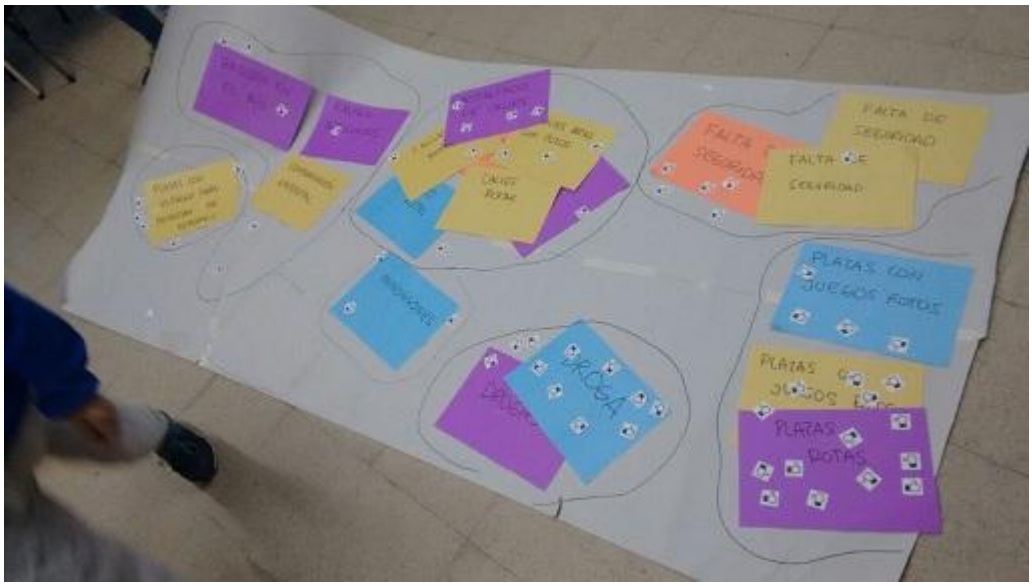
- Se agrupan, con el acuerdo de los niños, los temas similares.

- Se realiza un juego para votar y elegir los 2 temas principales elegidos por el grupo. Cada niño tiene 3 votos en papel adhesivo, que los puede utilizar del modo que desee.

DELINCUENCIA
ROBOS

FALTAN CANCHAS DE RUGBY
MUCHA BASURA EN LA CALLE
PLAZAS ROTAS
CUIDADO DEL MEDIOAMBIENTE





- Para finalizar se cuentan los votos y se eligen 2 representantes del grupo que deberán transmitir lo trabajado y los temas elegidos ante todos los compañeros de la Escuela que participan en el Foro.

<u>3º Parte: Puesta en común entre todos los grupos – Votación general.</u>

- Los representantes de los grupos cuentan los temas elegidos.

- Cada alumno tiene su Documento de Identidad creado para esta ocasión y un voto para elegir alguno de los temas planteados.

- Se realiza la votación general.

4º Parte: Cierre y despedida.

- Se presentan los resultados de la votación general.

- Se realiza una dinámica de despedida, invitando a los niños a reflexionar sobre cómo se sintieron durante el desarrollo de la actividad y, si lo desean, poder expresarlo en palabras, ya sea oralmente o por escrito.

El desarrollo de cada Foro demanda aproximadamente 4 horas.

¿Cómo continuamos luego de los Foros?

Se realizaron las reuniones en las Comisiones de Trabajo y en el Gabinete.

Se definieron 4 propuestas a realizar en el corto plazo.

En la actualidad (noviembre de 2016) nos encontramos en la etapa de ejecución de propuestas.

PROPUESTA:

Promover la creación de espacios de participación, con metodologías diseñadas específicamente para que los niños, niñas y adolescentes puedan expresar sus opiniones y estas sean tenidas en cuenta en la definición de las políticas públicas.

Ponencia 13 – Comisión 1

Título: Enfoque de Derechos Humanos en las políticas públicas para garantizar el acceso a la atención en salud de adolescentes y jóvenes gays en chile.

Autor/es: Adela Montero Vega - María Isabel González Trivelli - Jorge Vergara Vidal - Electra González Araya - Cristóbal Carvajal Canto

Contacto:

PRIMER AUTOR: Adela Montero Vega

INSTITUCIÓN: Centro de Medicina Reproductiva y Desarrollo Integral de la Adolescencia. Facultad de Medicina. Universidad de Chile.

DIRECCIÓN: Avda. Profesor Zañartu 1030. Independencia. Santiago de Chile. Chile.

TELÉFONO: +56 – 2 29786484; +56 – 2 9 78481247 (celular)

E-MAIL: amontero@med.uchile.cl

ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIZAR EL ACCESO A LA ATENCIÓN EN SALUD DE ADOLESCENTES Y JÓVENES GAYS EN CHILE [93]

RESUMEN:

En la actualidad, particularmente las personas gays, lesbianas, bisexuales, transexuales/transgénero, continúan experimentando elevados niveles de violencia, a través de la discriminación y estigmatización, aún en sociedades con mayores avances en el ejercicio de los Derechos Humanos.

El propósito de esta ponencia, es identificar y describir desde la perspectiva de adolescentes y jóvenes gays, las principales barreras observadas para el acceso a las prestaciones de salud, en la Atención Primaria de la Región Metropolitana, Santiago de Chile.

La identificación de las principales barreras, es un pilar esencial, como insumo que aporte en la formulación de las Políticas Públicas, con lineamientos que potencien la inclusión, el desarrollo positivo y normalización de la diversidad sexual, con un enfoque basado en los Derechos Humanos,

[93] La presente ponencia forma parte del Proyecto de Investigación SA14ID0007, aprobado y financiado por el Fondo Nacional de Investigación en Salud, FONIS, de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica CONICYT, Gobierno de Chile.

garantizando el acceso efectivo a las prestaciones de salud. Sólo así podremos transitar hacia una sociedad más justa y equitativa, que considere y respete la orientación sexual e identidad de género, como un derecho humano, permitiendo el pleno desarrollo de las personas, sin discriminación ni estigmatización, que contribuirá a fortalecer nuestra democracia como país, que con esfuerzo hemos logrado recuperar y mantener.

FUNDAMENTACIÓN:

En Chile al igual que en otros países, la atención en salud ha sido concebida y centrada tradicionalmente desde una perspectiva heteronormativa, generando barreras para el acceso a la atención e invisibilizando las reales necesidades y demandas experimentadas por adolescentes y jóvenes gays, lesbianas, bisexuales y transgénero/transexuales (GLBT) ([1]). Es importante señalar que si bien algunas dimensiones en salud de las personas GLBT, pudieran ser semejantes, existen otras, que por sus características son específicas de cada grupo, motivo por lo que en esta instancia nos referiremos en particular a la problemática relacionada con la población de adolescentes y jóvenes gays. En este contexto, organizaciones internacionales como la Sociedad de Medicina del Adolescente ([2]) y la Academia Americana de Pediatría de Estados Unidos ([3]), reconocen y describen los principales problemas que enfrentan las personas adolescentes y jóvenes gays, recomendando promover la salud, el desarrollo y bienestar en esta población, quienes si bien experimentan los mismos cambios del desarrollo que sus pares heterosexuales, presentando similares preocupaciones en relación a su salud, deben enfrentar retos adicionales, relacionados con una serie de interrogantes sobre su orientación sexual y con el propio proceso de reconocerse y asumirse como gay ([2]). A este complejo proceso, suele agregarse el estigma, la discriminación y victimización, en una sociedad heterosexista y heteronormada, pudiendo determinar instancias de rechazo y violencia. Enfrentar estos desafíos y retos adicionales, puede traducirse en altos niveles de angustia y/o estrés psicológico, que desencadenarían un incremento en las conductas de riesgo con resultados potencialmente negativos para su salud. Así es posible identificar disparidades, diferencias y desigualdades en aspectos de la salud mental y sexual, determinando una mayor vulnerabilidad respecto a adolescentes y jóvenes heterosexuales ([4]). Por ejemplo, en el ámbito de la salud mental, se ha reportado 3 – 5 veces mayor probabilidad de consumo de drogas y alcohol ([5]); 3 veces mayor probabilidad de ideación o intento suicida ([5]); 1,5 veces mayor frecuencia de depresión; trastornos ansiedad; consumo alcohol, tabaco, drogas ([6]). En el ámbito de la salud sexual y reproductiva, es fundamental establecer que conducta sexual no es sinónimo de orientación sexual y que adolescentes y jóvenes que se identifican a sí mismos como gays, no necesariamente presentarán conductas sexuales de riesgo. Sin embargo, existen importantes diferencias respecto a sus pares heterosexuales, describiéndose mayor probabilidad de: menor edad de inicio de actividad sexual; mayor número de parejas sexuales; menor frecuencia de uso de condón y mayor riesgo de victimización sexual ([3, 4, 7, 8]). Otros ámbitos como el bullying homofóbico y violencia escolar, varían desde acoso/hostigamiento verbal hasta violencia física y sexual ([2]),

resultando más probable experiencias asociadas al ciberbullying ([2]). A su vez, la victimización, cualquiera sea su origen, condicionaría una mayor frecuencia de trastorno de estrés post traumático, intento suicida, depresión, trastornos del sueño, ansiedad, consumo de drogas y conductas sexuales de riesgo ([2]).

Igualmente es importante señalar que la familia juega un rol importante. Se describe que adolescentes y jóvenes con familias apoyadoras, presentan un mejor estándar de salud, con mayor autoestima y calidad de vida. Por el contrario, provenir de familias con alto grado de rechazo a su orientación sexual, determinaría mayor probabilidad de serias consecuencias para la salud ([9]).

En Chile, existe escasa evidencia científica que aborde aspectos vinculados con la atención en salud, considerando la propia perspectiva de las personas adolescentes y jóvenes gays ([10, 11, 12, 13]). Sumado a lo anterior, en nuestras Políticas Públicas se observa una invisibilización de estos aspectos, en particular para los servicios y profesionales de la salud responsables de proporcionar esta atención. Al respecto, los Objetivos Sanitarios para la década 2010 - 2020, que buscaban alcanzar una mayor equidad y fortalecer un sistema de salud centrado en las personas y sus necesidades ([14]), estableciendo el mejoramiento del acceso a esta atención, de manera oportuna, segura y de calidad, considerando las expectativas de la población, en un marco de respeto de sus derechos, no explicitan las necesidades del grupo de adolescentes y jóvenes GLBT, apareciendo sólo referencia a la población homosexual ligada al riesgo de VIH, contribuyendo así a la estigmatización de los hombres y a la invisibilización de las necesidades de las mujeres, que bajo un enfoque de derechos puede ser considerado un acto que favorece la discriminación ([15]).

Adicionalmente, las instituciones de salud, al operar bajo la premisa heteronormativa, generan instancias de discriminación y vulneración de derechos al propiciar la aparición de barreras, que pueden presentarse en diferentes niveles y que en definitiva se traducen en una menor probabilidad para acceder a los servicios de salud ([16, 17]).
Si entendemos que la salud, al igual que la educación, constituyen derechos irrenunciables, por proporcionar una oportunidad para lograr objetivos vitales en el desarrollo de las personas, siendo exigibles como una cuestión de justicia, que involucra al Estado ([18]), este enfoque, basado en los Derechos Humanos, debe necesariamente considerar a adolescentes y jóvenes como sujetos de derecho, cautelando a través del marco legal interno, traducido en Políticas Públicas, la no vulneración de estos derechos fundamentales.

En este sentido, la Constitución Política de Chile, establece como deber del Estado, asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, explicitando el derecho igualitario a la salud, garantizando el acceso a las acciones de promoción, protección, recuperación de la salud y rehabilitación de las personas. Se considera también como

deber preferente del Estado, garantizar la ejecución de estas acciones, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas. Establece asimismo el derecho a la educación, cuyo objetivo primordial es alcanzar el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida ([19]).

Conjuntamente el Estado de Chile firmó la Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de la Asamblea General de las Naciones Unidas (2008), específicamente, el artículo 6°, que condena las violaciones de Derechos Humanos basadas en la orientación sexual o la identidad de género dondequiera que tengan lugar, garantizando expresamente los derechos económicos, sociales, culturales, incluyendo el derecho a la salud para esta población ([20]). En esta línea, el Estado de Chile durante el Examen Periódico Universal (EPU) del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), acogió en el año 2009 las recomendaciones de: *"velar en mayor medida por la aplicación de la legislación que garantiza los principios de no discriminación y adoptar una estrategia integral para eliminar todas las formas de discriminación, en particular la discriminación por motivos de género; revisar y, si es necesario, modificar la legislación para garantizar a todos el derecho a no ser discriminados y, en particular, a eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer; reforzar las medidas contra las actitudes discriminatorias en la sociedad, por ejemplo iniciativas de educación pública y de igualdad y medidas legislativas para prevenir la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género; prohibir por ley la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género y abordarla en los programas y políticas de igualdad y utilizar los Principios de Yogyakarta como guía en la formulación de políticas; revisar el artículo 373 del Código Penal de modo de impedir su aplicación abusiva para perseguir a integrantes de las minorías sexuales"* ([21]).

Además, la ley 20.609, promulgada el 24 de julio del 2012, posterior al fallecimiento de Daniel Zamudio - joven gay, quien fallece víctima de la violencia de odio - , establece medidas contra la discriminación, identificando la discriminación arbitraria como toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, haciendo mención explícita a la discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género ([22]).

Por lo expuesto previamente, resulta imprescindible promover el acceso a la salud, bajo un enfoque de derechos, que permita visibilizar la diversidad sexual, detectando factores que pudieran significar mayor vulnerabilidad, para realizar intervenciones eficaces, que promuevan y potencien el desarrollo positivo de las personas, a nivel individual, familiar y comunitario.

El objetivo de la presente comunicación, consiste en identificar y describir las principales barreras, desde la experiencia y perspectiva de adolescentes y jóvenes gays, que dificultan el acceso a la atención primaria de salud, del sector público de la Región Metropolitana en Santiago de Chile. La relevancia de este estudio radica en ser un insumo que permita generar lineamientos que incidan en nuestras Políticas Públicas, facilitando el desarrollo y mejoramiento de nuestros modelos de atención en salud, que visibilicen y respeten a la población de adolescentes y jóvenes gays, disminuyendo las brechas e inequidades en salud, mejorando la oportunidad, el acceso y la calidad de esta atención.

La metodología empleada fue cualitativa, desde una perspectiva fenomenológica. La muestra estuvo constituida por adolescentes y jóvenes de 18 a 24 años, que se auto identificaron como gays, consultantes en la atención primaria de salud, del sector público, pertenecientes a comunas urbanas de nuestra Región Metropolitana. La selección de los participantes fue utilizando la técnica de cadena o "bola de nieve", siguiendo un diseño secuencial, basado en la búsqueda de comprensión de las realidades culturales y/o personales de difícil pesquisa, como la población a la que está orientada el estudio ([23, 24]). Como técnica de captura de la información, se realizaron grupos focales, hasta alcanzar la saturación. Cada grupo focal contó con un mínimo de 5 y un máximo de 8 participantes. Se realizó transcripción a texto de la información obtenida a partir de las grabaciones de audio. Se efectuó categorización temática, que permitió obtener las principales categorías y sub categorías. Se realizó análisis de contenido y triangulación de resultados entre el grupo de investigadores y con la ejecución de 2 Talleres de Expertos, provenientes del área sanitaria/académica y representantes de organizaciones de la sociedad civil, relacionados con la temática atingente a la diversidad sexual. Se cautelaron los principios éticos que involucra una investigación con seres humanos y, en este caso, con población vulnerable, relevando la participación voluntaria y confidencial. La información se manejó con acceso restringido a los formularios, grabaciones, transcripciones y bases de datos, permitido sólo para el equipo de investigadores. El estudio fue aprobado por el Comité de Ética de Investigación en Seres Humanos, Facultad de Medicina, Universidad de Chile.

PRINCIPALES RESULTADOS:

En este estudio, entenderemos como atención primaria de salud, aquella que representa el primer nivel de contacto de las personas, la familia y la comunidad con el sistema público de salud, a través de la atención ambulatoria, principalmente en los Consultorios ([25]).

Las principales barreras identificadas como un obstáculo para acceder a la atención en salud, en el nivel primario, se presentan en: el Consultorio, en las prácticas profesionales, a nivel personal y en relación con la información, particularmente en salud sexual.

A nivel del Consultorio, los adolescentes y jóvenes gays, evidencian una serie de barreras, como invisibilización en el abordaje de la diversidad sexual, donde esta temática es considerada un tema tabú, con falta de información y falta de difusión de la oferta de atención, determinando escasas acciones preventivas, en especial en salud sexual: (**)

- *"Algo así como… que no sea como un tabú, que no vaya a tener vergüenza preguntarlo, si está todo explicito ahí es como 'Ya, voy allá, pregunto…', como más rápido"*

- *"Yo creo que lo que decía… el señor xxxx, el tema de los afiches, eso de la propaganda y publicidad también como una barrera, porque si al final yo creo que debe haber cierta información, por ser (…) yo creo que el lugar como que no trata el tema abiertamente, como que por qué voy a sentirme yo cómodo preguntando, entonces, si se montan en el tema de la… como bien visual (…) necesitan ayuda muchos jóvenes, como ah sí, en este lugar si me van a escuchar, si me van a… como prestar atención y si me van a prestar ayuda…"*

- *"Exacto, yo creo que uno podría hacerlo, pero… la cultura no está, o sea, lo mismo que hablamos, de todo lo que hemos hablado, está el tema de la información, de la divulgación de la información, o sea, si en el consultorio dijeran: "vamos a hacer un taller de… no sé qué…" a lo mejor iríamos, pero no hay información, no es algo que a uno le llegue… no hay nada…"*

(**)Los textos en cursiva que se citan a continuación, corresponden a testimonios de las personas participantes.

Igualmente se identifica una atención no inclusiva, heternonormada, de mala calidad, asociada a burocracia, a latencia en la resolución de problemas y trato no igualitario, agravado por la estigmatización respecto a la vinculación del VIH e infecciones de transmisión sexual con la homosexualidad:

- *"Pero es que como siempre como que se va orientado a lo heterosexual, por ejemplo 'ya y con tu pololа', o no sé, tu… no sé, tu esposa, uno siempre va como orientado a eso, entonces…"*

- *"No sé… lo van a derivar, derivación, derivación, derivación, derivación, derivación, derivación, entonces barreras más barreras, más barreras…"*

- *"…y sé que es pura derivación, entonces, no sé, el adolescente o la persona que necesite el apoyo hoy, no lo va a tener hoy, lo va a tener en un mes más, en dos meses más, en tres meses más, entonces el meollo es en la salud pública en general y ya, la atención primaria"*

- *"Y son programas súper importantes porque como decía, si se agranda un mes, dos meses, tres meses, el problema si no se arregla va aumentando, entonces quizás esa misma familia, que al principio supo, después los padres les va a ir molestando, no van a ir entendiendo y puede terminar*

en un suicidio, o sea, el tiempo es un factor súper importante, el tiempo de reacción que uno… de arreglar el problema"

- "Sí, lo homosexual es VIH, ¡eso es!"

- "¿Por qué?, por qué a uno por ser gay al tiro lo asocian con VIH, enfermedades de transmisión sexual, gonorrea y todo el tipo… entonces para uno como persona también le da miedo consultar"

En general la experiencia de consultar en la atención primaria es referida como mala, donde emerge el estigma social, resultando ser un proceso muy poco empático:

- "Los exámenes en los consultorios no los hacen todos los días, hay algunos días determinados que los realizan, justo ese día era día miércoles y los exámenes los hacían el día jueves, ustedes comprenderán que estaba hecho pebre y yo lo único que quería era el maldito examen, para poder salir de la duda o no, es una incertidumbre horrible, muy, muy fea la experiencia…"

- "Porque también es difícil llegar a decirles 'es que sabe qué, yo me vengo a hacer el examen del VIH', porque es increíble la carga social que tiene esta enfermedad, a pesar que la palabra VIH ya es… a pesar que está considerado como una enfermedad crónica igual que la hipertensión, pero es el VIH…"

- "…Si no es fácil, yo creo que todos ustedes han pasado por el bendito examen y es horrible el estar así asustado con eso y aunque te salga negativo o positivo, independiente de eso, pero… como vuelvo a reiterar, en la atención primaria, ¡horrible, cero empatía!"

Por otra parte se identifica la presencia de vulneración del derecho de confidencialidad:

- "Todos se enteraron de que yo me iba a hacer un examen del VIH"

- "Cero privacidad…"

- "…O sea, que la niña grite así como… 'el XXXX que venga a hacerse el test de Elisa', o sea eso para mí, o sea… y pasa"

Finalmente el Consultorio no es visualizado como un espacio protector, que realice educación, prevención y fomento de la salud, siendo considerado como el último lugar, la última instancia donde acudir, generando desconfianza:

- "O sea, por eso yo digo personalmente, al último lugar que iría a informarme sobre sexualidad, sería el consultorio"

- "Sí, obvio. No, pero en el consultorio, o sea, yo puedo hablar de mis problemas homosexuales con todo el mundo, pero no con el consultorio, sería como la última instancia"

- "Yo creo que no, eh, no toma las demandas de la población gay, un consultorio, porque primero todo parte por la discriminación que hay allá adentro, segundo, esto de esta mesa de ping pong

que se da, que yo creo que se da para gays y para heteros, y la falta de información dentro de los consultorios"

- "Por lo mismo, o sea porque no nos entregan la confianza. Yo creo que es un tema de confianza, o sea, yo no tengo la confianza de ir al consultorio y a exponer mis problemas de homosexual frente a cualquier persona, aunque sea un profesional capacitado"

En las prácticas profesionales se identifica desinformación y falencias en la formación, prejuicios, discriminación, heteronormatividad sin reconocimiento de la diversidad sexual, describiéndose además profesionales con falta de empatía, indiferencia e indolencia, todo lo cual genera pérdida de confianza:

- "Yo, cada vez que visitaba sicólogos me sentía… nada, era nada, era estar perdiendo mi tiempo con un psicólogo, prefería estar hablando con alguien que sepa del tema, que tuviera, que conociera sobre la sexualidad, sobre la homosexualidad, sobre los puntos que me podían afectar, o las soluciones que me podía dar…"

- "Sí… la poca capacitación del personal, la discriminación por parte del personal también…"

- "Todo se asume, se asume que todo el mundo es heterosexual…"

- "Es que imagínate tú que tendrías que ir, no sé, el día de mañana a un especialista, al urólogo, cachai, y tuviste algún problema y se sienta el urólogo a hablar contigo pero te está hablando desde una perspectiva heterosexual y resulta que tu relación sexual…"

- "Que se aprende como de la ética también o… del profesional, porque tú no puedes ir donde un profesional que te va a discriminar, o sea eso ya es como algo… no, no podría pasar, pero he escuchado casos que sí ha pasado, entonces…"

- "Me han contado sobre un… un joven que no, no lo dejaron (…) según él, fue porque la persona que lo atendió al momento de la entrevista, el fue súper claro en decir que era gay, que había tenido relaciones sexuales con hombres y fue ahí donde el especialista dijo que no y claro, en el mismo momento no dijo que por esas razones, pero… (…) y dijo que… que evidentemente había sido por eso, había sido… que el especialista era homofóbico"

- "Uno cree que la gente de la salud, va a entender, que no va a tener ningún prejuicio, pero no es así, desde los técnicos hasta los médicos, todos tienen…son personas mal que mal, pero todos tienen prejuicios, que… no sé, miradas, lo que sea, siempre uno va a notar el que tiene prejuicios, no debería ser así, pero lo tienen…"

- "Entré solo. Me puse a llorar, estaba asustado, no sabía qué hacer, no sabía cómo reaccionar y me dice textual, me dice 'y qué sacas de llorar ahora, si estás en la edad de riesgo, eso debiste haberlo pensado antes' y en todo momento, en ninguno de los momentos que me atendió y me consultó fue así como 'ah, tu puedes estar en riesgo o tu puede que tengas' pero no, ella me trató como un paciente de VIH, en una situación de nerviosismo y de pánico que yo estaba, yo lo único que quería

era morirme, me entregaron una hoja, me dieron información, me dijeron 'estás en…', porque son súper fríos, es un tema a lo mejor para otra persona que, que no… no sé, puede ser como menos delicado, puede ser así como 'ah, ya sí' pero para uno que está como en un momento mal y que le estás diciendo '¡sabe qué, estoy mal!' entonces… te dicen 'ah, no, tú no eres el primero que viene llorando'. Entonces es horrible, es horrible…"

- *"Se vuelven un poquito indolentes, yo encuentro los doctores, los doctores y las enfermeras, porque ellos ya están tan acostumbrados a ver, que para ellos no es novedad y a lo mejor para uno puede ser algo totalmente distinto pero para ellos no es novedad, entonces ellos lo toman como a la ligera, así como que 'ah, es otro más de los 50 que vinieron antes'".*

- *"Por ejemplo de partida si no hay, uno dice 'ah, no hay empatía, confidencialidad, ni… ni confianza en el médico, yo no voy', entonces ya ahí ya… se generan… uno de los principales problemas, no consultar"*

Las barreras personales se asocian principalmente con temor al rechazo y prejuicios hacia profesionales de mayor edad, señalando que el profesional de mayor edad si discrimina lo hará por ignorancia, mientras que el profesional joven lo haría por odio:

- *"Sí, obvio…estoy hablando desde el prejuicio que podemos tener nosotros como jóvenes hacia la gente mayor. O sea yo no me espero que una señora de 60 años me trate, oye, ¿usted es homosexual? Uy, mijito venga…"*

- *"Uno sabe que la abuelita va a discriminar porque su contexto social fue otro, porque su educación fue otra y porque su manera de ver la vida en este tiempo, era otra, y ya, uno se queda callado. Quizás, en alguna instancia, uno trataría de decirle oiga, pero mire, ¿sabe qué? La cosa es así y así, trataría de quizás de enseñarle, educarlo, aunque no esté dispuesto a escuchar". "Yo creo que, como dije denante, (…) el joven va a discriminar por odio…"*

En este contexto de barreras personales, surge fuertemente la vergüenza, el temor al estigma y vulneración de la confidencialidad:

- *"Son cosas, es como imposible hacerlo, como que da vergüenza, que no se qué, que aquí, que allá, ¿por qué es tan fácil hacer algo y no hacer lo otro?, debiese ser los 2, las 2 cosas igual de fáciles, porque es una atención de salud, que uno no debiese sentir el miedo de… o sea, de ir"*

- *"Si yo supiera que en el consultorio hay un profesional, que es confidencial, que me va a responder todas las dudas, con respecto a lo que tengo, iría, feliz"*

- *"Por mi experiencia, a mi me costó mucho, o sea yo llegué al mesón y dije ya, tengo que hacerme este examen, ya había tenido un problema atrás, entonces dije ya, voy al examen, tengo que hacérmelo, entonces me hablaban del EMPA que es como el examen este preventivo del adulto, donde te hacen la glucosa y todas esas cosas, entonces yo decía pero ¿cómo le pregunto que si ahí entra el examen de… de esto, del test de Elisa?, me daba vueltas, me daba vueltas, miraba de un*

mesón a otro, estuve mucho rato tratando de cómo decirle, sabes que necesito hacerme el test de Elisa, eso es lo que necesito, nada más que eso, hasta que pregunté y ahí me dieron hora y que yo tenía que ir primero a una consultoría con una matrona y que la matrona tenía que hacerme no sé cuantas preguntas y después venía el examen, (…) y todas esas cosas, entonces al final dije ya, me lo hago yo por fuera, esa es mi experiencia que fue igual un poquito traumática, pero fue un poquito la ruta para solo hacerme el examen"

Las barreras en la información se asocian primordialmente a falta de educación, promoción y prevención de la salud, con educación sexual heteronormada, centrada en lo reproductivo y no en el autocuidado:

- *"Es la instancia de una educación general porque el consultorio tampoco va a dar un taller de sexualidad para homosexuales, no (…) ni a nadie…"*

-*"Porque en los colegios casi siempre se habla de cómo la sexualidad como la reproductiva"*

"Muchos de nosotros sabemos que somos gays desde chicos, pero uno ¿qué hace?, se queda callado, no le toma importancia, uno es inmaduro y no le toma el peso, pero a medida que tu empiezas a crecer, que empiezas a desarrollarte y empiezas a darte cuenta de que tus amigos están interesados o la mayor parte de tus amigos están con las niñas y uno está como en otro lado, uno solo se empieza a aislar, porque uno solo se aísla, uno solo le dan, por ejemplo a mi me daba vergüenza que hablaran de sexo, para mí las clases de sexualidad eran horribles, porque ellos hablaban desde la normalidad, entonces yo no era normal, entre comillas"

- *"La falta de difusión de alguna información también, o sea, la falta de educación, bueno, o sea, yo creo que tiene que haber como un (…) desde el personal hacia abajo, toda la gente, o sea de repente veo un cartel de la… de neumonitis y todo el mundo ya sabe lo que es la neumonitis, o sea, para qué, es necesario prevenirlo, sí, pero ¿por qué no hay un cartel de otra cosa?"*

- *"O sea, usa condón, previene el VIH y se acabó, o sea nada más y debiese ser algo mucho más directo, más personalizado"*

PROPUESTAS:

Debemos internalizar que los adolescentes y jóvenes gays tienen las mismas necesidades de apoyo, aceptación y validación que sus pares heterosexuales, sin embargo, deben enfrentar el desafío adicional del estigma y rechazo social, aún presentes en una sociedad con parámetros heteronormativos como la nuestra ([2]). En consecuencia, es crucial fomentar el desarrollo positivo, apoyando la expresión e integración de su sexualidad en base al autoreconocimiento y aceptación de la orientación sexual, evitando prácticas heteronormativas, que contribuyen a invisibilizar, patologizar y discriminar ([7, 26]). Igualmente, debemos identificar los obstáculos para el acceso a la atención de salud, así como las demandas desde su propia perspectiva, para mejorar la calidad de atención, particularmente en el nivel primario, garantizando su derecho a la salud como un

derecho humano, con Políticas de Estado que consideren e incluyan la diversidad sexual, potenciando su desarrollo integral y disminuyendo las brechas e inequidades en salud. Este reconocimiento, visibilización y normalización de la orientación sexual, es vital, no sólo en el Consultorio, sino en la sociedad, propiciando un trato igualitario, atención respetuosa, confidencial e inclusiva, con actividades hacia la comunidad. La formación y capacitación del personal de salud, es relevante, trabajando creencias, prejuicios y actitudes, desarrollando competencias y habilidades para brindar una atención empática, con apoyo emocional, individual y/o familiar, durante el período de confusión, en el proceso de asumir una orientación sexual diversa, frente a la divulgación y durante la realización y entrega de exámenes relacionados con el VIH. Finalmente, debemos incorporar que los comportamientos de riesgo a menudo reflejan la estigmatización social y la no aceptación por los pares, familia y sociedad. Las Políticas Públicas debieran centrarse en este enfoque de derechos, creando instancias reales de sensibilización, educación y prevención de la problemática asociada con la diversidad sexual, con efectiva vinculación entre el sector salud y educación, con acciones que permeen a la sociedad, como educación sexual inclusiva, desde el nivel preescolar y campañas masivas de prevención de toda forma de discriminación y violencia, que sean directas y eficaces.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1.- Conejero J., Almonte C. Desarrollo de la orientación sexual en adolescentes de 16 a 18 años de ambos sexos de Santiago de Chile. Estudio Exploratorio. Rev Chil Neuro - psiquiat 2009; 47 (3): 201-208.

2.- Recommendations for Promoting the Health and Well-Being of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Adolescents: A Position Paper of the Society for Adolescent Health and Medicine. Journal of Adolescent Health 2013; (52): 506-510.

3. - Frankowski B. and Committee on Adolescence Clinical Report: Sexual Orientation and adolescents. Americam Academy of Pediatrics. Pediatrics 2004; 113: 1887-1832.

4. - Levine D. Office-Based care for lesbian, gay, bisexual, transgender, and questioning youth. Pediatrics 2013; 132; e297 – e313.

5. - Marshal M., Friedman M., Stall R., King K., Miles J. Sexual orientation and adolescent substance use: a meta analysis and methodolical review. Addiction 2008; 103 (4): 546 – 556.

6.- King M., Joanna Semlyen J., See Tai S., Killaspy H., Osborn D., Popelyuk D., Nazareth I. A systematic review of mental disorder, suicide, and deliberate self harm in lesbian, gay and bisexual people. BMC Psychiatry 2008; 8: 70.

7. - Coker T., Austin S., Schuster M. The Health and Health Care of LGB Adolescents. Annu. Rev. Public Health 2010; 31:457– 477.

8. - Adelson S. American Academy of Child and Adolescent Psychiatry (AACAP). Practice Parameter on Gay, Lesbian, or Bisexual Sexual Orientation, Gender Nonconformity, and Gender Discordance in Children and Adolescents J. Am. Acad. Child Adolesc. Psychiatry, 2012; 51(9): 957–974.
9.- Ryan C., Huebner D., Diaz R. Family Rejection as a Predictor of Negative Health Outcomes in White and Latino Lesbian, Gay, and Bisexual Young Adults. Pediatrics 2009; 123; 346 – 352.
10.- González Trivelli M. "Adolescentes y Orientación sexual: Algunas herramientas para el Pediatra. En Pediatría Diaria para el Bicentenario. Nelson Vargas (ed). 2007; pp 323-332. Santiago. Chile.
11.- González E., Martínez V., Leyton C., Bardi A. Orientación Sexual: Un desafío Actual para la atención de Adolescentes. Rev. Sogia 2004. 11(3): 69-78.
12.- Cid-Aguayo M., Pérez-Villegas R., Sáez Carrillo K. Orientación sexual en los adolescentes y su asociación con ariables demográficas, socioconductuales y sexuales. Revista Perinatología y Reproducción Humana 2011; 25(2): 74-80.
13.- Cornejo E. Jóvenes en la Encrucijada. Ultima Década. CIDPA. 2010; 32: 173-189.
14.- Estrategia Nacional de Salud para el cumplimiento de los Objetivos Sanitarios de la Década 2011-2020. Gobierno de Chile, 2010.
http://www.minsal.cl/portal/url/item/c4034eddbc96ca6de0400101640159b8.pdf Consultado 15/09/2016.
15.- Orientaciones Técnicas para el control de salud integral de adolescentes. Control Joven Sano, 2012. http://www.minsal.cl/portal/url/item/bd910c39f25ba8a7e0400101650161f6.pdf Consultado 15/09/2016.
16. - Harrison A., Silenzio V. Comprehensive care of lesbian and gay patients and families. Primary Care: Models of Ambulatory Care 1996; 23: 31 – 46.
17. - Brotman S., Ryan B., Cormier R. The health and social service needs of gay and lesbian elders and their families in Canada. The Gerontologist 2003; 43 (2): 192 – 202.
18.- Montero A., González E., Troncoso P, Molina T., Leal I., Hidalgo D. Contribución en el 50º Congreso Chileno de Pediatría. Pucón, Octubre 2010
19.- Constitución Política de la República de Chile.
https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf Consultado 14/09/2016
20.- Asamblea General de Naciones Unidas. 63° período de sesiones. Promoción y protección de los Derechos Humanos: cuestiones relativas a los Derechos Humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales.

http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_ONU.pdf Consultado 14/09/2016.
21.- Asamblea General de Naciones Unidas. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS; 12º período de sesiones. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, CHILE 2009. http://www.politicaspublicas.net/docs/2009_05_epu_chile.pdf/ Consultado 14/09/2016

22.- Ley 20.609. Establece medidas contra la discriminación. http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042092 Consultado 14/09/2016
23.- Martínez – Salgado C. El muestreo en investigación cualitativa. Principios básicos y algunas controversias. Ciencia & Saúde Colectiva. 2012; 17 (3): 613 – 619.
24.- Sandoval C. La formulación y diseño de los procesos de investigación social cualitativos. En Sandoval C. Investigación Cualitativa. Bogotá: Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior; 1996: 111 – 128.
25.- Servicio de Salud Metropolitano Norte. Región Metropolitana. Ministerio de Salud. Gobierno de Chile. http://www.ssmn.cl/atencion_primaria.ajax.php Consultado 13/09/2016.
26.- Wilber S., Ryan C., Marksamer J. Best practice guidelines: serving LGBT youth in out-of-home care. Child Welfare League of América; 2006.

Ponencia 14 – Comisión 1

Título: Entrecruzando derechos en Argentina.

Autor/es: Gabriela Carolina Colef - Rocio Antonina Victtorello Longoni

Contacto:

Nombre y Apellido: Gabriela Carolina Colef Documento Nacional de Identidad: 23.949.620
Dirección: Gabardini Nº 550, Villa San Martín, Resistencia, Provincia del Chaco, República Argentina. C.P. 3500.
Teléfono Laboral: +54 0362 4453871
Teléfono Celular: +54 0362 154 698959
E- mail: gabrielacolef@hotmail.com
Se autoriza a publicar los nombres y apellidos de las autoras de la ponencia desarrollada.

"REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA CONVIVENCIA FAMILIAR, AL PROYECTO DE VIDA AUTÓNOMO Y A SER OÍDOS DE LOS ADOLESCENTES EN SITUACIÓN DE INSTITUCIONALIZACIÓN, Y SUS MANIFESTACIONES EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS Y LA ADOPCIÓN"

BREVE SÍNTESIS DE LA PROPUESTA:

Esta ponencia reflexiona acerca de la situación en la que se encuentran los adolescentes institucionalizados, sin familia, y que habiendo ejercido sus derechos a ser oídos, expresaron que no desean ser adoptados, entrecruzándose de este modo el derecho a la convivencia familiar con el derecho al proyecto de vida autónomo. El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina exige el consentimiento expreso del pretenso adoptado mayor de diez años, sin embargo no establece la solución ante la falta de consentimiento. Asimismo, de los datos estadísticos que obran en el Registro de Adoptantes de la Provincia del Chaco surge que no existen personas inscriptas para adoptar adolescentes.

La tensión entre los dos derechos mencionados, nos compele a encontrar una solución legal. En tal sentido sostenemos que corresponde al Estado apoyar al adolescente en la elaboración de su

proyecto de vida y planificación de su egreso del sistema de protección integral. Existe un vacío legal al respecto. Por ello, **nuestra propuesta es que se trabaje desde los tres Poderes del Estado en la implementación del Derecho al Proyecto de Vida**. El Legislativo, a través de la sanción de la norma adecuada, el Ejecutivo, asignando de modo efectivo recursos para la implementación de políticas públicas destinadas a promover la real autonomía de cada adolescente institucionalizado, y el Poder Judicial, haciendo cumplir la ley.

I.- INTRODUCCIÓN

El objetivo de nuestro trabajo es abordar el entrecruzamiento de los derechos a la convivencia familiar, al proyecto de vida autónomo y a ser oído, que poseen las personas menores de edad entre 13 y 17 años94, que viven en Hogares del Estado, sin familiares en condiciones de cuidarlos, y que no quieren ser adoptados; o no son encontradas familias adoptivas para ellos por el sistema judicial. Esta tensión de derechos, ¿cómo se resuelve? ¿son armonizables u opuestos?, y en este último caso ¿cuál debe primar? ¿Cuál debiera ser el plan de trabajo con el adolescente para garantizarle el goce de sus derechos?

La praxis diaria nos obliga constantemente a poner en jaque las normas para conocer si son de utilidad para el ciudadano (en este caso, el adolescente sin familia), para descubrir si lo que está escrito en las leyes es cumplido en la realidad y si los derechos proclamados son efectivamente gozados.

Quienes elaboramos esta ponencia tenemos el privilegio de trabajar en el Ministerio Público de Menores de Edad de la Provincia del Chaco situada al noreste de la República Argentina. Desde nuestro lugar, somos actores involucrados en la vida de niños, niñas y adolescentes institucionalizados, en tanto forma convivencial alternativa, dispuesta por la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (órgano técnico administrativo), encargado de llevar adelante el sistema de protección integral de derechos.

Este órgano administrativo, al detectar una situación de vulnerabilidad de derechos de niños y adolescentes, debe intervenir para su restablecimiento. Este abordaje a veces recorre el camino descripto en la ley que culmina en la adopción de la persona menor de edad. Pero otras veces la realidad supera las previsiones legales, y el discurrir de la vida no puede ser encuadrado en una norma jurídica. En estos casos se impone la necesidad de reflexionar y la ser creativos en dar respuestas jurídicas humanizadas y adecuadas a las necesidades de los sujetos involucrados.

---

94 En la normativa de la República Argentina la adolescencia es esta franja etaria entre los 13 y los 17 años, y en este trabajo usaremos el término “adolescentes” en este sentido.

Bajo esta mirada crítica reflexiva, entendemos que *"negarse a la adopción como alternativa para garantizar el derecho a la convivencia familiar hace al respeto al proyecto de vida y en estos casos corresponde apoyar al adolescente para elaborar su egreso planificado del sistema de protección integral"*.

II. DESARROLLO

a) La Convención de los Derechos del Niño y su recepción en las leyes nacionales y provinciales

La Convención sobre los Derechos del Niño[95] fue aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre del año 1989 y por el Senado de la República Argentina mediante Ley N° 23489 el día 27 de septiembre de 1990. En la reforma constitucional de 1994 fue elevada, junto con otros tratados de derechos humanos, al rango constitucional mediante su incorporación en el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna. De manera que en nuestro país la Convención, forma parte integrante de la Constitución y gozan de la misma jerarquía que la Ley Suprema, como si se tratara de una pirámide con cúspide bifronte. Constitución y Convenciones de Derechos Humanos con jerarquía constitucional forman el bloque constitucional – convencional, que irradia sus principios a todas las normas inferiores, que deben conformarse a éstas so pena de inconstitucionalidad.

Por ello desde 1994 hasta el año 2015 la labor de los operadores jurídicos argentinos fue especialmente ardua en el intento de conciliar[96] los derechos y principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño con la legislación inferior engendrada bajo viejos conceptos de niñez.

La CDN instauró el paradigma de la protección integral de derechos, reconociendo la calidad de sujeto de derechos a las personas menores de edad, consagrando un cúmulo de derechos específicos a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes y revalorizando las políticas públicas como estadio primigenio y más apto para el tratamiento de los problemas relacionados con la niñez y la familia. Este modelo, era opuesto a la concepción de las normas por entonces vigentes en la República Argentina: el Código Civil redactado en 1869 por Vélez Sarsfield y la Ley de Patronato N°10903 que databa del año 1919.

El mencionado código definió a las personas menores de edad, como sujetos **incapaces** de hecho[97], sujetos a la representación de sus padres y tutores. Mientras que la ley referida los consideró **objetos de protección,** facultando a jueces y miembros del Ministerio Público de Menores a

---

95 En adelante nos referiremos a la misma con la siguiente abreviatura: CDN

96 Pues la inconstitucionalidad era el remedio último cuando la conciliación no era posible, por la gravedad que el instituto significa para el sistema de derecho.

97 La incapacidad de ejercicio era absoluta en el caso de menores impúberes (menores de 14 años de edad) y relativa en el caso de menores adultos (mayores de 14 años de edad).

disponer de niños infractores de la ley penal, abandonados y en peligro, poniéndolos en hogares sin las garantías del debido proceso.

Recién en el año 2005 se derogó la Ley de Patronato en nuestro país, y se sancionó una norma conteste con el paradigma de la Convención: la Ley Nacional N°26061 de Protección Integral de Derechos. En ella se recogen las concepciones, principios y derechos internacionales en materia de niñez, ampliándoselos. La ley regula también el funcionamiento del sistema de protección integral[98]: para ello crea el órgano administrativo de protección con facultades para tomar medidas ordinarias (de asistencia familiar) y extraordinarias (de separación del niño de su familia) sujetándose al procedimiento previsto en la norma.

Hacia el año 2015 con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, se derogó el régimen de la incapacidad de los menores de edad. El principio general en nuestro país es ahora el reconocimiento de la capacidad para el ejercicio personal de los derechos. De manera que las personas menores de edad son capaces de ejercicio y la incapacidad de obrar es excepcional, cuando no cuenten con el grado de madurez suficiente para el acto en cuestión.

El nuevo código de fondo finalmente se ajusta al sistema de la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes ya previsto en el art. 5 y concordantes de la CDN y 3 inc. d de la Ley N° 26061. Está específicamente consagrada en el párrafo segundo del art. 26 del CCC, y de allí se irradia e influye otros institutos regulados por el código como la responsabilidad parental, la tutela, la adopción y los principios procesales del proceso de familia.

Propio del federalismo adoptado por Argentina como forma de estado, las provincias tienen autonomía para darse sus propias autoridades, instituciones y normas siempre que se adecuen a los principios y garantías consagrados en normas de jerarquía superior[99]. Así es que la Provincia del Chaco dictó en el año 2012 la Ley Nª 7162 que aborda el sistema local de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Esta norma pone en cabeza de la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia la ejecución del sistema. En tanto órgano administrativo apropiado, le corresponde llevar adelante las políticas públicas adecuadas para garantizar a los ciudadanos menores de edad de nuestra provincia el pleno goce de sus derechos. La ley provincial replica el sistema de medidas ordinarias y excepcionales regulado en la Ley Nacional, y es orgullosamente receptiva de los derechos y garantías sentados en dicha norma y en la CDN.

---

98 Sucintamente se puede afirmar que consiste en un conjunto de garantías y procedimientos destinados al ejercicio de la mayor cantidad de derechos posibles por parte de los niños, niñas y adolescentes, en todos los ámbitos en que se desarrollen, que deben serles garantizados por la familia, la comunidad y el Estado, en ese orden.

99 Este principio conocido como "supremacía del bloque constitucional – convencional" surge del art. 31 de nuestra Constitución Nacional.

b) Relación entre el sistema de protección integral y la adopción.

Del punto desarrollado anteriormente puede advertirse entonces que el sistema de protección integral se rige por una ley especial. Mientras que el procedimiento de adopción está regulado en el código de fondo. Pero se relacionan de tal manera, que la adopción puede llegar a ser la consecuencia más extrema del sistema de protección integral.

En efecto, cuando un NNA se encuentra en situación de vulnerabilidad de derechos, el órgano administrativo de protección debe intervenir a través de políticas públicas generales o específicas. Tal es el caso de las medidas ordinarias de protección, que son aquellas medidas de acción positivas tendientes a lograr el fortalecimiento familiar, brindando la asistencia apropiada a los progenitores o demás adultos responsables del cuidado de las personas menores de edad miembros de la familia. Compatibilizando entonces el derecho a la convivencia familiar con la protección especial.

Pero existen otros casos en los que el interés superior del niño exige que no permanezcan en el medio familiar. Ante estos supuestos el órgano administrativo es el encargado de decidir respecto de la necesidad de separación del NNA de su familia, valiéndose de criterios de oportunidad, mérito y conveniencia. El procedimiento legal para la toma de esas decisiones está determinado en las normativas provinciales -en tanto competencia no delegada al gobierno nacional- , las que deben respetar las garantías del debido proceso. En Chaco la Ley 7162[100] establece que las medidas excepcionales tienen un plazo máximo de 90 días y son prorrogables por única vez por idéntico período máximo[101].

Tanto la disposición que adopta la medida excepcional como la prórroga, están sujetas al control judicial de legalidad, que se lleva a cabo en un procedimiento especialmente previsto para ello que tiene por finalidad comprobar: a) El agotamiento de las medidas de protección ordinarias sin resultado positivo, o bien, que la gravedad o urgencia del caso justifique el dictado de la medida excepcional, b) La proporcionalidad de la medida adoptada en el caso concreto; c) La idoneidad de la medida adoptada frente a la situación concreta[102].

Pero ¿qué sucede cuando ha transcurrido el plazo máximo de 180 de días de institucionalización? Cumplidos todos los plazos legales, sin que la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia haya resuelto las causas que motivaron la medida excepcional de alojamiento en una institución del

---

100 Es importante resaltar que se puede acceder a la normativa nacional y también links hacia los sitios de las legislaturas provinciales, a través de la página web de InfoLEG: www.infoleg.gob.ar que contiene información fiable y actualizada legislativa y documental de la República Argentina.

101 Confrontar art. 31 de la ley 7162 del Chaco.

102 Ver art. 49 Ley 7162.

Estado, el juzgado deberá definir la situación jurídica del NNA. Para ello el Juez de Familia debe considerar la propuesta efectuada por el órgano administrativo, requiriendo informes y por supuesto garantizando la escucha de la persona menor de edad y demás partes interesadas[103]. Es aquí donde el sistema de protección integral ***puede*** ensamblarse con la institución de la adopción. En este "ensamble" se produce el entrecruzamiento de derechos objeto de análisis en esta ponencia.

c) Derecho a la Convivencia Familiar

En Argentina, el derecho a convivir en familia está consagrado en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional: artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, art. 23 y 24 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y arts. 5, 9, 10, 11, 18, 20 y 21 de la Convención sobre los derechos del niño, y sexto párrafo de su Preámbulo. Como así también en el ámbito nacional a través de la ley 26061 y su Decreto Nº415/2006. Y en el orden de la provincia del Chaco, en la Constitución local (artículo 35), y ley Nº7162.

Comprende el derecho conocer a los padres, ser criado por ellos, y a no ser separado de la familia de origen por cuestiones económicas. Entonces es acertado concluir que el derecho a la convivencia familiar se satisface en principio en la familia biológica. Por ello la familia merece protección adecuada, en tanto grupo fundamental de la sociedad, cédula de la misma. De ahí el reconocimiento del derecho a la asistencia a los progenitores, para permitirles cumplir adecuadamente sus funciones de cuidado y protección.

Pero como ningún derecho es absoluto, la convivencia y la intimidad familiar tampoco lo son. Si se detectan causas que impiden el desarrollo adecuado del niño en el seno de su familia de origen, el Estado tiene la responsabilidad de disponer programas aptos para su superación. Si fracasan estas medidas tendientes al fortalecimiento familiar, el derecho a la vida familiar subsiste y la adopción aparece como un instituto adecuado para dotar al NNA de un núcleo familiar idóneo para su desarrollo. Pues es la familia – biológica o adoptiva - el ámbito primordial donde los NNA satisfacen más acabadamente sus derechos.

En este sentido el Código Civil y Comercial Argentino ha previsto que cuando se venza el plazo máximo de 180 días de la medida excepcional, sin que se hayan podido revertir las causas que

---

[103] El seguimiento judicial de la medida excepcional y la eventual necesidad de definición de la situación jurídica de la persona menor de edad se abordan en el art. 52 de la Ley 7162.

motivaron la separación del NNA de su familia de origen o ampliada, puede ser resuelta su situación de adoptabilidad[104].

La declaración de adoptabilidad es un procedimiento en el que se dilucida si se han agotado todas las medidas posibles para garantizar la convivencia familiar biológica, si es conveniente la permanencia o insistencia en esa familia. Es que el trabajo de fortalecimiento familiar no debiera extenderse sine die, pues ello colisiona con el derecho del niño a no permanecer alojado más tiempo que el estrictamente necesario.

El procedimiento de declaración de adoptabilidad está previsto resolverse en 90 días como máximo, como manifestación de las intenciones del legislador argentino para cumplir con las exigencias de asumir diligencia y celeridad excepcionales para resolver cuestiones que involucran a personas menores de edad, señalamiento que fue efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al condenar a nuestro país en los Casos Fornerón y Furlan[105].

La adoptabilidad establece el desamparo en sentido jurídico en un proceso que se dilucida conforme las reglas del debido proceso y le da participación a todos los sujetos intervinientes: el niño, niña o adolescente, sus padres u otros representantes legales, el órgano administrativo de protección y el Ministerio Público. Incluso se escuchará a parientes y otros referentes afectivos, pues la adoptabilidad puede no ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste[106].

En la misma sentencia que declara la adoptabilidad se comienza la búsqueda de familia adoptiva, mandando a pedir al Registro Centralizado de Adoptantes legajos de aspirantes inscriptos acordes a las necesidades y perfiles del niño. Es que en la adopción el centro gravitacional del esta institución jurídica es la persona menor de edad, y se erige como un medio jurídico para dotar de una familia idónea a un niño o adolescente declarado en situación de adoptabilidad, y así garantizar su derecho a la convivencia familiar. Y no a la inversa: no es pues, un medio de provisión

---

104 Los supuestos que habilitan a la declaración de adoptabilidad son abordados por el art. 607 del Código de fondo. Analizamos aquí el supuesto previsto en el inc. c).

105 Ambos disponibles en el portal web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr/

106 El solo hecho de que algún familiar se interese por asumir el cuidado del niño es insuficiente para paralizar el procedimiento de declaración de adoptabilidad, pues lo relevante es analizar si constituye o no un recurso hábil, el interés superior del niño hace que no se deba admitir como tal. Quedará además la posibilidad de declarar la adoptabilidad y posterior adopción, manteniendo el vínculo de parentesco. Toda vez que los nuevos tipos adoptivos regulados en el Código Civil y Comercial permitirán flexibilizar los efectos de los efectos del instituto cuando ello sea al mejor interés del menor de edad involucrado.

de niños a familias que carecen de descendencia. De ahí el carácter social y el interés público en el instituto.

El ensamble jurídico entre el sistema de protección y el instituto de la adopción parece ideal: fracasado el sistema de protección, el derecho a la convivencia familiar se garantiza a través de la adopción, la tutela o la guarda a un pariente. Pero no siempre sucederá así. Quienes somos parte del sistema de protección y del judicial, sabemos que no todo niño declarado en situación de adoptabilidad encuentra familia adoptiva. A veces porque el vínculo que se pretende construir en la guarda preadoptiva se frustra. Otras veces el sistema falla mucho antes: en la búsqueda de aspirantes a guarda con fines de adopción que sean acordes a las características y necesidades del NNA. Cosa que sucede muy a menudo cuando los niños en situación de adoptabilidad superan la primera infancia, se trata de grupos de hermanos o padecen alguna discapacidad. A lo que debemos agregar, cuando el menor de edad se niega a ser adoptado o no presta su consentimiento expreso.

Por lo general, la posibilidad de ser ahijado en una familia adoptiva es inversamente proporcional a la edad de la persona menor de edad involucrada. En Chaco solo el 11 % de inscriptos en el Registro Centralizados de Adoptantes de la Provincia busca ahijar niños mayores de 7 años.[107] Asimismo conforme la nómina mensual de inscripción al mes de agosto del año en curso solo 4 aspirantes (de un total de 102) acepta hasta 10 años de edad. No existiendo ningún inscripto para chicos mayores de 10. Mientras que, conforme información suministrada por la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia existen en la actualidad 23 chicos alojados en Hogares de la capital de nuestra provincia, que son mayores de 10 años, y que fueron declarados en adoptabilidad108, además de los numerosos casos adolescentes que han manifestado que no desean incorporarse a una familia distinta a la biológica y que permanecen institucionalizados.

b) Derecho a ser oído.

El derecho a ser oído fue incorporado explícitamente al derecho argentino a través de la Convención sobre los Derechos del Niño que lo consagra en el art. 12. Debe ser interpretado como una garantía al debido proceso, adecuada a su capacidad evolutiva.

---

107 Los datos referidos son reales, fueron proporcionados por el Registro Centralizado de Adoptantes de la Provincia del Chaco actualizados al día 28 de septiembre del año 2016, estadística que fue confeccionada con la mayor predisposición por sus autoridades para cumplir con las expectativas de este trabajo y a quienes hacemos público agradecimiento de la colaboración prestada. El análisis completo de los datos se encuentra disponible para el lector en los Anexos de este trabajo.

108 Agradecemos a la abogada de la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia sede metropolitana, que nos brindó la información.

En sentido amplio nos referimos a la Participación del niño y del adolescente, la que en un proceso judicial puede abarcar dos aspectos: la posibilidad de opinar sobre las cuestiones que le interesan, a que las mismas sean tenidas en cuenta, y la posibilidad de ejercer su defensa técnica.

La Observación General Nº12 del Comité de los Derechos del Niño efectúa el análisis exhaustivo de este derecho al que propone denominarlo "derecho a ser escuchado". Interpreta que su ejercicio no puede ser válidamente limitado a ciertas edades; ser oído no es para el niño una obligación sino una facultad, la capacidad del niño y adolescente para formarse una opinión propia debe presumirse; es una garantía de procedimiento abarcativa de todos los ámbitos que lo involucren (familiar, escolar, sanitario, judicial, administrativo, etc.); para ejercer adecuadamente este derecho el NNA debe ser informado sobre la existencia del mismo y cómo puede ejercerlo; también debe explicarse al menor de edad cómo han influido sus manifestaciones en la resolución de la cuestión.

El derecho a ser oído también tiene consagración en la normativa nacional, a través del art. 24 de la Ley Nº 26061. Incluso el Código Civil y Comercial de la Nación lo recepta de manera general al regular los principios procesales que inspiran el proceso de familia[109] y de manera particular al regular cuestiones relativas a la capacidad de las personas menores de edad, la responsabilidad parental, la tutela, las restricciones a la capacidad por cuestiones de salud mental e inclusive la adopción.

La relevancia de la opinión de la persona menor de edad tiene trascendencia jurídica tal que el Código de fondo ha previsto que el niño, niña o adolescente mayor de diez años de edad debe ***consentir en forma expresa*** su adopción[110]. Este supuesto se refiere específicamente al rechazo o aceptación de la pretensión adoptiva planteada en el expediente de adopción. Estos casos implicarían que se ha frustrado la construcción del vínculo pretendido por la guarda preadoptiva, habilitando a la persona menor de edad que ha alcanzado la edad prevista a oponerse a la construcción del vínculo con el/los adoptante/s implicado/s, lo que habilitaría una nueva búsqueda de aspirantes inscriptos y un nuevo intento de guarda preadoptiva.

---

[109] El derecho a ser oídos y a la participación está consagrado en el art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

[110] "**Art. 617 del Código Civil y Comercial de la Nación:** Reglas del procedimiento. Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas:

a) son parte los pretensos adoptantes y el pretenso adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada;

b) el juez debe oír personalmente al pretenso adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez;

c) debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo;

d) el pretenso adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso;

e) las audiencias son privadas y el expediente, reservado."

Sin embargo, en la praxis diaria hemos registrado casos en los que la persona menor de edad no quiere incorporarse en una familia adoptiva. En Argentina no existe previsión legal alguna sobre qué debemos hacer los operadores del sistema cuando ello sucede. El vacío legal también desconcierta en cuanto a qué hacer cuando pese a querer ser ahijado en una familia adoptiva, no se encuentran persona/s alguna/s dispuesta/s a asumir su cuidado (por ejemplo por haber ingresado al sistema de protección integral de derechos y ser declarados en adoptabilidad transcurriendo su adolescencia, superando ampliamente su edad la expectativa adoptiva de los inscriptos en los Registros). En este último caso, comprendiendo el carácter instrumental de la inscripción en los Registros de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción se realizan convocatorias públicas para incluir en las evaluaciones a personas que sin estar inscriptas manifiesten su deseo e idoneidad para ahijar a un NNNA en situación de adoptabilidad. No siempre se obtienen los resultados esperados. Es en estos casos donde entra en juego el análisis del derecho referido a continuación.

c) Derecho al respeto al proyecto de vida autónomo.

El derecho al proyecto de vida autónomo es manifestación del derecho a la autodeterminación también llamada capacidad progresiva, que fue introducida también en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es que en la lógica de la Convención el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas menores de edad no sería más que una proclamación vacía si no se les reconoce además el ejercicio personal de sus derechos. El respeto de la personalidad de los NNA supone fomentar su participación activa en su propio proceso formativo. La niñez y la adolescencia son etapas biológicas llamadas a terminar con la adultez, que trae consigo el reconocimiento de la plena capacidad jurídica. A ser adultos en sentido jurídico se llega con el cumplimiento de la mayoría de edad: en Argentina a los 18 años de edad[111]. Pero en los hechos convertirse en adulto es un proceso que se desarrolla durante toda la niñez y la adolescencia, período durante los cuales se aprehende de a poco a ser responsables de uno mismo. Los niños, niñas y adolescentes no pueden ser válidamente abstraídos de las cuestiones relativas a su propia vida, deben ser protagonistas.[112] De manera que en tanto portadores de dignidad y libertad ínsitas

---

111 "Art**. 25 del Código Civil y Comercial**: Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años". Aunque ya la Ley 26579 del año 2009 había reducido la edad en la que se alcanzaba la mayoría de edad de 21 en el Código Velezano, a 18 años.

112 Un ejemplo de protagonismo del NNA en su propia vida que tiene previsión normativa en nuestro sistema jurídico es el derecho a la identidad de género, regulado en la Ley N° 26.743, la cual pretendió entre otras cuestiones la des-heteronomía para que la rectificación registral del sexo dependa únicamente de autopercepción de la identidad, sin necesidad de autorización judicial. En el caso de que se trate de niñas, niños y adolescentes, el reconocimiento de los derechos consagrados en la norma, no está sujeto a condicionamientos de edad. Al respecto la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) ha elaborado una opinión técnica que indica cómo la identidad autopercibida de los niños se manifiesta desde muy temprana edad: aproximadamente a los 2 años. Por lo que corresponderá a los padres, acompañar el proceso de sus hijos, siendo sus voceros, sin posiblidad válida de oponerse, a lo que la persona menor de edad autopercibe de sí misma.

del ser humano, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a forjar proyectos de vida acordes a su personalidad y en pos de su realización personal.

Sumado a ello, no debe perderse de vista que el paradigma de la protección integral de derechos instaurado por la CDN estableció un sistema de responsabilidades a cargo de la familia, la comunidad y el Estado (en ese orden). Por tanto, los derecho a crecer, a capacitarse, a ganar autonomía y finalmente autovalerse, son también derechos que la persona menor de edad puede hacer valer frente a esa tríada de obligados.

Sin embargo, en Argentina, no existe ni en el Código Civil y Comercial de la Nación como tampoco en las Leyes de Protección Integral de Derechos, propuestas de trabajo para garantizar a los NNA el goce de su derecho a la autodeterminación en el proyecto de vida cuando encontrándose en condiciones de ser declarados en adoptabilidad, no desean incluirse en una familia adoptiva. La omisión no es menor, pes si bien el derecho a la convivencia familiar es importante, no es el único derecho que se deba tener en cuenta. Es aquí donde nuestra hipótesis elaborada al comienzo de este trabajo entra en juego: *"negarse a ser incluido en una familia adoptiva como alternativa para garantizar a una persona menor de edad en situación de adoptabilidad el derecho a la convivencia familiar hace al respeto al proyecto de vida y en estos casos corresponde apoyar al adolescente para elaborar su egreso planificado del sistema de protección integral"*.

Apoyar el proyecto de vida autónomo del adolescente se encontraría dentro de las medidas de acción positivas reconocidas en el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 75 inc. 23 de la Constitución de la Nación Argentina y art. 29 de la Ley Nacional N°26061. Es que cuando un Estado reconoce derechos, no solo debe abstenerse de interferir u obstaculizarlos (obligación negativa) sino que está obligado a adoptar medidas de promoción apropiadas para garantizar el goce efectivo de los derechos (obligación positiva).

Las medidas de acción positivas tienden justamente a sopesar la desigualdad de oportunidades, de manera que es razonable sostener que el NNA en situación de acogimiento en instituciones del Estado tiene derecho a acceder a iguales oportunidades que aquellos que crecen en el seno de una familia, donde se preparan para la vida adulta.

En esta instancia es necesario hacer una salvedad. No creemos que lo mejor para los niños y adolescentes sea crecer en un Hogar del Estado. El derecho a la convivencia familiar sigue siendo primordial. Pero ¿qué objeto tendría imponer este camino de manera apriorística como si fuera apropiado a todos por igual?. Una guarda preadoptiva otorgada en contra de su opinión estaría condenada al fracaso, y supondría el retorno al patronato, donde el juez disponía de las personas

menores de edad como si fueran objetos de protección, violando así el principio de progresividad en el reconocimiento y goce de los derechos humanos de los NNA.

Abonando esta cuestión la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño establece que el interés superior del niño se establece en consulta con éste. Entonces, más allá de que la persona menor de edad haya alcanzado o no la edad legal para consentir su propia adopción (en Argentina: 10 años de edad), entendemos que no se puede llegar a una guarda preadoptiva hasta contar con su opinión favorable respecto de incluirse en una familia, so pena de violar su interés superior.

Esto sin perjuicio de que, en ciertos casos, mientras se respete la posición de la persona menor de edad respecto al instituto de la adopción, también se garantice su derecho a acceder a acompañamiento terapéutico que permita desterrar miedos y prejuicios que fundamenten esa negativa, para deconstruir esa posición echando luz a los intereses y necesidades que bajo ella se esconden[113]. Tiempo durante el cual, insistimos, tendrá derecho también a desarrollar su proyecto vida.

III.- CONCLUSIONES

El sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes, originado en la CDN, se encuentra actualmente consagrado en el orden legislativo nacional argentino en la Ley 26061 y el nuevo Código Civil y Comercial; y en el ámbito de la provincia del Chaco, mediante ley 7162.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina recepta el principio de la capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes, que influye directamente en el instituto de la adopción.

Asimismo la adopción se relaciona con el Sistema de Protección Integral de Derechos de las personas menores de edad, puesto que una vez vencidos los plazos legales para que el niño o adolescente, que fue apartado de su familia, regrese a la misma, sin que esto sea posible; corresponde definir su situación jurídica a través de la declaración de adoptabilidad del mismo.

El derecho del niño/adolescente a la convivencia familiar es uno de los tantos derechos humanos de que son titulares las personas menores de edad, y en caso de que ello no sea posible, sólo sobre la base de la escucha de su opinión, y tratándose de adolescentes, contando con su consentimiento expreso, puede avanzarse hacia su adopción.

---

[113] Nos valemos aquí de nociones aprendidas en la Teoría la Negociación de Harvard, donde la posición es lo que decimos querer y se distingue tanto de lo que deseamos (el interés) como de lo que verdaderamente necesitamos (necesidad insatisfecha).

Las estadísticas del Registro de Adoptantes del Chaco revelan que los adolescentes con declaración de adoptabilidad no tienen posibilidades de incorporarse a familias adoptivas, por falta de adoptantes inscriptos a tal fin, y que existen en la provincia numerosos casos de adolescentes declarados en adoptabilidad.

Ante tal tensión de derechos (a vivir en familia y a expresar la opinión del adolescente de no querer ser adoptado), como así también de las casi nulas posibilidades de encontrar adoptantes (ya sea inscriptos o por convocatoria pública del Registro); cobra fundamental importancia el respeto al proyecto de vida autónomo del adolescente.
Entendemos que "negarse el adolescente a su adopción como alternativa para garantizar su derecho a la convivencia familiar, hace al respeto a su proyecto de vida, y en estos casos corresponde apoyarlo para elaborar su egreso planificado del sistema de protección integral".

Existe un vacío legal en relación a la regulación del derecho al proyecto de vida autónomo, en virtud de lo cual proponemos que se trabaje arduamente a nivel provincial, y a través de los tres poderes del Estado, en su desarrollo e implementación. Correspondiéndole al Poder Legislativo: sancionar la norma adecuada, al Ejecutivo: asignar de modo efectivo recursos para la implementación de políticas públicas destinadas a promover la real autonomía de cada adolescente institucionalizado, y al Poder Judicial: hacer cumplir la ley. Nuestra propuesta aspira a la mejora progresiva del sistema de protección integral de derechos en pos de una mirada garantista, inclusiva y universal de derechos humanos.

IV.- BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Libro Segundo (Relaciones de Familia). Artículos 401 a 723, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, disponible para descargar on line en http://www.saij.gob.ar/ediciones/libros/codigo-civil-y-comercial-comentado
- Comentarios a Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, dirigido por Julio César Rivera. Editorial Abeledo Perrot, 2012.
- Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias; LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo; Revista de Derecho de Familia Nro. 51, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada y Anotada; BELOF, Mary, 1ºed., La Ley, Buenos Aires, 2012.

- Derecho Constitucional de Familia; Tomo I, GIL DOMINGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa; Ediar, Bs. As., 2006.
- Información Legislativa y Documental de la República Argentina puede ser consultada on line en http://www.infoleg.gob.ar/, con acceso a las legislaturas de los gobiernos provinciales.
- Informe Anual de Actividades de Argentina para UNICEF 2015 disponible on line en https://www.unicef.org.ar/informe2015/
- Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Derecho Constitucional de Familia – Comentada, Anotada y Concordada; DOMINGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, Ediar, Bs. As., 2007
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todas disponibles on line en: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es
    - Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala del 19 de noviembre de 1999. Fondo.
    - Caso Forneron E Hija Vs. Argentina del 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.
    - Caso Furlan Y Familiares Vs. Argentina del 31 de agosto de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, disponible on line en http://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf
- Tratado de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; Tomo I; FERNANDEZ, Silvia Eugenia (directora); 1° edición, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

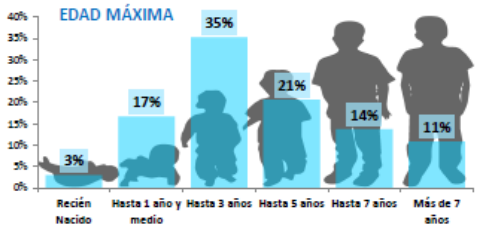
V.- ANEXO

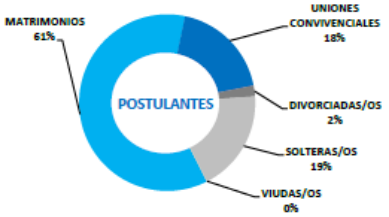
REGISTRO CENTRALIZADO DE ADOPTANTES

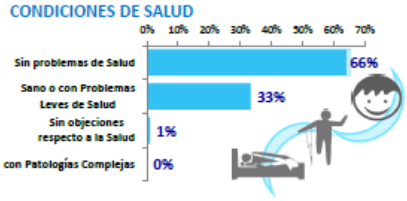
ASPIRACIONES EN LA DISPONIBILIDAD ADOPTIVA

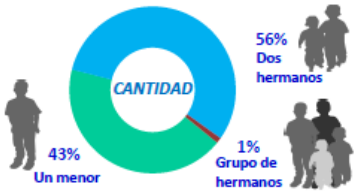
102 ASPIRANTES INSCRIPTOS

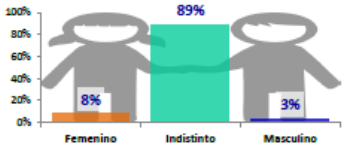
EDAD MÁXIMA	Cantidad	%
Recién Nacido	3	3%
Hasta 1 año y medio	17	17%
Hasta 3 años	36	35%
Hasta 5 años	21	21%
Hasta 7 años	14	14%
Más de 7 años	11	11%











CONDICIONES DE SALUD	Cantidad	%
Sin problemas de Salud	67	66%
Sano o con Problemas Leves de Salud	34	33%
Sin objeciones respecto a la Salud	1	1%
con Patologías Complejas	0	0%

HERMANOS	Cantidad	%
Un Menor	44	43%
2 Hermanos	57	56%
3 o más Hermanos	1	1%

SEXO	Cantidad	%
Femenino	8	8%
Indistinto	91	89%
Masculino	3	3%

Fuente: Estadísticas remitidas mensualmente a la Secretaría de Superintendencia, e información proporcionada por Funcionarios de la Sala Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia al 31/08/2016.

Ponencia 15 – Comisión 1

Título: La trata de personas en Colombia, la esclavitud moderna.

Autor/es: Paula Andrea Jiménez Teherán - Maira Alejandra Salcedo Arango - Denis Susana Hernández Ballestas

Contacto:

Estudiantes de derecho, 4to Semestre, perteneciente al semillero de investigación, "Derecho en contexto". Fundación Universitaria Colombo Internacional. Unicolombo. paulajiimenez@outlook.es, malejasalcedo23@gmail.com, denis_hdez@outlook.com

LA TRATA DE PERSONAS EN COLOMBIA, LA ESCLAVITUD MODERNA[114]

RESUMEN

La trata de personas es una problemática antigua que afecta principalmente a la mujer y niños en mayor parte. Este fenómeno constituye una de las formas de esclavitud del siglo XXI en el mundo globalizado contemporáneo, vivimos en una sociedad donde las personas quieren hacer dinero acosta del sufrimiento de otras. En Colombia la trata de personas es una problemática actual, que conoceremos a partir del desarrollo de este trabajo, analizando la vulneración de los derechos humanos e identificaremos las medidas de protección para controlar este fenómeno, establecidas por los entes gubernamentales junto con entes internacionales, que han creado tratados y leyes que protegen la vida, la libertad e integridad de las personas afectadas por esta problemática. Pero aun así estas leyes no se cumplen del todo, y cada día son más las personas abordadas por esta problemática social.

Palabras Claves: Trata de personas, entes gubernamentales, victimas, problemática social, políticas públicas.

INTRODUCCIÓN

[114] Ponencia producto de la investigación del mismo nombre, liderado por la docente Ingrid Montes Alvarino, programa de derecho de Unicolombo, integrante del grupo de investigación Derecho en Contexto. Categoría C en Colciencias. imontes@unicolombo.edu.co

Esta investigación hace referencia a la trata de persona, que se puede definir de forma oficial, como un delito atroz que afecta la dignidad humana en todas sus esferas, Según La OIM, A fines del siglo XIX, especialmente a partir de 1900, persistió el fenómeno de la trata de mujeres que se agudizó después de cada guerra mundial, siendo toda vez que con esta actividad se comercializa con seres humanos como si fueran otro de los bienes que circulan en el comercio, siendo una forma extrema de explotación, Es por esto reconocer cuales son los factores que conducen y afectan a la violación de los derechos fundamentales de las personas que son víctimas de la trata.

En la actualidad, Colombia es uno de los países latinoamericanos con mayor número de explotación tanto al interior como hacia el exterior del país. Debido a que la trata de personas en general es un atentado a la libertad y a la autonomía, hay que combatirla difundiendo el mensaje en un sentido global, para que se pueda tomar conciencia y avanzar de una buena vez, de aquellos años en los que fuimos esclavos, infortunadamente este fenómeno social ha venido aumentando. La trata es considerado el tercer delito más lucrativo del mundo, después de las armas y la droga, las cifras siguen siendo una aproximación a la realidad, pues las denuncias son escasas, porque las redes imparten miedo, aterrorizan a sus víctimas y reina la impunidad, con una alta capacidad de intimidación en proporciones alarmantes hasta considerarse una de las conductas delictivas de mayor provecho económico.

La Trata de Personas es la esclavitud del siglo XXI, aún sin usar cadenas, se amenaza a la persona, se intimida su familia y en muchas ocasiones las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran las víctimas son aprovechadas para vender falsas promesas. La finalidad que busca esta investigación es dar a conocer los derechos lesionados ante la trata de personas, específicamente en la niñez también abordando las opiniones más importantes por las organizaciones internacionales y autores expertos en el tema a nivel general, de esa manera plantear nuestra opinión al respecto, asimismo, nuestra investigación dará a conocer si existen políticas públicas que regulan la ya mencionada problemática o si Colombia está trabajando bajo medidas de protección y si realmente ellas están dando resultados.

LA TRATA DE PERSONAS, PRINCIPAL OBSTACULO AL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Este delito es un fenómeno antiguo, que solo desde las últimas décadas ha salido a la luz pública. Durante la época colonial mujeres y niñas, particularmente africanas e indígenas, eran desarraigadas de sus lugares de origen y comerciadas como mano de obra, servidumbre u objetos

sexuales. Esta problemática social comenzó a reconocerse a fines del siglo XIX e inicios del XX a través de lo que se denominó “trata de blancas”, concepto que se utilizaba para hacer referencia a la movilidad y comercio de mujeres blancas, europeas y americanas, para servir como prostitutas o concubinas generalmente en países árabes, africanos o asiáticos. (Bautista, s.f.)

Entre todos los tipos diferentes de la trata ilegal, un aspecto específico sobre la trata de personas es que no hay solamente una causa directa es muy importante reconocer los factores que afectan y conducen a la violación de los derechos fundamentales de las personas que son víctimas de la trata. Partiendo de esto podremos ir abordando los derechos de las víctimas de trata de personas directamente en el territorio colombiano ya que la explotación que aquí se maneja se encuentra dividida en varios sectores como la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la extracción de órganos, venta de personas menores de edad, matrimonio servil, son algunos de los fines que conlleva a esta problemática.

La trata de personas es un delito que lesiona los derechos humanos fundamentales, El tratante limita o elimina todos los derechos inherentes del ser humano que están consagrados en la declaración universal de derechos humanos, La víctima se convierte en un “objeto” de comercio sin libertad física o volitiva. (UNODC, 2009)

Estadísticas demuestran que entre 2007 y 2010 la mayoría de las víctimas de trata de personas que se detectaron a nivel mundial eran mujeres. Si bien la proporción exacta del total varía ligeramente de un año a otro, en el período examinado las mujeres representaron entre el 55% y el 60% del total de víctimas detectadas. Aunque las mujeres son mayoría entre las víctimas de trata a nivel mundial, su proporción con respecto al total disminuyó ligeramente en el período examinado, durante el período 2003-2006, más de dos de cada tres víctimas detectadas eran mujeres, como se señaló en el informe mundial sobre la trata de personas correspondiente a 2009 de la iniciativa mundial para luchar contra la trata de personas coordinada por la UNODC.

La trata de menores de edad -concretamente, de niñas- parece estar aumentando. De las víctimas detectadas cuya edad se conocía y se comunicó en el período 2007-2010, aproximadamente el 27% eran menores. Como comparación, en el período 2003-2006, la proporción había sido del 20%. (UNODC, 2012)

Este problema se presenta debido que en Colombia existe una alta tasa de pobreza y esta lleva como consecuencia el desempleo, desplazamiento, violencia intrafamiliar entre otras. La causa de esto es la falta de oportunidades, la migración en Colombia, por su parte (Durán, 2014) hace su crítica, diciendo que el gobierno aprueba la Estrategia Nacional de lucha contra la Trata de

Personas, según el mandato de la ley 985. Carlos Andrés Pérez, coordinador del proyecto contra trata de personas en Colombia, dice que en el país esta problemática también va en aumento, sobre todo la trata interna. Se refiere a niños, niñas y adolescentes que son reclutados con fines de explotación sexual comercial dentro del territorio nacional, desconociendo por otra parte los índices de explotación de menores por causa de las guerras civiles o militares, la estrategia nacional debería contar con indicadores.

Las causas básicas de la trata son diversas y a menudo difieren de un país a otro. En su búsqueda de una vida mejor en otra parte, las personas desfavorecidas caen a menudo en manos de delincuentes que se aprovechan de su situación y las explotan. Las dificultades económicas, los conflictos, la delincuencia y la violencia social, los desastres naturales y otros factores adversos de ese tipo ponen en una situación desesperada a millones de personas, haciéndolas vulnerables a diversas formas de explotación y esclavitud. En la sociedad, las niñas son menos valoradas que los niños y se espera de ellas que sacrifiquen su educación y asuman responsabilidades domésticas, como el cuidado de sus padres y hermanos. Esta discriminación basada en el sexo hace que las mujeres y las niñas sean desproporcionadamente vulnerables a la trata. Otros factores que facilitan la trata de personas son las fronteras permeables, los funcionarios públicos corruptos, la participación de grupos o redes de la delincuencia organizada internacional, la limitada capacidad o voluntad de los órganos de inmigración o aplicación de la ley para controlar las fronteras, la falta de una legislación adecuada, y de la voluntad y decisión políticas de aplicar la legislación o los mandatos existentes.

Una de las importantes figuras en el ámbito religioso y quizá la más importante es el papa Francisco (2013), quien al referirse al tema mencionó: “Exhorto a la comunidad internacional para que llegue a un mayor acuerdo y eficacia en la estrategia contra la trata de personas, para que en todas las partes del mundo, los hombres y las mujeres nunca sean utilizados como un medio" (Trafico y trata de personas, 2015)

Según el Departamento de Estado de Estados Unidos, unas 700.000 personas son objeto de tráfico entre fronteras internacionales cada año. La trata según el “Trafficking in Persons Report 2014” (TIP Report) es un término general que se ha empleado para referirse al acto de captar, albergar, transportar, suministrar u obtener personas para obligarlas a realizar trabajos forzosos o actos de comercio sexual mediante el uso de fuerza, fraude o coacción. Hay que añadir la demanda constante que requiere víctimas para el trabajo en condiciones de servidumbre, niños soldados y hasta donantes involuntarios de órganos.

Los órganos encargados de hacer cumplir la ley tropiezan en todas partes con difíciles obstáculos en sus esfuerzos por prevenir y controlar la trata de personas. El primero de ellos es que la trata

suele ser un delito de carácter internacional, cometido a través de fronteras y ámbitos de jurisdicción. La labor de hacer cumplir la ley puede a menudo verse entorpecida por la necesidad de realizar investigaciones o perseguir delincuentes a través de fronteras internacionales. Poner fin a la trata de personas es un problema complejo para los encargados de hacer cumplir la ley. De hecho, la trata de personas se entiende mejor si se la considera como una serie de delitos conexos en lugar de un delito único, un proceso delictivo en vez de un acto delictivo.

Durante el año 2015 según la OIM Colombia tuvo conocimiento de 55 casos de presuntas víctimas de este delito. Se relaciona a continuación la siguiente tabla con la distribución por sexo, modalidad de explotación y tipo de trata.

Tabla 1. Casos trata de personas en Colombia

SEXO			MODALIDAD			TIPO	
Total de casos 2015	Mujeres	Hombres	Explota-ción sexual	Trabajos forzados	Matrimonio servil	Trata externa	Trata interna
55	45	6	42	9	4	48	7

Fuente: Fortalecimiento de los Centros de Referenciarían y Oportunidad para el Retorno (CRORE) del MRE (2015).

Se realizaron diseño y difusión en los CRORE de material que contenía información de prevención de la trata de personas, en línea con la campaña “Ante la trata de personas, reaccionemos en cadena”. Contenidos: afiches, plegable, infografía y cartilla. La pertinencia de esta acción fue identificada conjuntamente entre el MRE y la OIM, y responde a que los CRORE se configuran como centros de referencia para personas retornadas a Colombia o personas que tienen la intención de migrar; así, la entrega de información de prevención sobre la trata de personas en los procesos de integración laboral que resulta fraudulentos o en los procesos migratorios internos o hacia otros países resultaba necesaria. (migraciones, 2015).

Ahora bien centrándonos en los niños y jóvenes, es importante conocer la labor de las entidades para resolver estos casos. Encontramos que “de acuerdo con el reporte de Trata de Personas (Junio 2005) y Según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), 2’318.378 niños y niñas trabajan y algunos de ellos son explotados. En cuanto al reclutamiento forzado de personas menores de edad, algunas fuentes como Human Rights Watch calculan que alrededor de 11.000 niños, niñas y jóvenes están en las filas de los actores armados ilegales” (Bertrand, 2006).

Pero y bien, ¿Cuáles son los mecanismos para buscar una solución? pues por su parte la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) se ha encargado de ciertos aspectos en Colombia, como el hacer actividades de educación información y prevención frente a este fenómeno, en donde mujeres que ha sufrido el conflicto armado y han sido víctimas, lideran esta iniciativa para dar información que evite más captaciones, sin embargo y como todo "en un país como Colombia, donde el subdesarrollo marca una condición de vulnerabilidad" (UNODC) podemos ver que no queda fácil enderezar muchos de los pensamientos arraigados por las diferentes situaciones que se viven en este país puesto que enseñar a un pueblo no es fácil y además de que muchos nos preguntamos de el por qué si muchas de estas personas conocen la realidad ocurrida a otras personas siguen incidiendo por desgracia en este fenómeno de la trata que constituye según las naciones unidas un crimen de lesa humanidad que se ha llevado por varios años miles y centenares de vidas humanas, lo cual es muy triste.

Pero sumándole al trabajo hecho por Colombia también encontramos los cinco acuerdos bilaterales de cooperación para la prevención e investigación; y la asistencia y protección a las víctimas mediante el marco del protocolo internacional de Palermo adoptados por el sistema de Naciones Unidas, apartes de estas leyes.

En este año 2016 el Ministerio de Relaciones Exteriores y OIM lanzó una campaña "Ante la trata de personas, no sea indiferente" y con su lema #OjoALaTrata, con ayuda de las embajadas y del internet para poder no solo informar a nacionales sino que también hagan parte extranjeros y que llegue a otros lugares del mundo. Por medio de twitter y Facebook estas entidades promueven la conciencia y el apoyo a la victimas como el derecho a la información. Esperamos que las redes sociales contribuyan tanto a concientizar de la problemática, como prevenir que la trata de personas siga siendo la esclavitud moderna.

CONCLUSIÓN

Colombia, es un país que padece los embates de este delito. La mayoría de la población colombiana es propensa a ser víctima de este delito, se calcula que más o menos 80.000 colombianos y colombianas son tratados anualmente. Las causas de vulnerabilidad son variadas como: factores económicos, factores sociales, factores culturales y factores psicológicos. Estas razones hacen vulnerable a la población y se vuelven presas fáciles de los tratantes. La inestabilidad política y económica aumenta las posibilidades de convertir un país en materia prima para la trata de personas. Por tanto, facilita la labor de los tratantes, que mediante engaño prometen un futuro mejor fuera de las fronteras de las víctimas, ofreciendo mejores salarios, mejores condiciones laborales y mejor calidad de vida. Las condiciones precarias de vida desestabilizan y desplazan a grupos importantes, ante la perspectiva de una vida mejor.

POR ELLO PROPONEMOS:

1.- Una reforma legislativa de carácter tanto sustantivo como de procedimiento, para que la trata de personas y los delitos conexos sean considerados delitos graves

2.- Que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley estén debidamente facultadas para realizar eficazmente investigaciones y enjuiciamientos a nivel nacional y facilitar la cooperación internacional en las esferas judiciales y de aplicación de la ley.

REFERENCIAS

- Bautista B. A. (s.f.). *La trata de personas.* Recuperado de:
- http://www.feminamericas.net/ES/tematicas/PRES-AllietBautista-traite-e.pdf

- Bernal, M., Casallas, A., Jaramillo., Meertens, D., Munévar, N., Ruiz, F., Tobón, A., Torres., Wilches, I., (2009). *Estudio Nacional Exploratorio Descriptivo sobre el Fenómeno de Trata de Personas en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/frontpage/Investigacion_Trata_CO1.pdf

- Cárdena, .L., González., Forero., Forero., j, (2008), *Manual para la representación jurídica de los intereses de las víctimas de trata de personas en Colombia*. Recuperado de:
- https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Manual_Juridico_Victimas_Trata_final1.pdf

- Colsubsidio, (s.f). Colombia, *Gobierno nacional anuncia medidas para combatir desempleo e informalidad*. Recuperado de: http://colsubsidio.gestionhumana.com/BancoConocimiento/N/notaeventonobel3/notaeventonobel3.asp

- Departamento de Estado, USA, (2009) *La trata de personas en Colombia: la esclavitud moderna.* Recuperado de: http://espaciosdemujer.org/attachments/article/8/colombia/La%20Trata%20en%20Colombia.pdf
- Díaz, A. (s.f.) La efectividad de las medidas de protección frente a la violencia familiar, *Revista electrónica del trabajador judicial*. Recuperado de: https://trabajadorjudicial.wordpress.com/la-efectividad-de-las-medidas-de-proteccion-frente-a-la-violencia-familiar/

- Migraciones, O. I. (2015). *Lucha contra la trata de personas*. Recuperado de:
- http://www.oim.org.co/programas/contra-la-trata-de-personas/la-trata-de-personas-hechos-y-cifras.html

- Trafico y trata de personas. (28 de julio de 2015). *El Universal*. Recuperado de
- http://www.eluniversal.com/noticias/opinion/trafico-trata-personas_23161

- UNODC. (2012). *Informe mundial sobre la trata de personas.* Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Executive_Summary_Spanish.pdf

Ponencia 16– Comisión 1

Título: Participación juvenil: Todo un reto.

Autor/es: Maryenni Contreras Mulford - Sofía Herrera Cáceres - Ingrid Montes Alvarino

Contacto:

Estudiantes de Cuarto Semestre de derecho, perteneciente al semillero de investigación, "Derecho en contexto". Fundación Universitaria Colombo Internacional. Unicolombo.maryij31@gmail.com,herrera.sofia.1998@gmail.com, Ingrid Montes Alvarino, docente investigadora en la misma institución.

PARTICIPACIÓN JUVENIL: TODO UN RETO.[115]

RESUMEN

La situación de los jóvenes en condiciones de vulnerabilidad en la ciudad de Cartagena, se torna preocupante, toda vez que, se ha incrementado la conformación de pandillas en barrios pobres de la ciudad, y con ello problemas de drogadicción, deserción escolar, y aumento de delitos, entre otros. Con ellos, en estos mismos barrios, se encuentran jóvenes líderes, que desean la transformación de sus comunidades, que luchan por su participación en las instancias públicas, y desean mayor visibilización de la juventud y sus comunidades. A nivel nacional se expidió una ley estatutaria que brinda a la juventud de Colombia herramientas que impulsan su participación, en torno a la construcción de planes y programas que beneficien a la población joven. Desde esta perspectiva resulta relevante estudiar las condiciones de estos jóvenes en Cartagena, si tienen conocimiento de la ley que los cobija, y las formas de su participación, mediante herramientas de corte cualitativo como la investigación acción participativa, con la intención de compartir experiencias de primera mano, sobre las dinámicas y realidades de su participación juvenil.

Palabras Clave: Participación ciudadana, cultura ciudadana, ley estatutaria, jóvenes, juventud, Liderazgo responsable.

INTRODUCCIÓN

[115]Ponenciaproducto de la investigación titulada: Participación y cultura ciudadana de los jóvenes de la Unidad Comunera de Gobierno 5 de la Localidad No. 2 de la Virgen y Turística de Cartagena, liderados por las docentes Ximena Espinosa Torres e Ingrid Montes Alvarino docentes del programa de Derecho de Unicolombo, integrantes del grupo de investigación Derecho en Contexto. Categoría C en Colciencias.xespinosa@unicolombo.edu.co, imontes@unicolombo.edu.co

Se comparten las experiencias compartidas con los jóvenes líderes que integran las plataformas distritales de juventudes de la ciudad de Cartagena, dentro del marco de la investigación que se encuentra en curso, y que ha permitido conocer a los jóvenes que habitan en la zona de influencia o cercana a Unicolombo sector Cuatro Vientos en la ciudad de Cartagena.

Con la expedición y desarrollo de la ley Estatutaria 1622 de 2013 se le han permitido nuevos espacios a los jóvenes, que hoy reclaman a los entes gubernamentales, como es analizado en esta ponencia, inicialmente desde un aporte teórico de la noción de la participación juvenil y ciudadana, y posteriormente desde las experiencias del grupo de investigación con los jóvenes, en reuniones, grupos focales, foros y eventos realizados de manera conjunta.

Mediante las herramientas de la investigación acción participativa, estamos construyendo conjuntamente espacios de encuentros sobre la participación y cultura ciudadana de los jóvenes en sus barrios en la ciudad de Cartagena, pero también del papel de los entes del distrito encargados de apoyar el tema de la juventud en Cartagena.

DESAFIOS DE LA PARTICIPACIÓN JUVENIL

Frente a la participación juvenil Hopenhayn (2004) nos plantea que “el papel desempeñado por los consumos culturales como eje de identidad y de participación, los conflictos relacionados con sus opciones de inclusión social, así como formas más informales y cambiantes de organización entre jóvenes, plantean hoy los desafíos principales a programas públicos que buscan promover la participación juvenil.”(p.1)

Precisamente estos cambios no son inclusivos, y por ello pueden conducir a los jóvenes a dinámicas fuera del marco legal tan ascendentes y complejas en sí mismas, que desbordan las políticas gubernamentales.

Al respecto, Castellanos & Franco, (s.f.) enfatizan: “De la multiplicidad de interacciones subjetivas, de esos intercambios, de esos encuentros y desencuentros, de los fenómenos de discriminación, desigualdad y exclusión social que se viven diariamente, y de la que se nutre la existencia del individuo como ser único y como miembro de un grupo o grupos, es que surgen la cantidad de conflictos que día a día asfixian a las sociedades. Todos esos comportamientos se producen en un espacio social, con una significación simbólica de acciones y repercusiones de cualquier índole, que en él se viven,” (p. 1.)

Los jóvenes de la ciudad de Cartagena denominados en situación de riesgo o jóvenes en riesgo, se encuentran en espacios sociales y culturales multiproblémicos con un actuar violento que produce tensiones y contradicciones entre los jóvenes y las figuras de autoridad, ello debe ser considerado en las acciones de políticas públicas dirigidas a la juventud. Además, “si bien hoy la juventud ostenta una fuerte desconfianza respecto de la oferta política, por otro lado, muestra mayor

disposición a participar en acciones o programas cuyos resultados son menos diferidos al futuro, más palpables y más directamente relacionados con el tipo de problemas y aspiraciones que tienen como jóvenes."(Hopenhayn, 2004, p. 20)

Poco a poco los jóvenes en situación de riesgo, mediante equipos interdisciplinarios y con diversas estrategias se acoge a las políticas gubernamentales, y participa en espacios en los que no tenian oportunidades de acceso, es así como puede ir entendiendo y reconstruyendo su realidad, y en últimas, un reconocimiento social que demanda dia a día mayor apoyo gubernamental.

Vale la pena resaltar algunos de estos rasgos por sus implicaciones en relación a la participación juvenil y los desafíos que hoy le plantean a las políticas públicas, en estos contextos extremos, donde la pobreza toma fuerza desesperanzadora.

Como lo afirma (Hopenhayn, 2004) "Esto coloca a los jóvenes como portadores del cambio, con mayor autonomía moral que los niños, pero sin la autonomía material de los adultos, y como un grupo etario con funciones sociales y patrones culturales específicos. Recién entonces, puede decirse, nace la juventud como sujeto en la sociedad, como objeto de políticas y como tema crítico de estudio."(p. 3)

El mundo de los jóvenes para los adultos se torna entre la inmadurez y la falta de experiencias, no obstante, en el contexto actual mediado por el internet y las redes sociales, muchos jóvenes han promovido procesos políticos, sociales y culturales. Este mundo lo describen Castellanos & Franco (s.f.) en el siguiente sentido:

> Es en ese mundo juvenil que para muchos es oscuro, desconcertante, trivial o extravagante, que, desde un reconocimiento interno de sus condiciones sociales, políticas y económicas, no muy favorables, se convierte en un actor potencial del cambio, actor cada vez más político y no politizado; esto no sucede desde la pertenencia a un partido político, o desde los consejos locales, o desde su participación en las elecciones. Es desde su ser y hacer en el mundo, desde reconocer a otro como un igual porque difiere y contradice, es desde el cuerpo como parte de la expresión simbólica, es desde lo local como una base para pensar lo global, es desde el teatro, la música, diferentes expresiones transformadas y mostradas desde el arte y desde hechos reales.(p.10.)

En este mundo, y en esta ciudad se encuentran jóvenes que han forjado desde la nada proyectos sociales colectivos, que van adquiriendo poco a poco trascendencia y reconocimiento, ellos con lucha, seriedad, responsabilidad y mucho compromiso se convierten en lideres silenciosos, humildes, muy comprometidos con sus comunidades que gestionan intereses comunes, con el solo pago de la satisfacción personal.

Estos procesos participativos “se pueden encontrar desde dos esferas. La primera es la esfera de la acción colectiva, en la cual por medio de organizaciones sociales se canalizan procesos de demandas, exigencias reforzadas por la acción conjunta de sujetos en búsqueda de reconocimiento de derechos y control social de las instituciones del Estado. La otra esfera es la pública, en la cual se vela por una realización del interés común, por medio de los mecanismos y canales institucionales.” (Velásquez, 2003 citado en Castellanos & Franco , s.f. p.5).

González (1995) nos plantea que; si bien los jóvenes manifiestan su descrédito respecto de organizaciones tradicionales de la política, valoran altamente la participación como mecanismo para la autorrealización y obtención de logros. Lo que rechazan, más bien, es el tipo de práctica política en que ellos, como jóvenes, tienden a sentirse manipulados por otros y para fines con los que no se identifican. Por otra parte, los jóvenes actuales tienden a ser más esporádicos y discontinuos en la participación: se involucran generalmente en actividades puntuales, durante ciertos períodos. Los jóvenes participan y lo hacen como sujetos transformadores, legitiman en sus contextos mecanismos diferentes e incluyentes que permiten evidenciar un compromiso político y social, estas acciones hacen parte de acciones colectivas de manera intencionada en busca de metas y logros específicos. (González, 1995, citado por Castellanos & Franco , s.f.)

Por su parte, Bourdieu (1990) al conceptualizar a la juventud indica que “no sería más que una palabra”: Creación social para definir un período etario que debiera cumplir, en nuestra época, con ciertas expectativas, pero que no siempre ha sido tratado como un actor social en sí mismo. La juventud emerge históricamente como un "grupo de agentes” posibles de analizar y tematizar, en el momento en que la mayoría tiene acceso a la enseñanza y se enmarca, de esta forma, en un proceso de “moratoria de responsabilidades” que en épocas anteriores no se daba. El joven vive así un estatuto temporal en que “no es ni niño, ni adulto” (Bourdieu, 1990 citado enHopenhayn, 2004)

La juventud como definición y categoría social pertenece a la modernidad, hoy en día la transición hacia la adultez es más larga y las nuevas generaciones ya no desean reproducir a las generaciones anteriores, son propensos al cambio y quieren los cambios, de manera más rápida y enfocada hacia hechos concretos. “Esto coloca a los jóvenes como portadores del cambio, con mayor autonomía moral que los niños, pero sin la autonomía material de los adultos, y como un grupo etario con funciones sociales y patrones culturales específicos. Recién entonces, puede decirse, nace la juventud como sujeto en la sociedad, como objeto de políticas y como tema crítico de estudio.” (Hopenhayn, 2004, p.3)

Este nuevo joven sujeto de derechos, ciudadano por demás, busca espacios de reconocimientos formales e informales, algunos los construyen ellos mismos, se forjan paso a paso hacia caminos sociales que les permitan alzar su voz y ser reconocidos, no todos muestran apatía, hay otros jóvenes líderes naturales, forjados en las necesidades de los canales llenos de basuras, las calles de

barro, la ciénaga putrefacta, una sola comida al día o amanecida, la falta de casas culturales, de canchas deportivas, escaso transporte, pocas oportunidades laborales y de educación superior. Así van tocando puertas en las instancias gubernamentales, alzan su voz, mediante el baile de champeta, muestras culturales, siembra de árboles, cine al parque y comités juveniles. "Así mismo al reconocer la participación política juvenil más allá de mecanismos e instancias formales, nos permite evidenciar que se construye un ciudadano más activo, un ser político más influyente, desde manifestaciones diferentes y mecanismos no formales de participación que lo pueden ayudar a transformar."(Castellanos & Franco, s.f.)

Todos estos son desafios, tanto para los jóvenes, como para los constructores y ejecutores de políticas públicas.

EXPERIENCIAS DE PARTICIPACIÓN JUVENIL DESDE LA LOCALIDAD 2 DE CARTAGENA DE INDIAS.

La sociedad ha evolucionado desde la sociedad agraria, manufacturera, industrial, hacia la sociedad de la información y el conocimiento, esta sociedad en la que transitamos mediada por las tecnologías y el auge del internet, avanza de manera global en particular en las comunicaciones, en este sentido (Krauskopf, 2000) agrega: "La globalización ha contribuido a que los adolescentes se encuentren expuestos a influencias multiculturales, ello ha roto la homogeneidad de las culturas y, por consiguiente, la inmovilidad de los roles. Se han redefinido los patrones de consumo y agudizado las diferencias en el acceso de oportunidades y en las condiciones de vida entre los grupos en ventaja socioeconómica y aquellos que no lo están. Las juventudes, más claramente, se constituyen en sujeto múltiple, expuesto a diversos grados de vulnerabilidad y exclusión." (p. 119).

Así mismo, "los jóvenes con mayores recursos económicos se empiezan a parecer más a los jóvenes con las mismas condiciones económicas de todas partes del mundo. Tienen acceso a la informática, a los conocimientos vigentes, más exposición a los adelantos. Los grupos de menores recursos van quedando alejados de los avances." (Lechner, 1997 citado en Krauskopf, 2000). Se hace necesario reconocer la situación de los jóvenes, la heterogeneidad de los grupos, en estas condiciones la homogeneidad resta equidad y se requieren políticas diversificadas como indican los autores en cita.

En este mismo sentido, no se puede fragmentar la juventud como problemática y relacionarla solo con embarazos indeseados, drogas, deserción escolar, delincuencias, pandillas, entre muchos males.
La juventud no puede ser sinónimo de criminalización, todo lo contrario, se encuentran en la búsqueda de espacios donde puedan participar y sentirse atendidos.

Esta participación es necesaria para forjar ciudadanos y ciudadanía, en cuanto a relaciones cívicas, liderazgo, derechos de los jóvenes y construcción de su propia identidad. Se buscan espacios de inclusión donde se puedan escuchar sus voces, las voces de jóvenes de diversos ámbitos que quieren tomar la palabra y ante todo actuar.

En la búsqueda de esos jóvenes se encontraron experiencias de participación juvenil valiosas en la ciudad de Cartagena. Jóvenes Cartageneros lideres todos de sus comunidades, se forjaron ellos mismos, lugares de encuentros donde Unicolombo, la universidad de la cual hacemos parte, se constituyó en lugar de reuniones de la localidad No. 2 de la plataforma distrital de juventudes, la cual está contemplada en (Ley 1622, 2013), conforme los artículos 60 al 62.

Sobre el particular estas normas indican: “Plataforma de juventudes, son escenarios de encuentro, articulación, coordinación y concentración de las juventudes, de carácter autónomo asesor” (Art 60, Ley 1622).

Esta se conforma gracias a la existencia de organizaciones formales e informales, la localidad 2 cuenta con aproximadamente veinteorganizaciones, las cuales tienen componentes, culturales, educativos, ambientales, deportivos, tanto formales como informales y cada día más jóvenes se le suman a este proceso juvenil.

Lo que se espera de nuestro acercamiento con estos jóvenes, es que desde los mismos jóvenes, de sus opiniones y vivencias, sea posible construir un programa de participación que permita a su vez, brindarles conocimiento respecto a los temas de participación ciudadana, cultura ciudadana y liderazgo responsable y que sean los jóvenes población 14 y 28 años, quienes se empoderen de estas temáticas, y principalmente que conozcan y socialicen la Ley 1622 de 2013. Como inicio de estas experiencias se realizó el primer foro en Unicolombo “Hablemos de ciudadanía Juvenil”, que principalmente buscó de manera general socializar la Ley, evidenciándose que entre los jóvenes y las mismas organizaciones juveniles, si existe interés en participar en los espacios disponibles que se creen y que existen para los mismos.

De igual forma, se realizó en las instalaciones de Unicolombo un conversatorio, junto con los líderes que trabajan con jóvenes en los barrios de la localidad 2, quienes nos ilustraron como se encuentra la situación de los jóvenes en nuestra localidad y los grandes retos que aún se tienen por lo grande de la localidad, y por todas las necesidades que existen en infraestructura para los jóvenes y en la falta de oportunidades, aunque se evidenció que hace falta que los líderes manejen información institucional sobre programas académicos y ofertas laborales que no conocen, y por ende no las pueden compartir en sus comunidades.

A nivel de políticas públicas, tenemos que, en Cartagena en el año 2010 se presentaron las políticas públicas de juventud del Distrito denominado “Jóvenes constructores de ciudadanía” con la participación de varios estamentos de la ciudad. Dicha política se encaminó “a la ejecución de

acciones para favorecer los espacios de participación, el desarrollo de la autonomía y de las habilidades de la población juvenil, y la prevención de los riesgos sociales que amenazan su integridad.” (Alcaldía de Cartagena, 2010).

Estos y otros intentos de políticas públicas de juventud se han realizado en la ciudad, pero los jóvenes indican que se han construido sin su participación, manifiestan las dificultades y visicitudes para ser escuchados en las instancias gubernamentales, pero siguen insistiendo, buscando espacios, abriendo caminos para construir ciudad, porque desean contribuir a que Cartagena sea una sola, inclusiva e incluyente.

CONCLUSIONES

Si bien, no se desconocen el aporte que el gobierno nacional ha realizado en materia de programas sociales, como jóvenes en acción, primer empleo, programa ser pilo paga, y algunos intentos en Cartagena de acciones como becas educativas para acceder a la universidad “becas bicentenario”, se ven como acciones aisladas a graves problemáticas que aquejan a la juventud Cartagenera como desempleo, pandillismo, mototaxismo, empleo informal, delincuencia juvenil, embarazo temprano, entre otros, ya que persisten las problemáticas a pesar de las leyes y programas.

PROPUESTAS

La UCG 5 tiene los menores índices de las 15 localidades en educación y servicio público de alcantarillado, es por eso y por ser nuestra localidad de influencia que consideramos importante que desde los mismos jóvenes se puedan crear programas que aporten soluciones a estas problemáticas, así como encontrar juntos formas de interactuar con la cultura ciudadana, participación ciudadana y liderazgo responsable. Es importante contribuir con el empoderamiento de los jóvenes, tal como está contemplado en la ley estatutaria 1622 de 2013, pues los jóvenes tienen un papel fundamental, porque son quienes están sintiendo lo que es el presente y proyectándose al futuro, además de que ser gestores de paz.

Los jóvenes deben convertirse en el principal actor de políticas ciudadanas, que permitan su desarrollo integral en la sociedad, junto con el apoyo gubernamental, reclamamos una ciudad que se reconozca como diversa, y se respete la diversidad étnica y cultural, una única ciudad y no dos dividida por la turística y por la otra Cartagena, para ello debemos contar con nuestros jóvenes, a quienes se les debe brindar todas las herramientas para que puedan desarrollar su proyecto de vida, y el proyecto de ciudad que todos deseamos para las futuras generaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Cárdenas, D. V. (2014). La ciudadanía juvenil y los mecanismos de participación en jóvenes:El Estatuto de Ciudadanía Juvenil (Ley 1622 de 2013). *Verba Iuris* , 115-134.
- Castellanos , J., & Franco , J. (s.f.). *Participación Política Juvenil.*Facultad de Sociología Universidad Santo Tomás, Bogotá. Recuperado de: http://temporal.ucp.edu.co/desarrollohumanoypaz/old/modulos/encuentrosinternacionales/eventograncolombiano/Mesa_4_Planeacion/PARTICIPACION_POLITICA_JUVENIL.pdf
- Hopenhayn, M. (2004). *Participación juvenil y política pública: un modelo para armar* . Obtenido de http://www.abep.nepo.unicamp.br/site_eventos_alap/PDF/alap2004_409.PDF
- Krauskopf, D. (2000). *Dimensiones críticas en la participación, La participación social y política de los jóvenes en el horizonte del nuevo siglo.* Obtenido de http://ww.centroamericajoven.org/sites/default/files/dimensiones_criticas_participacion_juveni_0.pdf
- *Ley 1622.* (2013). Ley estatutaria 1622 expedida en el año 2013 *Leyes, Decretos, normativas, Proyectos de Ley y otras disposiciones legales colombianas relacionadas con jóvenes.*Recuperado de: http://www.colombiajoven.gov.co/atencionaljoven/Paginas/legislacion.aspx

Ponencia 17 – Comisión 1

Título: Los desafíos de la Educación Superior y el status jurídico de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes.

Autor/es: Stella Kozur - Maria Flavia Lorena Morales - Ana Laura Cesar

Contacto:

Kozur, Stella DNI 22862116 (stellakozur@gmail.com)

Morales, Maria Flavia Lorena DNI 23435865 (fla10morales@hotmail.com)

Cesar, Ana Laura DNI 22777657

LOS DESAFÍOS DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR Y EL STATUS JURÍDICO DE LOS NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y JÓVENES.

RESUMEN:

El paradigma integral de los niños, niñas y adolescentes ha modificado el esquema de relaciones sociales, reconfigurando las identidades de la infancia y la juventud, porque a partir de ser consagrados como sujetos de derechos plenos, se produce una apertura en todos los aspectos sociales, culturales, políticos y educativos.

El presente trabajo pretende reflexionar sobre algunas de las transformaciones que fueron gestadas específicamente en el ámbito educativo. La ampliación y complejidad del concepto de ciudadanía incide en el ejercicio del derecho a la educación que puede ser analizado desde tres dimensiones: la organizativa- institucional, la socioeconómica y la pedagógica. Así este paradigma exige pensar nuevas denominaciones de los sujetos pedagógicos en cuanto derechos y accionares, y su incidencia en las prácticas pedagógicas.

En el ámbito educativo los mayores cambios se hacen visibles en las dimensiones organizacional y socioeconómica, que resultan de políticas públicas que promueven la participación y la

garantización del acceso a la educación a través de programas de apoyo socioeconómico. No obstante, la dimensión pedagógica sigue siendo el mayor desafío para pensar nuevas formas del ejercicio del derecho a la educación, interpelada por la categoría de sujetos de derecho que recientemente se les reconoce a los niños, niñas y adolescentes. Así este desafío se traslada a todos los niveles educativos, incluido el nivel superior, tomando mayor envergadura en la formación docente. Es necesario pensar experiencias educativas que se gesten en la formación docente dando lugar a las representaciones y sentidos del paradigma integral. En este sentido se presenta el análisis de un experiencia pedagógica en el Instituto de Formación Docente Continua San Luis.

LOS DESAFÍOS DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR Y EL STATUS JURÍDICO DE LOS NIÑOS, NIÑAS, ADOLESCENTES Y JÓVENES. UN ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA EN EL INSTITUTO DE FORMACIÓN DOCENTE CONTINUA SAN LUIS.

1. INTRODUCCIÓN

Las instituciones sociales en general y las educativas en particular, se encuentran interpeladas por la ampliación y complejidad del concepto de ciudadanía. Entender las implicancias que para la educación, en todos los niveles, tiene la sustitución del paradigma tutelar por el paradigma integral de los niños, niñas y adolescentes es una condición de posibilidad para que los principios expresados por la Convención de los Derechos del Niño (CDN) se materialicen en las sociedades.

Las prácticas ciudadanas son prácticas que superan la dimensión político institucional; la ciudadanía como construcción histórica se ha ampliado, tanto en las dimensiones que la componen como en los sujetos que incluye, generando cambios cualitativos y cuantitativos.

En términos de Guillermo O'Donnell (2007) la construcción del concepto de ciudadanía puede ser proyectada desde la legalidad que el Estado le va concediendo/cediendo a sus ciudadanos (derechos civiles, políticos, socioeconómicos, etc.), y con ellos los mecanismos institucionales de participación y control ("accountability horizontal"):

"éste es el presupuesto que hace de cada individuo, una persona legal un/a portador/a de derechos y obligaciones formalmente iguales, no solamente en la esfera política sino también en las obligaciones contractuales, penales e impositivas, en la interacción con instituciones estatales y en muchas otras esferas de la vida social" (O'Donnell, 2007, p.154).

El objetivo de este trabajo es reflexionar y analizar algunas de las consecuencias que para las prácticas pedagógicas[116] en el nivel superior y específicamente de la formación docente, tiene la ampliación del concepto de sujeto de derecho. Desde esta mirada se analizarán experiencias institucionales de acompañamiento a las trayectorias educativas de los estudiantes del Instituto de Formación Docente Continua San Luis (IFDC-SL-)

El IFDC -SL- es una institución educativa de la provincia de San Luis (Argentina) cuya principal función es la de formar docentes para los niveles: primario y secundario, que por su naturaleza se encuentra directamente involucrada con la problemática del ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, tanto en lo que hace a sus propuestas curriculares[117] para los futuros docentes como a las prácticas institucionales internas que debieran garantizar el derecho a educarse de los jóvenes aspirantes a la formación docente.

Esta situación interpela las prácticas pedagógicas de la formación docente siendo necesario analizarlas porque no podemos formar docentes que reconozcan a su futuro educando como sujeto de derecho si no han pasado por experiencias de formación que contengan este mismo principio. He aquí un punto de imbricación entre lo dispuesto por la CDN y los jóvenes en formación.

2. LA CONCEPCIÓN DEL ESTUDIANTE COMO SUJETO DE DERECHO EN EL NIVEL SUPERIOR

El ejercicio del derecho a la educación se puede analizar desde tres dimensiones: la organizativa-institucional, la socioeconómica y la pedagógica. Respecto de la dimensión organizativa se asocia a la participación a través del ejercicio de la representación en los órganos colegiados; bajo el supuesto que la misma permitirá a los estudiantes involucrarse en todos los aspectos de la vida institucional. La dimensión socioeconómica remite a las posibilidades materiales de acceso a los recursos que le permitirán a los estudiantes el ejercicio del derecho a la educación y que se ve traducida más ampliamente en programas de becas y/ o pasantías. Estas dos dimensiones se contemplan en el artículo 13 de la Ley de Educación Superior N° 24.521:

[116] El concepto de prácticas pedagógicas fue trabajado desde Freire (1970 y 1994) como la relación dialógica que se entabla entre un educador y sus estudiantes en una coyuntura societal definida.

[117] Según Alejandra Birgin hay que trabajar las miradas sobre la exclusión para redefinir al otro no desde sus limitaciones sino desde sus potenciales, y esto implica transformar el currículo y las reflexiones docentes.

Artículo 13º - Los estudiantes de las instituciones estatales de educación superior tienen derecho:
***a)** Al acceso al sistema sin discriminaciones de ninguna naturaleza.*
***b)** A asociarse líbremente en centros de estudiantes, federales nacionales y regionales, a elegir sus representantes y a participar en el gobierno y en la vida de la institución, conforme a los estatutos, lo que establece la presente ley y, en su caso, las normas legales de las respectivas jurisdicciones;*
***c)** A obtener becas, créditos y otras formas de apoyo económico y social que garanticen la igualdad de oportunidades y posibilidades, particularmente para el acceso y permanencia en los estudios de grado, conforme a las normas que reglamenten la materia;*
***d)** A recibir información para el adecuado uso de la oferta de servicio de educación superior;*
***e)** A solicitar, cuando se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 1ero y 2do de la ley 20.596[118], la postergación o adelanto de exámenes o evaluaciones parciales o finales cuando las fechas previstas para los mismos se encuentren dentro del período de preparación y/o participación.*

Buscando desarrollar estas dos dimensiones, a partir del 2003 se incrementó la inversión presupuestaria en infraestructura escolar, la distribución de libros, de material didáctico y de recursos tecnológicos; en conjunto con una serie de leyes que pretendieron resolver el problema de la fragmentación del sistema educativo (ley de 180 días de clases -2003-, Fondo de Incentivo Docente -2004-, Financiamiento Educativo -2005-, Educación Sexual Integral -2006-, y por último la ley Nacional de educación -2006-) , así como los planes estratégicos de Educación Obligatoria y Formación Docente 2012–2016, y por último una serie de políticas socioeducativas (CAI, CAJ, PROGRESAR, Parlamento juvenil del mercosur, Proyectos sociocomunitarios Solidarios, turismo educativo, entre otros). Estas medidas implementadas por Ministerio de Educación entre los años 2003/2015, incidieron fundamentalmente en las dimensiones organizativa- Institucional y socioeconómica y en menor medida en la dimensión pedagógica.

La dimensión pedagógica[119] se refiere a los vínculos pedagógicos entre estudiantes-docente-conocimiento, y define las características del modelo pedagógico. Aquella se materializa en las prácticas docentes, las que se construyen en el marco de una red de complejas significaciones, sentidos, relaciones de poder.

[118] Refiere a las licencias especiales deportivas
[119] Esta dimensión es la que constituye nuestro objeto de análisis por considerarla relevante para el desarrollo de experiencias formativas de los futuros docentes y que es el eje estructurante del derecho a la educación y de las instituciones educativas.

Siguiendo a Violeta Guyot y su mirada desde el enfoque de la complejidad[120], un aspecto necesario a observar cuando analizamos esta dimensión es el de situacionalidad histórica:

"La situacionalidad histórica es constitutiva del modelo de la práctica educativa en cuanto condición de posibilidad espacio- temporal. Acontece como un proceso que se concreta en una determinada situación, en el entrecruzamiento de las coordenadas de tiempo y espacio, en un determinado lugar, la escuela de tal país, en tal región, ciudad, barrio y en una determinada época que es vivida por los sujetos de acuerdo al tiempo vital de su existencia. (...) Los sujetos son hijos de su tiempo, en lo que hace a los aspectos colectivos como a los personales…" (Guyot, 2008, p. 55)

Al interior de esta categoría es relevante la vida cotidiana como instancia en la que se constituyen los sujetos educativos, los docentes y estudiantes*:*

" La transformación de la práctica docente sólo es posible, en las prácticas de la vida cotidiana de la escuela y a partir de la concentración en torno a la ejecución de una cambio, una transformación, teniendo presente la situación que se ha de modificar y las consecuencias posibles" (Guyot, 2008, pág. 55)

Por lo expuesto consideramos que es en "la vida cotidiana" de las prácticas docentes donde se darían las condiciones de posibilidad para la efectiva vigencia del paradigma integral de los niños, niñas y adolescentes.

Si analizamos la Ley de Educación superior advertimos que no existe una mirada del estudiante como sujeto de derecho, sino más bien que se hizo extensivo el carácter de ciudadano en tanto sujeto adulto a las dimensiones organizativa y socioeconómica, por ello el reconocimiento de la participación institucional y el acceso a programas de apoyo económico se hace claramente visible en la ley y no es visible el reconocimiento de este estatus en la dimensión pedagógica, dimensión que es constitutiva del rol de estudiante dentro de las instituciones educativas. Esto es consecuencia de la mirada formalista sobre la democracia en las instituciones, suponiendo que la sola participación de los estudiantes en los órganos de gobierno les permitirá ejercer su derecho a la educación, la experiencia cotidiana demuestra que es insuficiente para quebrar las relaciones verticalistas de poder que se dan al interior de las aulas, espacio institucional en el que adquiere forma efectiva la práctica docente.

[120] El modelo de la complejidad se apoya en una mirada interdisciplinaria de la práctica docente. Se trata de n modelo intermedio entre la pedagogía, las ciencias sociales y la epistemología. Este modelo es desarrollado y sostenido por un equipo de investigadores del Universidad Nacional de San Luis y cuya alma mater es la Prof. Violeta Guyot.

3. EL PARADIGMA INTEGRAL Y SU IMPACTO EN EL VÍNCULO PEDAGÓGICO EN LA FORMACIÓN DOCENTE.

Tal como se planteó en el apartado anterior, las prácticas docentes y por consiguiente el vínculo pedagógico que se construye, se encuentra atravesado por la situacionalidad histórica. Atendiendo a esta dimensión podemos decir que el estatus jurídico que se le otorga a los niños y jóvenes en un determinado momento histórico impacta en el modo en que se resuelve socialmente el proceso educativo y por consiguiente las prácticas de enseñanza.

En nuestras casas, familias, instituciones educativas y sociales en general, coexisten y conviven dos paradigmas sobre la infancia y juventud. En uno de ellos se ve al niño o joven como objeto de tutela mientras que el otro paradigma los ubica como sujetos de derecho. En este sentido podemos identificar: el paradigma tutelar y el paradigma integral

El paradigma tutelar en Argentina fue proclamado legalmente como la base de las políticas de la infancia con la ley 10.903, conocida como "Ley Agote", y sostenía la intervención del Estado a partir del concepto de "riesgo moral y material" de niños y jóvenes. Dicha intromisión se lleva a cabo a través de la institucionalización y judicialización de la pobreza; son los niños y jóvenes en condiciones de vulnerabilidad los principales destinatarios.

En este paradigma se pone el énfasis en la condición de minoría de edad, entendiéndolo como un estado de tránsito respecto de un grado de desarrollo pleno que se lograría con la adultez, haciendo a la vez equivalentes la noción de inmadurez con la de incompletud. Así lo que importa es lo que le hace falta al niño/joven para poder interactuar dentro del mundo de los adultos. Como el niño no ha completado su desarrollo (es un ser incompleto, a medio terminar) requiere la presencia tutelar de un adulto para ser protegido. Se toma al niño/joven como objeto de protección.

La consecuencia más inmediata de estas significaciones es la de profundizar la vulnerabilidad social ubicando a los sujetos que gozan de esta condición en un lugar pasivo, sin posibilidades de tomar decisiones hasta que alcancen la madurez. Se trata de un camino preparatorio para un futuro en el que sí podrá participar, suponiendo además que podrá salir de esa situación de riesgo. En segundo lugar y, en términos de construcción de subjetividades, para este paradigma es buen hijo/alumno quien permanece obediente, quieto, en silencio y acata todas las consignas sin cuestionarlas. Se trata de un no- ciudadano, por tanto carente de voz. Así, el paradigma tutelar supone estrategias pedagógicas que enfatizan el control e inhiben la creatividad y la toma de decisiones, suponen que el alumno no está en condiciones todavía de ejercer sus derechos y que

debe ser formado para ejercer ese derecho cuando su madurez se lo permita, es decir, solo recién cuando el cronómetro diga que es adulto.

El Paradigma Integral, en el marco de la CDN, considera al niño un ser humano completo, que si bien precisa la protección del adulto, está en condiciones de ejercer un conjunto de derechos reconocidos para todas las personas. Es portador de derechos y sujeto activo de su ejercicio. Bajo esta visión se propone un cambio en la forma de vincularnos con los niños, en vez de decirle que tienen que hacer, se promulga el diálogo, donde el adulto guía al niño, escuchando sus necesidades, buscando puntos de consenso, impulsando la toma de decisiones con autonomía.

En Argentina, si bien se adhirió a la CDN en al año 1990, con rango constitucional a partir de la reforma de 1994, recién en el año 2005 se dictó normativa específica, la ley 26.061, denominada ley de Protección Integral de los Derechos del niño, que determina el marco legal de definición para las políticas públicas.

Este paradigma supone la obligación del Estado de adecuar sus políticas públicas para garantizar no sólo el desarrollo integral de niños y jóvenes sino también el ejercicio de todos sus derechos, replanteando las obligaciones de cuidado y protección hacia niños, niñas y adolescentes, y dotando de contenidos pero también de sentidos a las acciones que debemos desarrollar.

El sistema educativo estatal, en todos sus niveles tiene la obligación de hacer cumplir la ley, por tanto debe desarrollar prácticas institucionales, lo que incluye a las prácticas docentes acorde con los principios normativos que regulan a las políticas públicas. Estas prácticas deben proveer a los estudiantes niños, niñas, adolescentes y jóvenes de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos que reconoce la Ley 26.061, con especial atención a la educación (art. 15), sin dejar de advertir que otros derechos como el derecho a la libertad (art. 19), a dar su opinión y ser oído (art. 24), son necesarios para la consecución del primero.

Desde el enfoque de protección integral, la escuela puede constituir un ámbito propicio para trabajar con los estudiantes la conciencia sobre sus derechos y los procedimientos para hacerlos valer, ya que en la medida en que los conozcan aprenderán mejor su ejercicio. El reconocimiento de sus derechos no deriva de su madurez emocional ni intelectual, sino de su condición de persona. Por otro lado nos permite salir del supuesto de que los niños, niñas, adolescentes y jóvenes son seres “incompletos” y por tanto nos exige darle valor a las apreciaciones, intereses, miradas que de los conocimientos que ponemos a disposición en la escuela y de los fines de la escuela misma tienen los estudiantes, cualquiera sea el nivel educativo al que pertenezcan.

En el nivel superior las prácticas pedagógicas, a pesar de que los estudiantes son adultos y por ende ciudadanos plenos, siguen reproduciendo la matriz de enseñanza basada en la "incompletud" del sujeto alumno, definido por su falta de conocimientos en las disciplinas/ profesión en las que se forman, siguen siendo considerados menores de edad. Esto se expresa en clases predominantemente expositivas, prácticas de evaluación ligadas más a la idea de control que de aprendizaje, el imaginario que sobre los profesores tienen los estudiantes que los lleva a desarrollar estrategias de reconocimiento de lo "que le gusta a tal o cual docente" antes de dar un examen, que no pueden cuestionar al docente por temor a que tome revancha contra ellos y no puedan sacar jamás la materia, etc., como éstas circulan en el discurso estudiantil marcas registradas del paradigma tutelar que se trasladan a la vida adulta.

En la formación docente, incorporar los principios del paradigma integral exige no sólo enseñarlo desde la teoría sino también ofrecer experiencias pedagógicas que se construyan a partir de estos principios, especialmente en este momento de transición en el que conviven ambos paradigmas. Los que hoy son estudiantes de nivel superior (y los docentes) han sido formados en matrices institucionales impregnadas predominantemente por el paradigma tutelar, con lo cual han naturalizado muchos de sus principios, especialmente aquel referido a la idea de incompletud, que es el que tradicionalmente se sostiene en torno al conocimiento y sirve para justificar prácticas pedagógicas caracterizadas por la unilateralidad y de corte bancario. En estas condiciones de formación básica la única manera de quebrar los modelos pedagógicos tradicionales, es hacer de la experiencia la estrategia de formación central en los profesorados. En este sentido, Diego Tatián señala, siguiendo al filósofo español Jorge Larrosa, que la experiencia "es aquella que nos atraviesa, nos interroga en nuestra forma de ser, de pensar, de decir, de sentir" (Diego Tatián, 2015, P.1) y se da a partir de la irrupción que genera la presencia de otro. Es la alteridad, como señala Diego Tatián, la que otorga alguna posibilidad a la experiencia. Las prácticas docentes se construyen en torno a la alteridad por lo tanto es totalmente viable construir experiencia en y a partir de ellas.

Ahora bien, qué rasgos debe contener esa experiencia para dar lugar al paradigma integral. A nuestro entender, las prácticas pedagógicas deben permitir el ejercicio de los derechos que para el paradigma son esenciales, especialmente, el derecho a educarse, el derecho a la libertad y el derecho a dar la propia opinión y a ser oído, como así también el principio de autonomía progresiva.

4. PROPUESTA DE INTERVENCIÓN DEL IFDCSL

En el IFDC San Luis se creó, en el año 2011, el área de acompañamiento y seguimiento estudiantil, que tiene como objetivo promover acciones de acompañamiento pedagógico a los

estudiantes. Inicialmente surge frente a la necesidad de desarrollar y sistematizar acciones como consecuencia de la incorporación de estudiantes con discapacidad visual, y por los altos niveles de desgranamiento que no se vieron modificados a pesar de acciones ligadas a la dimensión socioeconómica.

A partir de la concepción del estudiante como sujeto de derecho que impregnó todo el proceso de modificación de los planes de estudios y reorganización del sistema formador a partir de la Ley de Educación Nacional 26.206, se discuten al interior de la institución estrategias para fortalecer las trayectorias educativas. Así la primera idea rondó en torno a la creación de un área de "bienestar estudiantil". Esta denominación escondía la contradicción entre el paradigma tutelar y el paradigma integral, porque el término "bienestar" por un lado denota esta idea de proporcionar a otros aquello de lo que carecen y, por otro lado, el término estudiantes representa esta intención de pensar a los jóvenes como sujetos de derecho. Esta contradicción se hizo evidente al poner en discusión las líneas de acción que se debían llevar a cabo, y a partir de este debate, es que proponemos:

- Reconocer al estudiante como sujeto de derecho, como responsable y diseñador de su trayectoria formativa. El antecedente lo encontramos en la experiencia con estudiantes ciegos y ambliopes. Generar una propuesta de formación para estos estudiantes enmarcada en este paradigma significó pensar en estrategias que fortalezcan la idea de sujeto de derecho más allá de la discapacidad promoviendo un mayor margen de autonomía. Inicialmente se generaron acciones tendientes darle accesibilidad a los materiales de estudio, pero esto se vio ampliamente superado por el quiebre que en términos de prácticas educativas supone la formación de estudiantes ciegos. Este objetivo supera la instancia instrumental de convertir los textos escritos en archivos de voz, implica incrementar la autonomía del estudiante para seleccionar por ejemplo desde la voz hasta los ritmos de lectura de esos archivos, seleccionar los textos que sean más amigables; el empoderamiento del estudiante ciego para que se reconociese como protagonista en la accesibilidad a estos materiales en tanto debía, entre otras tareas, coordinar y solicitar con los docentes la provisión del material, incluso indicarles los recursos de la clase que no eran accesibles para estos estudiantes (películas, mapas, presentaciones en diapositivas, etc.), colaborar en la capacitación de los docentes recuperando su voz en tanto destinatario de las prácticas de enseñanza.
- Fortalecer los procesos de alfabetización académica de los ingresantes, capacidad que involucra no solo la lectura sin la producción y la expresión de ideas propias a partir de los recursos de los que se dispone. Es un enfoque que reivindica la voz del estudiante, exige salir del prejuicio del desconocimiento o falta de capital cultural del estudiante como obstaculizador de estrategias pedagógicas y promover el desarrollo de matrices de aprendizajes reproductiva.

- Desarrollar un programa de tutoría de pares, que promueva, a partir del aprendizaje colaborativo, el reposicionamiento del sujeto respecto de su trayectoria educativa, dotándolo de una estructura institucional que incentive el empoderamiento de los estudiantes.
- Propugnar por la concientización de los derechos a través una serie de charlas – taller referido a distintos temas de interés institucional, como por ejemplo: posicionamiento en torno a los aprendizajes en el nivel superior y la re-orientación vocacional, la participación estudiantil, la evaluación y autoevaluación.

BIBLIOGRAFÍA

- IIPE-Buenos Aires Sede Regional (2
- 005). "Nuevos Desafíos De La Educación Superior". En *El Mundo Global* (Número 29). Buenos Aires, Informes Periodísticos para su Publicación.
- Iazzetta, O., (2001). "La recreación de la dimensión pública de la universidad". En Krotsch, P. (org.), Pensamiento Universitario (Año 9, Número 9). Buenos Aires, Publicación del Ciclo Básico Común de la U.B.A.
- Mollis, M., (2008). "Las huellas de la Reforma en la crisis universitaria argentina". En Sader, Emir; Aboites, Hugo y Gentili, Pablo. *La Reforma Universitaria. Desafíos y perspectivas noventa años después*. Buenos Aires. CLACSO. Disponible en: http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/grupos/reforAboit/10mollis.pdf.
- Mollis M. (2008) "Las reformas de la Educación Superior en Argentina para el nuevo milenio" Avaliação, Campinas; Sorocaba, SP, v. 13, n. 2, p. 509-532, jul. 2008.
- Mollis M. (2010) "Las transformaciones de la Educación Superior en América Latina: ¿identidades en construcción?". En Educación Superior y Sociedad. Las transformaciones de la Educación Superior en América: Identidades en construcción. Año 15, Número 1-Enero 2010- U N E S C O.
- Naishtat, F. (2003). Universidad y conocimiento: por un ethos de la impertinencia epistémico. Buenos Aires, Espacios de Crítica y producción.
- O'Donnell, G. (2007) Disonancias. Críticas democráticas a la democracia. ED. prometeo Libros, Bs. As.
- Cárdenas Boudey, S. (2013) "Mudanza de la infancia. Entre la institucionalización, la ciudadanización y la mercantilización". ED. CLACSO. DISPONIBLE: ttps://www.google.com.ar/search?sourceid=chrome-psyapi2&ion=1&espv=2&ie=UTF-8&q=mudanzas%20de%20la%20infancia&oq=mudanzas%20de%20la%20infancia&aqs=chrome..69i57.16747j0j8. Consultado el día 11-09-2016.
- Alzate Piedrahita, M. "Concepciones e imágenes de la infancia" ED. Ciencias Humanas. N|28. UTP. Colombia. Disponible:

http://www.utp.edu.co/~chumanas/revistas/revistas/rev28/alzate.htm. Consultado el día 11-09-2016.

- Muñoz, L. (2010) "Sociedad, infancia y adolescencia, ¿De quién es la dificultad?. ED. Revista interuniversitaria de pedagogía social. Universidad Complutense de Madrid. Disponible: file:///F:/usuarios/alumno/Descargas/36959-116530-1-PB.pdf. Consultado el día 11-09-2016.

Ponencia 18 – Comisión 1

Título: La ley 30466 y la consideración primordial del interés superior del niño

Autor/es: Roberto Palacios Márquez

Datos autor:

Mg. en Derecho Civil y Comercial. Profesor en la Universidad Nacional de Piura. Juez Superior Titular y Presidente de la Segunda Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura.

LA LEY 30466 Y LA CONSIDERACION PRIMORDIAL DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

SUMARIO: Introducción. **1.-** Pronunciamiento del Tribunal Constitucional Peruano. **2.-** Política Legislativa respecto del Interés Superior del Niño en el Perú: **a).** Constitución Política, **b).** Código de los Niños y Adolescentes; y, **c).** Plan Nacional por la Infancia 2012-2021. **3.-** Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Al igual que en el año 1998 en que se emitió pronunciamiento judicial en el expediente N° 257-93, sobre **exclusión de nombre y apellido y reconvención sobre filiación extramatrimonial**, sin contar legislativamente con la norma que regulara lo referente al Acido Desoxirribonucleico (ADN)[121], nuestra Corte Superior cumpliendo lo ordenado por el superior jerárquico expidió sentencia amparando la demanda, la que posteriormente fue objeto de recurso de nulidad[122] pronunciándose la Corte Suprema de Justicia en el sentido de no haber nulidad en la sentencia expedida por la Corte Superior de Justicia de Piura, y asimismo, declaró improcedente la demanda sobre exclusión de nombre y fundada la reconvención sobre reconocimiento de paternidad extramatrimonial.

[121] La Ley N° 28457que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial en la que se hace referencia a la prueba biológica del ADN, recién se expidió el 07 de enero de 2005 y se publicó al día siguiente en el diario oficial El Peruano.

[122] El recurso de casación en el Perú recién fue introducido en el Código Civil del año 1993; este proceso judicial se llevó a cabo con el Código de Procedimientos Civiles por mandato expreso de la quinta disposición transitoria del Código Procesal Civil.

Doce años después, en un escenario similar (esta vez, **inexistencia de la ley sobre alienación parental**) nuestro Supremo Tribunal en la Casación N° 2067-2010 Lima, que constituye el primer caso de síndrome de alienación parental en **régimen de tenencia**, expresó:

> "… dicho síndrome incide negativamente en el desarrollo e integridad emocional de los infantes y establece que los criterios del Código de los Niños y Adolescentes son orientadores mas no determinantes, pues el parámetro será lo más beneficioso para los menores. Para el máximo colegiado, de acuerdo con los estudios aportados por la doctrina, el síndrome de alienación parental puede ser definido como: 1) el establecimiento de barreras contra el progenitor que no detenta la custodia del hijo; 2) la manipulación ejercida por un padre sobre su hijo a fin de que rechace la figura del otro progenitor; y, 3) programación del hijo para que, sin justificación, odie al otro progenitor. El síndrome de alienación parental es catalogado (…) como un tipo de violencia o maltrato emocional de los padres a sus hijos cuyo origen es la separación y consiguiente disputa de los padres por la tenencia y custodia de aquellos[123]".

Es decir, judicialmente se reconoció la existencia del referido síndrome acudiendo a la doctrina como fuente del derecho y a la colaboración interdisciplinaria – en el caso que no ocupa de la Psicología – que ilustra al magistrado en temas ajenos a éste.

Esto constituye una posición avanzada. La Corte Suprema de Justicia de la República y las Cortes Superiores, vienen resolviendo casos aun cuando no exista legislación sobre el particular. Primero, ocurrió en el caso de Acido Desoxirribonucleico (ADN) y tiempo después con el síndrome de alienación parental en atención a que – éste último – viola los derechos humanos de los niños y adolescentes al afectar el ***interés superior.***

1.- PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.

Al respecto el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 01665-2014-PHC/TC-ICA, en sus fundamentos 15° y 16° expresó:

- "15.- *En la STC 02132-2008-PA/TC, este Tribunal declaró que era implícito a este deber especial de protección del menor el principio de protección del interés superior de los niños. Dicho principio se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño,*

[123] Vigésimo considerando de la CASACIÓN N° 2067-2010-LIMA

aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.° 25278, cuyo artículo 3° establece:

"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

- *16. El principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal. Así, el deber de considerar sus alcances, cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios, comprende a toda institución privada o pública, esto es, al Congreso de la República, órganos de la administración pública y tribunales de justicia. Y exige de cualquiera de estos una actuación "garantista", de acuerdo con la cual cualquier decisión que involucre a un menor deba adoptarse considerando al menor como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos".*

2.- POLITICA LEGISLATIVA RESPECTO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PERÚ.

a). CONSTITUCIÓN POLÍTICA:

Artículo 1.- "La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Artículo 6.- "La comunidad y el Estado protegen de manera especial al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono".

b). CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES:

"En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones ; así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos "

c). PLAN NACIONAL POR LA INFANCIA 2012-2021

"Esto en concordancia con los tratados internacionales suscritos por el Perú, en el cual se ha reconocido el principio del Interés Superior del Niño, que precisa en su exposición de motivos que el Plan Nacional de Acción por la Infancia y Adolescencia 2012-2021conceptualizó dicho principio con el siguiente texto: "La niña y el niño son sujetos plenos de derechos que deben ser respetados por la familia, el Estado y la sociedad y, en todas las decisiones de política pública el Interés Superior del Niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. Se trata de un principio que obliga al Estado y a la sociedad a reconocer y garantizar los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes y otorga preeminencia al Interés Superior del Niño por sobre otros intereses y consideraciones"

En esta línea, el Gobierno Peruano a través de la Ley N° 30466, establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño, ley que fue publicada en el diario oficial EL PERUANO, el día 17 de junio del 2016 y en armonía en lo dispuesto por la Convención Sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y su Observación General N° 14[124].

Estando a lo expuesto, se evidencia la importancia de este principio no solo porque está regulado en el Derecho Nacional – Constitución Política del Perú de 1993 y Código de los Niños y Adolescentes – sino también en el Derecho Supranacional, como por ejemplo La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

[124]La observación N° 14 tiene por objeto garantizar que los Estados partes en la Convención den efectos al interés superior del niño y lo respeten. Define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas, así como en otras medidas que afecten a niños con carácter individual, y en todas las etapas del proceso de aprobación de leyes, políticas, estrategias, programas, planes, presupuestos, iniciativas legislativas y presupuestarias, y directrices (es decir, todas las medidas de aplicación) relativas a los niños en general o a un determinado grupo.

Sin embargo, su comprensión y aplicación, en la práctica no constituye un tema de fácil solución para los jueces que ven asuntos de Derecho de Familia. En efecto, no obstante que "la protección de la infancia constituye una prioridad para todos los estados del mundo, y que todas las sociedades han asumido que los niños no solo representan el futuro del país, sino que además la mejor inversión para lograr un país desarrollado (…) y que ningún derecho debería verse perjudicado por interpretación negativa o errónea del Principio del Interés Superior del Niño (…) y que la novísima Ley N° 30466 constituye un valioso aporte para la protección de los Derechos Humanos de la infancia (…)"[125]; en la práctica dados los fallos que se emiten en los Tribunales Peruanos apreciaremos las dificultades que existen en la interpretación de éste Principio del Interés Superior del Niño. Asimismo, analizaremos si realmente constituye un valioso aporte fundamental.

La pregunta que cabe formular sería; ¿porque existe dificultad para la interpretación y aplicación de este Principio del Interés del Niño?

Una primera lectura nos llevaría a considerar que el Interés Superior del Niño es un concepto jurídico indeterminado. Para ello, se le define al concepto jurídico indeterminado como aquel que se usa en una norma para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho. Así constituyen ejemplos en el derecho civil, la buena fe y en el derecho procesal civil, el "fumus boni iuris", y el "periculum in mora". Nótese que en sí mismo, en un concepto jurídico indeterminado, se plantea un problema de interpretación: No existen varias soluciones justas, sino una sola, a la que hay que llegar interpretando el caso concreto.

Finalmente, será la justicia quien estará encargada de determinar si se aplicó el concepto jurídico indeterminado de forma correcta. En el caso que nos ocupa no hay duda que este principio es un concepto jurídico indeterminado, difícil de definir y de aplicar; y sería necesario consignar una variedad de criterios indicativos cuyo propósito oriente a especificar y facilitar la delimitación en cada caso en concreto del interés del menor.

En definitiva, se trataría de incluir un listado abierto de situaciones que quedarían integradas dentro del concepto general del Interés Superior del Niño. Así, verbigracia, referencias relativas a la idea y a la capacidad de raciocinio, las necesidades físicas, emocionales y educativas; los posibles efectos de un cambio de circunstancias, y el entorno del individuo. ("El Interés Superior del Niño:

[125] Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño: Implicancia e importancia. En: http://observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/jmla25/index.php/publicaciones/doc_download/898-ley-que-establece-parametros-y-garantias-procesales-para-la-consideracion-primordial-del-interes-superior-del-nino-importancia-e-implicancias.

concepto y delimitación, del término". ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ – Universidad de Barcelona p. 89-90)[126]

Como puede apreciarse nos encontramos frente a un principio que requiere ser interpretado. En tal sentido, RUBIO CORREA citado por FRANCO DE LA CUBA dice en relación a la interpretación lo siguiente: "La teoría de la interpretación jurídica (…), es la parte de la Teoría General del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma"[127]; en el presente caso esclarecer el sentido último del Principio del Interés Superior del Niño.

Desde esa perspectiva, es importante y fundamental que los Jueces y Fiscales - en el ámbito de Familia al momento de resolver un litigio en la que se vea inmerso el bienestar social de un niño o adolescente - tengan en cuenta el carácter tridimensional del Interés Superior del Niño; esto es: 1.- Que es un derecho sustantivo; es decir, una aplicación directa (aplicabilidad inmediata y puede invocarse ante los tribunales; 2.- Es un principio jurídico interpretativo fundamental; es decir, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño; y, 3.- Que es una norma de procedimiento; es decir, una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño.

A continuación, se realizará el analisis correspondiente haciendo un enfoque comparativo con el Código de los Niños y Adolescentes (en adelante CNA).

Artículo 3: Parámetros de Aplicación del Interés Superior del Niño

Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta los siguientes parámetros[128]:

1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.

2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos. **(Art. II Título Preliminar del CNA)**

3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño. **(Art. VII Título Preliminar del CNA)**

---

[126] ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ, "El Interés Superior del Niño: Concepto y delimitación, del término". En: http://revistas.um.es/educatio/article/view/153701

[127] FRANCO DE LA CUBA, Carlos Miguel. "La Interpretación de la Norma Jurídica". Derecho y Cambio Social. En: http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/interpretacion.htm

[128] Se conoce como parámetro al dato que se considera como imprescindible y orientado para lograr evaluar o valorar una determinada situación. En: http://doravanessaestadistica.blogspot.pe/

4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. **(Art. VIII Título Preliminar del CNA)**

5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

A efecto de una mejor comprensión del asunto nos remitiremos al Tercer Pleno Casatorio civil-Casación N° 4664-Puno, en donde la Corte Suprema de Justicia del Perú, que tuvo como materia el Divorcio por la causal de separación de hecho, en el punto 4 expresó:

"Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) El grado de afectación moral o psicológica; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante al matrimonio, entre otra circunstancia relevantes".

Como puede apreciarse la referida ley en realidad no establece parámetros o criterios que deberá tener en cuenta el Juzgador, lo deseable hubiera sido que los establezca no como un numerus clausus; es decir, no como una relación cerrada, sino que posibilite la inclusión de otras circunstancias para cada caso en concreto.

Artículo 4: Garantías procesales

Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta las siguientes garantías procesales[129]:

1. El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga. **(Art. 9 Y 85 del CNA)**

2. La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño. **(Art. 149 del CNA- Equipo Multidisciplinario)**

[129] Es el modo de cumplir con los principios de seguridad jurídica, de igualdad ante la ley, de equidad, para asegurar la garantía más general del debido proceso, y evitar que el Estado en ejercicio de su poder punitivo avasalle derechos fundamentales de sus habitantes. En: http://derecho.laguia2000.com/derecho-procesal/garantias-procesales

3. La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños. **(Art. 210° del CNA- Apelación al mandato de internamiento preventivo:** ***Juez envía apelación dentro de las 24 horas de presentada la impugnación. La sala se pronunciará en el mismo término.)***

4. La participación de profesionales cualificados.

5. La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda

6. **Art. 146° CNA -*Abogados de oficio***

7. **Art. 147° CNA - *Beneficiarios***

8. **Art.148° CNA – *Ausencia. Ningún adolescente* debe ser procesado sin asesoramiento legal, la ausencia de abogado no posterga ningún acto del proceso, en ese caso el Juez nombra a un sustituto.**

9. La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño. **(Art. IX Título Preliminar del CNA)**

10. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.

11. La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño. **Art. X Título Preliminar del CNA-** ***Proceso como problema humano.***

En lo relativo a las garantías procesales, del análisis realizado al igual que en el caso anterior no ha existido un desarrollo de ésta temática; asimismo, varias de éstas garantías ya se encuentran desarrolladas en la legislación nacional. Lo rescatable sería a que estas apuntan al debido proceso[130] que tiene rango constitucional. Hubiera sido importante un tratamiento dado la trascendencia de las garantías procesales con la finalidad de buscar protección al Interés Superior del Niño.

[130] Para Gozaíni Osvaldo citado por QUIROGA LEÓN el concepto de debido proceso obedece a que la defensa en un juicio supone varias cuestiones esenciales. entre ellas se encuentran: el resguardo para el acceso a la justicia (derecho de acción), que otorga un procedimiento y un juez o tribunal para que lo tramite (derecho a la jurisdicción), y que en su amplia conceptualización se integra con los siguientes derechos: a) Derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz, b) Derecho a un proceso con todas las garantías de imparcialidad y justicia, c) Derecho a la prueba y a los recursos, o en otros términos, a la regularidad de la instancia, d) Derecho de acceso a la justicia, como garantía para ser oído en cualquier circunstancia, o como cobertura asistencial para el carente de recursos y e) Derecho a ejecutar de inmediato lo resuelto. (ANÍBAL QUIROGA LEÓN. "El Debido Proceso Legal. En el Perú y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos- Jurisprudencia -. 2 Edición, febrero 2014. Editorial IDEMSA. Lima - Perú).

3.- CONCLUSIONES

- Como se puede apreciar de la política legislativa de nuestro país, existe un avance en lo relativo al Interés Superior del Niño. Sin embargo, la ley 30466- no obstante referirse a la Observación 14 - se limita a enfatizar preceptos legales que ya se encuentran regulados en el Código de los Niños y Adolescentes, no constituyendo un real aporte.

- A diferencia de la ley 30466, el establecimiento de circunstancias o parámetros por la Corte Suprema de Justicia del Perú (Tercer Pleno Casatorio civil- Casación N° 4664-Puno), si constituyen una valiosa herramienta para los operadores jurídicos. Pues, el juez- que es uno de ellos- tiene un auxilio valioso al momento de resolver. No obstante esperamos que el reglamento contemple criterios o parámetros para una mejor aplicación del principio del interés superior del niño.

Ponencia 19 - Comisión 1

Título: Servicios de orientación escolar. Participación y Prevención en Problemáticas adolecentes: suicidio-abuso sexual- trabajo infantil-embarazo adolescente.

Autor/es: Sonia Norma Gonzalez

Datos y contacto autora:

Sonia Norma González DNI N 17.257.377

Dirección de mail: soniangonzalz@hotmail.com

Domicilio: B° Altos dl Oeste M-6 C-4 El Challao

Lic. Y Profesora en Trabajo Social-Master en Victimología

Esc. N° 4-088 “Mario Casale” Las Heras

Teléfono: 261-5098820

SERVICIOS DE ORIENTACION ESCOLAR. PARTICIPACIÓN Y PREVENCIÓN EN PROBLEMÁTICAS ADOLECENTES: SUICIDIO-ABUSO SEXUAL- TRABAJO INFANTIL-EMBARAZO ADOLESCENTE.

1-PROPUESTA:

A través del presente trabajo se abordará la función que cumple el Servicio de Orientación Educativa dentro de la Educación Secundaria, el cual está compuesto por Orientador Psicopedagógico, Coordinador pedagógico, Orientador Social y Asesor pedagógico.

Cada uno de estos actores tiene un rol definido en la institución y trabajan en forma Interdisciplinaria con el resto de la comunidad educativa, directivos, profesores, preceptores y en especial en la inserción socio pedagógica del alumnado.

La escuela actual no cumple la función tradicional y primordial que era la de transmitir Conocimientos, actualmente cumple una función social sobre la pedagógica. S i bien la Escuela es la única institución que está en condiciones de ser el espacio principal para

Lograr competencias, conocimientos, destrezas, actitudes y valores para convertir a los Alumnos en ciudadanos que estén en condiciones de participar plenamente en sociedad, sola no puede, por lo que los Servicios de Orientación deben trabajar con la familia, y la comunidad Educativa en distintos programas, dentro y fuera de la escuela con organizaciones civiles que vean revalorizada la función de la escuela y que prioricen el derecho a la educación de niños/as y adolescentes.

Para tal fin se presentarán los distintos Proyectos : **Pedagógicos (**por problemas de Aprendizaje, baja autoestima , bajo rendimiento, falta de concentración) como **Parejas Pedagógicas, Tutorías, Apoyo Escolar, CAJ (centro actividades juveniles)** Proyectos **Sociales: de INSERCIÓN SOCIAL** por cambio y desordenes de conducta,

Problemas de violencia escolar, niños víctimas y/o testigos de violencia, abuso, adicciones Conductas autodestructivas.

2-FUNDAMENTACION:

A través del presente trabajo se abordará la función que cumplen los Servicios de Orientación

Escolar, de la provincia de Mendoza, cuales son las políticas y estrategias que aplican para lograr la inserción , retención del alumno en la escuela secundaria, en momentos donde la crisis política, económica y social por la que atraviesa el País van ligados con expresiones de la “Nueva cuestión social” con sus expresiones de vulnerabilidad , exclusión ,falta de trabajo, y hechos de violencia cada vez más acentuados. Estos factores tienen un alto impacto en la problemática educacional, teniendo en cuenta que la educación forma parte del proceso social- global, agregando que la Escuela Pública sufrió el embate de un conjunto de políticas Neoliberales que la han dejado empobrecida y con muchas dificultades para la apropiación del conocimiento.

En este contexto social suele observarse que la escuela deja de cumplir su función pedagógica para darle más importancia a la función Socializadora. Esto se debe a que tienen una población donde las familias de la que provienen los alumnos se ubican en estratos sociales de bajos recursos económicos, culturales , con ingresos por debajo de la línea de la pobreza con situaciones de desempleo , violencia intrafamiliar lo que ineludiblemente incide en el aprendizaje. Produciendo entre otros efectos: deserción, repitencia, sobre edad, ausentismo que pueden ser las causas del fracaso escolar y de otras situaciones que es preocupación de profesores , directivos y de la sociedad en general como son las adicciones , la violencia escolar. Muchos de estos hechos, han derivado en la gestación de Proyectos de leyes en la Legislatura Provincial para contener tales situaciones donde se ve afectada la comunidad escolar toda, medidas que tienen como objetivo modificar el Código de Faltas en Mza , Argentina, para amparar a los educadores y educandos.

En la búsqueda de una "Educacción con calidad"(Filmus Daniel-1997) la preocupación debe ser la Retención lo cual no implica que los alumnos permanezcan en la escuela sino el desafío está en jerarquizar la experiencia escolar , mejorando la calidad de la enseñanza y los resultados del aprendizaje, teniendo en cuenta que se trabaja con individuos "personas" con menores o mayores habilidades sociales pero con un caudal de emociones y conflictivas , en un medio que no prioriza la solidaridad, por lo que se debe tratar justamente es de "educar para la diversidad".

La función de los servicios de orientación en todos los casos será trabajar con el alumno que presente dificultades de aprendizaje(disminución de atención, baja autoestima) ,que le provoquen un bajo rendimiento, o problemas de cambios y desordenes de conducta , agresividad ,conductas autodestructivas provocado no solo por factores individuales sino derivados de problemas familiares sociales y culturales.

Para ello el trabajo interdisciplinario de los integrantes el Servicio, psicopedagogo trabajador social, Coordinador pedagógico, asesor pedagógico trabajaran en la problemática que surja y conforme al rol que cada uno cumple en la escuela, aplicando estrategias de contención y atención de las necesidades debiendo implicar a la familia en la resolución y cobertura de dichas necesidades como así también a los recursos de la comunidad (Municipio, Centros de salud. Fiscalía, OAL(órgano adminstrativo local) GAR (grupo alto riesgo)D.O.A.I.T.E (dirección de orientación y apoyo interdisciplinario) que puedan mejorar los trayectos educativos con el fin de acompañar y promover a los alumnos de modo que terminen de manera exitosa la escolaridad secundaria que según Resolución 79/2009 del Consejo Federal de Educación la aprobó como educación Obligatoria incluyéndola en el Plan Nacional de educación obligatoria.

ESCUELA, FAMILIA Y COMUNIDAD:

En un contexto social caracterizado por los cambios, los conflictos y la incertidumbre la escuela ofrece al adolescente un ámbito de estabilidad en el cual no solo encuentra u espacio de

aprendizaje sino También la seguridad y la permanencia de ciertos valores y vínculos que le permitirán la consolidación de la personalidad. Los rituales, el edificio, el ambiente las normas, los adultos y sobre todo el grupo de pares son constantes invariables en su vida cotidiana y le otorgan al adolescente un anclaje seguro al cual recurrir. A su vez "el alumnado adolescente que ha hecho de la escuela su hábitat, utiliza la vida escolar cotidiana, como almacén de repertorio de conductas"(Funes Artiaga 2010).

Es en el ámbito escolar donde el adolescente ensaya sus conductas de autonomía poniendo en práctica Procesos cognitivos ya desarrollados y a la vez siendo conocedor de que se encuentra en un ambiente de normas explicitas y por lo general invariables. Las transgresiones que se pueden presentar manifiestan la intención de "probar" el alcance y la firmeza del límite, lo que contribuirá reafirmar su identidad.

La escuela tradicional no respondia a las necesidades y exigencias comunitarias por lo que funcionando al margen de la comunidad, la invalidaba como generadora de conocimientos socialmente significativos.

En la actualidad la escuela debe ser una expresión concreta de la comunidad, se debe imponer una estrecha relación: escuela-comunidad.

No se trata de una institución educativa para la comunidad sino de una "**escuela de la comunidad",** esto ocurre por la función social que cumple actualmente la escuela, que debe complementar a la pedagógica, abriendo sus puertas para que la comunidad ingrese a ella y que ella haga ingresar a la escuela en su propio contexto. La escuela es la única institución que está en condiciones de participar plenamente en la sociedad, peo la escuela sola no puede, por lo que debe transformarse en eje articulador con la familia y demás organizaciones civiles.(Filmus , Daniel 1997).

Es importante mencionar el rol fundamental de la Escuela en relación con las familias, Resulta Imprescindiber, generar con esta espacios de diálogo e intercambio reflexionando justos sobre el rol del Adulto en este nuevo escenario social y estableciendo pautas de conducta que se espera desarrollar en los adolescentes.

La escuela debe promover la instrumentalización de las demandas familiares y generar espacios y tiempos que favorezcan el dialogo intergeneracionales y el acompañamiento en el desarrollo Integral, brindando afecto y seguridad. El trabajo en común de estas dos instituciones tan significativas

Escuela y familia, posibilita el abordaje coherente de los conflictos adolescentes como asi también la elaboración de estrategias de resolución más adecuadas a su situación personal.

La escuela debe llevar a cabo una transformación basada en las nuevas demandas que genera el contexto actual, para plantearse una educación mas holística que tienda a profundizar la comunicación, la responsabilidad .la participación, la cooperación y el trabajo en equipo.

El adolescente se posiciona y transforma en un observador crítico de la realidad. Espera encontrar en el Adulto la coherencia que este exige. Analiza las conductas de padres y docentes buscando la

Cristalización de los valores que le han predicado en su infancia y que se le presentan en la actualidad y que representan los ideales con los cuales identificarse en su desarrollo hacia la madurez. Aquí encontramos a un adolescente hipercrítico , observador , que cuestiona al docente, impulsivo que pide voz y voto y reclama a la autoridad sin miedo. Las emociones y los sentimientos son vividos y expresados muy intensamente, llevándolos a veces a sostener conductas disruptivas y a transgredir las normas. Por otro lado se puede encontrar adolescentes con mayor tendencia a la introversión, manifestando aislamiento /terquedad.

Por ello desde la Escuela y a través de los SOE, se debe garantizar el" derecho a la educación"

Con un acceso efectivo para todos los adolescentes, jóvenes y adultos cualquiera sea su condición

y/o situación personal, de género, lugar de residencia económica y cultural.

Se debe garantizar la inclusión y las trayectorias escolares continuas y completas de adolescentes Implementando medidas que amplien las posibilidades de ingresar, permanecer y egresar de la escuela en condiciones de igualdad de oportunidades, y que les permita insertarse en el mercado laboral,como asi también articular con Universidades el ingreso de estos adolescentes.

Para esto los SOE trabajan en Planes de Mejora institucional (PMI) los cuales incluyen diferentes Proyectos: 1**- los del área del aprendizaje** y cuyo objetivo es mejorar los trayectos escolares, logrando que los alumnos que se encuentran en riesgo pedagógico y/o social participen de los espacios formativos extra-clase por ej: **"Clases de apoyo, Tutorías, Parejas pedagógicas",** proyectos en los que los responsables son : Coordinador pedagógico ,Psicopedagogo Y Asesores pedagógicos.

2-Los del área social: Control de ausentismo "entrega abono-beca" (alumnos en riesgo Socioeconómico),"Mejorando la Convivencia escolar"" Educación Sexual" "Sendero escolar". "C.A.J" (Centros de Actividades Juveniles) "Talleres para padres"(Hablemos de nuestros hijos, adicciones, VIF, violencia escolar)coordinando con los planes Provinciales de Adicciones, Conviviencia escolar, etc. De estos proyectos el responsable es el Orientador Social (Trabajador Social) y la finalidad es lograr la contención del alumnado, permitiendo a través estos, atender y retener a los adolescentes que debido a problemas socio familiares (VIF, Abusos contra la integridad física) culturales, adicciones,Se encuentran en situación de vulnerabilidad pedagógica y

con riesgo a desertar o abandonar los estudios. Para ello y al no contar el SOE, con profesionales del área Psicológica se coordinan estrategias de intervención en los casos que así lo ameriten, trabajando los protocolos de articulación con las entidades judiciales(Fiscalías-OAL) o de salud (GAR , Centro Infanto Juveniles, Unidad de intervención en Crisis(UIC), Centros de Salud Hospitales).-

En todos los casos de intervención es de fundamental importancia el trabajo en equipo y la comunicación entre padres y escuela ya que por las relaciones conflictivas entre padres hijos se han observado casos de suicidio, abuso sexual, maltrato infantil, trabajo adolescente y que por situaciones de desconocimiento,miedo y/o encubrimiento no se denuncia la situación problemática. Por lo que se debe hacer sentir a los padres el sentido de pertenencia a la comunidad escolar, invitándolo a talleres Y reuniones a fin de concientizarlos en el apoyo de sus hijos en la trayectoria escolar, y comprometerlos en el control de sus hijos en tareas, asistencias, y acompañamiento en situaciones en las que hayan sido víctimas de violencia o abuso de cualquier tipo ya que solo con el trabajo conjunto de escuela y familia se lograra la atención y contención integral del alumno.

PROYECTOS PEDAGÓGICOS:

“Acompañamos tu recorrido escolar con Tutorías” Objetivo: Mejorar los trayectos educativos con el fin de promover y acompañar a los alumnos y así disminuir las tasas de repitencia y de bajo rendimiento. Incluyendo en tutorías a todos los alumnos diagnosticados con dificultades al inicio del trayecto, implementando estrategias de acompañamiento, orientación y recuperación de aprendizajes no logrados.

Metas: Lograr que el mayor porcentaje de alumnos incluidos en el proyecto , mejoren el rendimiento escolar.

“clases de apoyo”: Objetivo: Fortalecer, redefinir y crear acciones de apoyo a los espacios

Curriculares que presenten mayor problemática, aplicando diferentes estrategias y formas para que el alumno aprenda. Ya sea en espacios curriculares que este cursando, asignatura pendiente de aprobación en el trayecto o con alumnos ya egresados.(actividades extra –turno, los días sabados)

Meta: Lograr el trabajo en equipo de profesores, asesores, coordinadores pedagógicos quienes llevaran el seguimiento y evaluación de las actividades realizadas por el alumno, como asi también la evolución de este, considerando que aquellos que superen las dificultades podrán dejar de asistir, mientras que con el de “aprendizaje lento” se podrán reforzar horas.

“Pareja Pedagógica” Objetivo: Lograr la promoción de alumnos que presentan dificultades en el aprendizaje, reforzando y personalizando la atención del alumno con otro profesor que trabaja en forma conjunta con el profesor del curso, quienes practican acciones tendientes al acompañamiento y apoyo de los alumnos con diversas problemáticas de orden socio-psicopedagógica para el fortalecimiento de su permanencia y egreso escolar exitoso.

Meta: Lograr que un porcentaje de alumnos incluidos en el proyecto con riesgo pedagógico y social evolucionen y superen las dificultades de aprendizaje. Fortalecer el trabajo en equipo de los profesores quienes evalúan en forma conjunta con coordinadores pedagogicos la evolución del alumno.

PROYECTOS SOCIO EDUCATIVOS.

Promueve un **Marco Político** al conjunto de normas generales de convivencia escolar para el Nivel Secundario, basado en principios y valores que orientan el de

ASPECTOS CENTRALES DE LA POLITICA DE CONVIVENCIA

- **Anexo 1 MARCO POLITICO**
- **Anexo 2 ESTRATEGIAS PARA LA GESTION DE LA CONVIVENCIA ESCOLAR**
- **Anexo 3 CONSEJO DE CONVIVENCIA ESCOLAR**
- **Anexo 4 NORMAS GENERALES PARA LA CONVIVENCIA ESCOLAR**
- **Anexo 5 ESTRATEGIAS DE APOYO PARA LA CALIDAD DE LA CONVIVENCIA ESCOLAR**

CONSEJOS DE CONVIVENCIA ESCOLAR

Es un <u>órgano colegiado, deliberativo, de consulta y resolución.</u> No es un tribunal de disciplina.

El CCE es <u>representativo de todos los actores de la escuela</u> y tiene como fin garantizar en forma democrática el <u>desarrollo de una micro política de convivencia escolar</u>

- A RAIZ DE LOS PROGRAMAS PROVINCIALES DESDE LA ESCUELA SE TRABAJA DESDE EL INICIO DEL CICLO LECTIVO Y EN LOS PRIMEROS AÑOS CON LAS NORMAS DE

CONVIVENCIA ESCOLAR (IMPORTANCIA Y SIGNIFICADO) TODO ELLO PARA MEJORAR EL CLIMA ESCOLAR. SE REALIZAN “TALLERES PARA PADRES Y ALUMNOS”CON LA FINALIDAD DE EVITAR O DISMINUIR HECHOS DE VIOLENCIA ESCOLAR.

LA PROPUESTA ES TRABAJAR CON EJES TRANSVERSALES A TODOS LOS ESPACIOS CURRICULARES VISUALIZANDO A LA EDUCACION COMO FACTOR DE CAMBIO SOCIAL Y LA “NO VIOLENCIA” COMO METODOLOGIA DE ACCION.

“**HABLEMOS DE NUESTROS HIJOS: TALLERES PARA PADRES SOBRE VIOLENCIA EN TODOS SUS TIPOS, ADICCIONES, SALUD MENTAL**

Estos talleres tienen como objetivo lograr la participación y capacitación de los padres con respecto a los problemas actuales de sus hijos, contención, apoyo y cumplimento de tratamientos a los que son derivados en los casos necesarios. En el caso de Adicciones puntualmente es muy difícil trabajar con padres que en ocasiones no aceptan la problemática por lo tanto no colaboran en los tratamientos a los que son derivados y los alumnos comienzan a deambular en diferentes instituciones, siendo víctimas en ocasiones de violencia institucional (demora de turnos, revictimizacion). En casos más graves los adolescentes que a raíz de esta problemática presentan trastornos psiquiátricos (autoagresión) son internados en Unidad de Internación en Crisis (U.I.C).

Por lo expuesto se trabaja en coordinación con el Plan Provincial de Adicciones y el protocolo que es bajado a las instituciones educativas para la atención de la problemática.

LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL. 26657
AÑO 2011

Esta ley asegura, para todas las personas, el derecho a la protección de la salud mental, el que deberá ser respetado en todos los, servicios y efectores de salud del país, tanto del sector público como del privado.

La ley reconoce:

Principios Grales de Salud Mental y Derechos Humanos y protección contra la discriminación.
Principios generales sobre la modalidad de abordaje en salud mental.
Derecho al consentimiento informado.
Derechos de los usuarios en los tratamiento.
Derechos de los usuarios en las internaciones.

ADICCIONES:

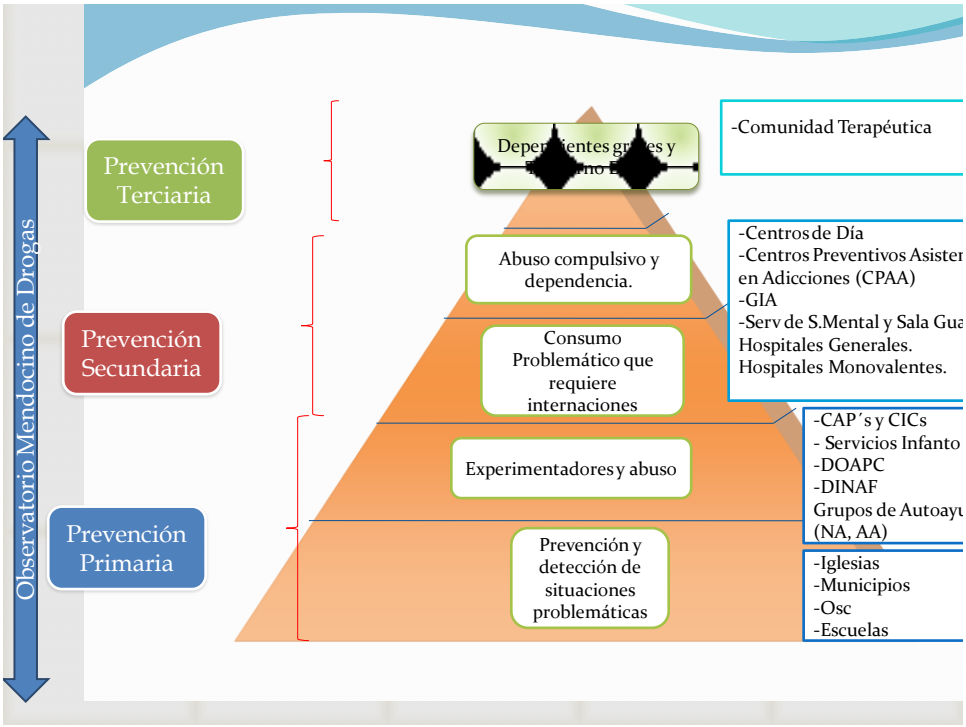
La ley garantiza que deben ser abordadas como parte integrante de la salud mental, y por ello las personas con uso problemático de drogas gozan de todos los derechos y garantías reconocidos por esta ley, en su relación con los servicios de salud.

PLAN PROVINCIAL DE ADICCIONES

NUESTRA MISIÓN

"Favorecer la promoción de hábitos de vida saludables, tender a disminuir conductas de discriminación y exclusión de las personas o grupos con consumo problemático, garantizar el acceso a abordajes interdisciplinarios e intersectoriales y la consolidación de una democracia participativa.

PLAN PROVINCIAL DE ADICCIONES


Observatorio Mendocino de Drogas
Prevención Terciaria
Prevención Secundaria
Prevención Primaria
Dependientes graves y
Abuso compulsivo y dependencia.
Consumo Problemático que requiere internaciones
Experimentadores y abuso
Prevención y detección de situaciones problemáticas
-Comunidad Terapéutica
-Centros de Día
-Centros Preventivos Asister
en Adicciones (CPAA)
-GIA
-Serv de S.Mental y Sala Gua
Hospitales Generales.
Hospitales Monovalentes.
-CAP´s y CICs
- Servicios Infanto
-DOAPC
-DINAF
Grupos de Autoayu
(NA, AA)
-Iglesias
-Municipios
-Osc
-Escuelas

-CON RESPECTO A SITUACIONES DE MALTRATO FISICO, ABUSO, TRABAJO INFANTIL LA ESCUELA TRABAJA ARTICULADAMENTE CON ORGANISMOS DEPENDIENTES DEL PODER JUDICIAL O DEL MINISTERIO DE SALUD, ORGANO ADMNISTRATIVO LOCAL (OAL) Y GRUPO DE ALTO RIESGO (GAR). Quienes elaboran protocolos los que son enviados a la DGE como Circulares para trabajar desde la Escuela. Circular 071 /2011.

ARTICULACION CON LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE NIÑOS- JÓVENES

- LEY 26.061
- Trabaja con:

Derecho a la Integridad física

Derecho a la Educación

MALTRATO FÍSICO

- Situación de sospecha:

entrevista
confirmación
vinculación

- Situación evidentes: (moretones,temor a volver a casa.abuso)

entrevista
denuncia en fiscalía
solicitud de intervención OAL
medidas excepcionales o de protección.
intervención del GAR

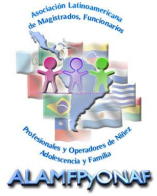
“EDUCAR NO ES SOLO DAR CARRERA PARA VIVIR, SINO TEMPLAR EL ALMA PARA LAS DIFICULTADES DE LA VIDA”

PITAGORAS

BIBLIOGRAFIA:

-Filmus Daniel “Estado, Sociedad y Educación en Argentina” BS As. Flacso 1997

-Filmius , Daniel “¿Para qué sirve la Escuela?” Bs AS. 1993


Asociación Latinoamericana
de Magistrados, Funcionarios
Profesionales y Operadores de Niñez
Adolescencia y Familia
ALAMFPyONAF

COMISIÓN 2

II. **Comisión 2:** Derecho de Familia y Derecho Procesal de Familia.

Ponencia 1 – Comisión 2

Título: Alternativas Acceso a la justicia y participación en el proceso de niños, niñas y adolescentes con discapacidad: análisis socio-jurídico.

Autor/es: Mariana Guarido

Contacto:

marianaguarido@gmail.com

ACCESO A LA JUSTICIA Y PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD: ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO.

ABSTRACT O RESUMEN

La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 introdujo la incorporación de once tratados internacionales de Derechos Humanos, entre los que se encuentra la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que ha tenido una importancia capital por cuanto resulta portador de un cambio de paradigma sustancial. La principal consecuencia de esta reforma a las reglas de la niñez consiste en el cambio del paradigma anterior, que vira hacia uno más flexible y respetuoso de las características de la persona en la niñez, modificando las condiciones en el acceso a la justicia y exigiendo adecuación de dispositivos y procedimientos para permitir la expresión de sus opiniones y tomar decisiones en esferas relacionadas con su persona y sus intereses, tanto para el colectivo general como para los grupos más vulnerables.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención de los Derechos del Niño (CDN) ha resultado un instrumento portador de un cambio de paradigma que "constituye al niño en un sujeto de derecho", ampliando sus potestades y corriéndolo del tradicional lugar de objeto de protección y tutela. Concebir al niño como Sujeto de Derecho Participativo implica que se lo constituye en sujeto titular de derechos fundamentales y con capacidad de ejercicio por sí mismo, aunque con facultades acordes a su edad y a la etapa de madurez.

El derecho de acceso a la justicia reclama el respeto del debido proceso, el derecho de defensa y la justicia como valor. Es decir, el acceso a la justicia, en general, debería tener un alcance en términos de cobertura, pero también en calidad y eficacia, que pueda resolver conflictos de toda naturaleza en forma justa, equitativa y pronta.

La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 introdujo la incorporación de once tratados internacionales de Derechos Humanos, entre los que se encuentra la Convención de los Derechos del Niño. La incorporación de la Convención de los Derechos del Niño implicó cambios en los agentes de interpretación de los tratados y en las obligaciones del Estado frente a los derechos de niñas, niños y adolescentes en Argentina. Las niñas y niños con discapacidad conforman uno de los grupos con mayor vulneración de sus derechos.

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis de las obligaciones del Estado frente a la problemática particular de la niñez y la discapacidad respecto a la participación en los procesos que los involucran.

II. EL NUEVO MODELO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

La Convención de los Derechos del Niño (CDN) ha resultado un instrumento portador de un cambio de paradigma que "constituye al niño en un sujeto de derecho", ampliando sus potestades y corriéndolo del tradicional lugar de objeto de protección y tutela.

En el anterior modelo parental y familiar se ubicaba al niño como sujeto netamente destinado a ser protegido, cuidado y tutelado, por lo que muchas veces se recurría a excesivos recortes de su autonomía en perjuicio de la etapa madurativa de su desarrollo.

La Convención impone una visión diferente, exigiendo que el régimen jurídico sea legislado bajo parámetros más flexibles, acordes con las aptitudes madurativas que forman el juicio y que no son uniformes para todos los niños ni para todas las edades.

Esta nueva mirada del niño como sujeto de derecho, tornándolo activo y participativo, protagonista —en distinta medida y de acuerdo con las diferentes etapas madurativas— de decisiones atinentes a su persona y sus intereses, se distancia del criterio centrado en la tutela y poco inclinada a la autodeterminación del niño.

Concebir al niño como Sujeto de Derecho Participativo implica que se lo constituye en sujeto titular de derechos fundamentales y con capacidad de ejercicio por sí mismo, aunque con facultades acordes a su edad y a la etapa de madurez. Este concepto lo diferencia de su familia como entidad, ganando para sí una consideración autónoma que se manifiesta en una autonomía progresiva.

Los postulados esenciales sobre los que gira la Convención sobre los Derechos del Niño son:

1. Interés superior del niño

2. Autonomía progresiva del niño

3. Derecho del niño a ser oído de acuerdo con su edad y grado de madurez.

III. ACCESO A LA JUSTICA

Los expertos como Anne Grandjean[131] han afirmado que garantizar el acceso a la justicia para los niños exige esfuerzos al menos en dos niveles denominados oferta y demanda. El primer término apunta a crear un sistema de justicia adaptado a las necesidades de los niños. La demanda implica ofrecer información y apoyo a niños para que reclamen sus derechos y obtengan reparaciones, poniendo especial atención en los niños y niñas más excluidos y de más difícil acceso.

La CDN reconoce el acceso a la justicia como la posibilidad de obtener una justa y oportuna reparación ante la violación de derechos tal como se indica en las normas y criterios nacionales e internacionales. El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental. Por lo tanto, significa que todas las personas, tanto adultos como niños, deben tener la posibilidad de hacer reclamos y de exigir responsabilidad cuando no se respetan sus derechos. Asimismo, el derecho de acceso a la justicia es un prerrequisito esencial para la protección y promoción de todos los demás derechos.

Pedro Nikken[132] sostiene que la sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado. En este sentido, el Estado tiene el deber de

[131] Grandjean, Anne. “No Rights without Accountability: Promoting Access to Justice for Children”, en Golub S. (editor) *Legal Empowerment: Practitioners’ Perspectives*, págs. 265-283, Editorial: International Development Law Organization, Roma, 2010.

[132] Nikken, Pedro. “El concepto de Derechos Humanos”, en Estudios Básicos I, Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994.

respetar y garantizar estos derechos, debe organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. La dignidad del ser humano se ve reflejada en la indivisibilidad de los derechos humanos, sean civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales. El acceso a la justicia como derecho civil y político, se proyecta como un elemento constitutivo de la dignidad frente al poder del Estado y las obligaciones que éste asume frente a la comunidad internacional respecto de los ciudadanos bajo su jurisdicción[133].

El derecho de acceso a la justicia, que, "*en tanto derecho humano fundamental, representa para las personas la puerta de entrada a los distintos cauces institucionales provistos por los Estados para la resolución de sus controversias. Ello implica que, además de abstenerse de incurrir en violaciones, los Estados tienen la obligación positiva de remover los obstáculos que impiden o limitan el acceso a la justicia*"[134].

Asimismo, el derecho de acceso a la justicia reclama el respeto del debido proceso, el derecho de defensa y la justicia como valor. Es decir, el acceso a la justicia, en general, debería tener un alcance en términos de cobertura, pero también en calidad y eficacia, que pueda resolver conflictos de toda naturaleza en forma justa, equitativa y pronta[135].

IV. EL DEBIDO PROCESO

Los tratados de Derechos Humanos han sido determinantes en la conformación del significado del debido proceso. El perfil actual es el producto de un desarrollo evolutivo por medio del cual se han incorporado a los aspectos legales y constitucionales de la regulación local el nivel supranacional del derecho internacional de los Derechos Humanos dando lugar a la incorporación de nuevos derechos y garantías.

La Corte Interamericana ha expresado que el *corpus iuris* de Derechos Humanos, se halla integrado por "*un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha determinado un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de*

[133] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2782, del 24 de noviembre de 1982.Serie A N° 2, párr. 29 Ed. Secretaría de la Corte, San José de Costa Rica, 1982.
[134] Consejo de Derechos Humanos, octavo período de sesiones, tema 3: Promoción y Protección de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Despouy, Leandro, "Independencia de magistrados y abogados", Informe A/HRC/8/4 de 13 de mayo de 2008, párr.58.
[135] Rodríguez Rescia, Victor (consultor), "Módulo de acceso a la justicia y derechos humanos en Argentina", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2011.

este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones". [136]

En este sentido Villaverde[137] ha resumido estos contenidos de debido proceso de la siguiente manera: Derecho a ser oído, entendido como el acceso a la justicia con independencia de condiciones personales o económicas; Derecho al proceso; Derecho al plazo razonable; Derecho al juez natural, competente, independiente e imparcial; Derecho al efecto útil de la sentencia[138].

Por lo tanto, el debido proceso observa el principio de igualdad –formal y sustancial- siguiendo el corolario de no discriminación. Al mismo tiempo, por su propia naturaleza y funciones de las garantías procesales destinadas a proteger, asegurar y afirmar el goce o ejercicio efectivo de un derecho, se fueron adicionando otras protecciones del debido proceso con el fin de corregir situaciones de desventajas reales que afectan a determinadas personas durante el procedimiento.

A raíz de este desarrollo, en Argentina, el plexo normativo que configura el debido proceso reposa tanto en el Art. 18 de la Constitución Nacional como en las disposiciones de las constituciones provinciales y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Por lo tanto, para comprender si existe una vulneración de derechos del debido proceso debemos considerar este conjunto de normativas.

V. EL DERECHO A SER OÍDO: NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHO

La Corte Interamericana afirma que el derecho a ser oído debe ser interpretado a la luz del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño. El artículo incluye previsiones respecto al derecho de las niñas y niños a ser escuchados cuya finalidad es lograr que la intervención del niño se ajuste a sus características teniendo en cuenta su desarrollo madurativo.

En este sentido se promulgó en el año 2012 en el fallo "Atala Riffo y niñas c/Chile"[139], en el cual se condenó al Estado por violación de Garantías Judiciales contenidas en los artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de 3 niñas. De esta manera, el derecho a ser oído como elemento de todo proceso fue avanzado por la jurisprudencia. Dicha sentencia se

[136] Opinión consultiva OC-16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco del debido proceso, 01/10/1991, Párr.115
[137] Villaverde, María Silvia, "Participación en el proceso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad. Garantías adicionales del debido proceso" En Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad, págs. 69-94, Infojus, Buenos Aires, 2013.
[138] Gozaini, Osvaldo A., El debido proceso, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni,2004, p.39
[139] Corte Interamericana de DDHH, Caso "Atala Riffo y Niñas c/ Chile", 24/02/2012.

desprende de lo que el Comité de los Derechos del Niño[140] indica en la Observación General N°12[141] lo siguiente:

"… resaltó la relación entre el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado, al afirmar que no es posible una aplicación correcta del art. 3 (interés superior del niño) si no se respetan los componentes del art. 12. Del mismo modo, el art. 3 refuerza la funcionalidad del art. 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida".[142]

El derecho a ser oído y las especificaciones del propio artículo 12 refieren a la comunicación y la implementación de medios adecuados al desarrollo del niño. La Observación General N°12 del Comité de los Derechos de los Niños insta a los Estados a:

"… evitar los enfoques meramente simbólicos que limiten la expresión de las opiniones de los niños o que permitan que se escuche a los niños pero no que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones. Hace hincapié en que permitir la manipulación de los niños por los adultos, poner a los niños en situaciones en que se les indica lo que pueden decir o exponer a los niños al riesgo de salir perjudicados por su participación no constituyen prácticas éticas y no se pueden entender como aplicación del art. 12 (párr. 132)"

Al mismo tiempo, el Comité expresa la necesidad de tener en cuenta las opiniones como está registrado en el párr. 45:

"*La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio".*

El siguiente paso es entonces, la forma en que se comunica al niño considerando su edad y madurez, por lo que el párr. 28 puntualiza:

"estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido sus opiniones en el resultado del proceso".

La forma en que se comunica cobra vital importancia cuando consideramos que una de las condiciones básicas para observar el art. 12 es la necesidad de que los procesos cuenten con la garantía de inclusión, tal y como lo considera el Comité en el párr.134:

"La participación debe ser incluyente, evitar las pautas existentes de discriminación y estimular las oportunidades para que los niños marginados, tanto niñas como niños, puedan

---

[140] Órgano de Naciones Unidas, compuesto por expertos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha reconocido a este Comité como el "interprete autorizado de la Convención sobre los Derechos del Niño en el plano internacional" (Fallo Maldonado causa N° 1174 - 07/12/2005 –328:4343).
[141] CRC/C/GC/12, 20/07/2009.
[142] CRC/C/GC/12, 20/07/2009, párr. 197.

participar. Los niños no constituyen un grupo homogéneo y es necesario que la participación prevea la igualdad de oportunidades para todos, sin discriminación por motivo alguno".

En el caso de análisis que estamos considerando es primordial entender el art. 12 en conjunción con el art. 2 de la Convención de Derechos de los Niños ya que éste último señala la no discriminación. De esta manera, es necesario entender la problemática de la niñez con el foco puesto en que el proceso mismo sea inclusivo y adecuado frente a la discapacidad.

VI. EL DERECHO A SER OÍDO: DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD

Las niñas y niños con discapacidad conforman uno de los grupos con mayor vulneración de sus derechos. El reconocimiento y tratamiento de esta situación por parte del Comité de Derechos del Niño (ONU) se realizó a través de la Observación General N°9 [143] elaborada en el año 2007. La misma señala las dificultades y obstáculos estructurales que afectan el pleno ejercicio de los derechos de los niños con discapacidad.

En la Observación General N°9, el Comité, comienza con observaciones relacionadas con los artículos 2, que establece la prohibición de discriminación expresamente por motivos de discapacidad, y el artículo 23, que instituye el principio rector de la protección de niñas y niños con discapacidad, para luego extenderse sobre la necesidad de prestar atención especial a los niños con discapacidad dentro del marco de medidas generales para la aplicación de la Convención. Sin embargo, en el párrafo 5 el comité aclara que la aplicación de la Convención con relación a los niños con discapacidad no debe limitarse específicamente a los artículos 2 y 23.

La preocupación por la desventaja existente de niñas, niños y adolescentes, también podemos observarla en el artículo 7: *Niños y niñas con discapacidad*, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En el artículo se establecen las obligaciones estatales de adoptar las medidas necesarias para asegurar la realización de todos los derechos de niña, niños y adolescentes con discapacidad y la forma en que se debe asegurar, esto es: en igualdad con los demás niños, niñas y adolescentes, promover la protección del interés superior del niño, y, adopta en el inciso 3 especial referencia respecto a: garantizar su "*derecho a expresar su opinión libremente en todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho*".

[143] CRC/C/GC/9, 27/02/2007

Tanto la Observación General N°9 del Comité de los Derechos del Niño como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, consagran las aspiraciones sociales inclusivas resultantes de un nuevo paradigma en materia de protección de derechos de las personas con discapacidad, la "*discapacidad social*".

Comparten ambos instrumentos la misma estrategia: la obligación asumida por los Estados Partes de tomar medidas para eliminar los obstáculos al ejercicio de los derechos y a la participación social, plena e igualitaria, de las personas con discapacidad, ya sean niños, niñas, adolescentes o mayores de edad.

VII. EL NUEVO MODELO SOCIO-JURÍDICO, DISPOSITIVOS Y PROCEDIMIENTOS

- **Derechos Habilitadores o Inclusivos**

Para poder pensar en el efectivo acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, debemos hacerlo desde el reconocimiento de las ventajas de la prevención directa, por lo que tenemos como una de las principales herramientas a la educación desde la primera infancia, a la potenciación de su autonomía, por mínima que ésta sea, y del entrenamiento para la participación y la toma de decisiones sobre cuestiones que le afectan, como señala el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Nos referimos así, a los derechos habilitadores[144] o inclusivos, aquellos sin los cuales es imposible pensar en la efectividad de los demás derechos. Este tipo de derechos se entiende que reducen los factores determinantes o factores de riesgo de muchas violaciones de derechos humanos de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad social, precisamente porque no se cumplen respecto de ellas esos derechos que los habilitan socialmente.

En la Observación General N°9, el Comité de los Derechos del Niño, ha expresado que es frecuente que los adultos formulen políticas y tomen decisiones sobre los niños con discapacidad, "*mientras que los propios niños se quedan fuera del proceso*". En tal sentido señaló, en el párrafo 32, respecto al Artículo 12 - El respeto a la opinión del niño: *"Con bastante frecuencia, los adultos con o sin discapacidad formulan políticas y decisiones relacionadas con los niños con discapacidad mientras que los propios niños se quedan fuera del proceso".* Y manifiesta también la necesidad para

[144] A/HRC/21/45, 3/8/2012: Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred Maurice de Zayas. "Debe haber un nuevo paradigma de derechos humanos que sustituya la división artificial de los derechos humanos en derechos de primera, segunda y tercera generación, con el juicio de valor que conlleva, que es anticuado y equívoco. Cabe plantear un nuevo paradigma de derechos: derechos habilitadores (paz, alimentación, patria, desarrollo), derechos inmanentes (igualdad, debidas garantías procesales) y derechos finales (identidad, derecho a desarrollar el propio potencial).

garantizar el derecho a ser oído *"que los niños con discapacidad sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad en evolución".*

La correlación entra la discapacidad y la marginación en el ámbito de la educación explica las limitadas oportunidades de las que disfrutan los niños con discapacidad[145]. No solamente se desconoce el concepto de educación inclusiva sino que existen otros obstáculos para que niñas y niños con discapacidad accedan a la educación: legislación discriminatoria, institucionalización, inaccesibilidad arquitectónica, sistema de transporte inadecuado, carencia de sistemas para facilitar la comunicación, falta de capacitación docente, prejuicios, estigmas y estereotipos- por conocimiento deficitario de la naturaleza de la discapacidad o por concepciones perimidas pero fuertemente arraigadas sobre la discapacidad- por parte de docentes, padres y de otros profesionales que trabajan con niños, entre ellos los operadores de justicia.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incorpora la obligación estatal de asegurar el acceso a una educación inclusiva en el art. 24, párrafo 2 b). El Comité de los Derechos del Niño señaló la necesidad de adoptar medidas para poner fin a la segregación en la enseñanza y ha recomendado con insistencia en sus Observaciones Finales a los Estados Partes la creación de sistemas de educación inclusiva.[146]

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incorpora la obligación expresa, a cargo del Estado, de garantizar asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer el derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

- **Ajustes Adecuados al Procedimiento y Adecuados a la Edad**

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 13: "Acceso a la Justicia", se destaca la disposición de los "*ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funcione efectivas"* de las personas con discapacidad "*como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares*".

Los "*ajustes de procedimiento y adecuados a la edad*" se manifiestan también en la Observación General N°9, cuando se tratan las características de los Sistemas de Justicia de Menores y se recomienda a los Estados tomar medidas específicas en el trato de los niños y niñas con discapacidad que presunta o efectivamente han infringido la ley.

[145] ONU, informe 2010 sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio
[146] CRC/C/69, Párr. 338

Podemos observar así como el párrafo *73* de la Observación General N° 9 estableces que *"…los Estados Partes deben adoptar, cuando sea necesario, medidas específicas para asegurar que los niños con discapacidad estén protegidos en la práctica por los derechos"…* y disposiciones contenidas en la Convención y se beneficien de ellos.

Mientras que el párrafo 74, el Comité recomienda que, además de la recomendación general formulada arriba, se tengan en cuenta ciertos elementos de trato de los niños con discapacidad, debido a que se encuentran en un alto grado de vulnerabilidad, que (presuntamente) han infringido la ley: enfatizando que los procedimientos, las entrevistas y el trato con los niños con discapacidad deben estar a cargo de profesionales, "*tales como los agentes de orden público, los abogados, los trabajadores sociales, los fiscales y/o jueces, que hayan recibido una formación apropiada al respecto*".

Así también, dispone que: se "*deben desarrollar y aplicar medidas sustitutivas con una variedad y flexibilidad que permita ajustar la medida a la capacidad y las aptitudes individuales del niño para evitar la utilización de las actuaciones judiciales".* Y cuando niños con discapacidad hayan infringido la ley, el Comité recomienda que se desplieguen "…*esfuerzos especiales para informar al niño del procedimiento de la justicia de menores y de sus derechos".*

- **Capacitación Adecuada como Garantía de Efectividad y de No Repetición**

Sin *"la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario*", no hay acceso efectivo a la justicia. Motivo por el que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 13 párrafo 2, insta a los Estados partes a promover "*la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario".*

La formación para la aplicación e interpretación del Derecho desde los enfoques de los Derechos Humanos, de la discapacidad, es un aspecto determinante para garantizar la efectividad del acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes con discapacidad.

La "capacitación adecuada" de los operadores judiciales constituye una garantía de efectividad al acceso a la justicia y de no recurrencia de prácticas que se erigen ante las personas con discapacidad, como barreras insuperables, con efectos insondables en los proyectos de vida de niños, niñas y adolescentes. Sobre todo en estos casos donde la discriminación por motivos de discapacidad resulta invisible a los operadores jurídicos formados en lógicas excluyentes.

En esta materia, por lo general, los actos de exclusión se relacionan con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica sufrida por las personas con discapacidad, particularmente en cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia y la

aplicación del derecho interno no revisado para adaptarlo al derecho internacional de los derechos humanos.

La "vocación transformadora"[147] de la capacitación tiene como objetivo cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación de las personas con discapacidad, por parte del poder judicial.

La Observación General N°9, en el párrafo 27 estipula el tema de la formación de los profesionales que trabajan con niños con discapacidad y recomienda a los Estados que los programas de formación de dichos profesionales que trabajan para los niños con discapacidad deben incluir una educación específica y centrada en sus derechos, como requisito previo para la obtención del diploma. Y entre los profesionales que trabajan para los niños con discapacidad el Comité menciona a los abogados.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Bajo la nueva visión respecto a la participación de los niños, niñas y adolescentes, y de aquellos que, dentro de este grupo, se encuentran en situación de discapacidad, entendida desde el concepto social y no ya del médico asistencial, se puede afirmar que tienen derecho a ser escuchados y que su opinión sea tenida en cuenta. Significando, además, que cualquier apartamiento de dicha opinión del niño deberá ser fundamentada e informada y explicada al niño, niña o adolescente.

Para ello deberá ofrecérseles toda la información necesaria para que puedan tener una opinión propia sobre la cuestión, en formatos accesibles para su edad y condición, y garantizarse los apoyos y ajustes razonables en caso de ser necesarios para expresarse.

A pesar de los avances normativos respecto a la materia en análisis, tanto en el ámbito interno como internacional, muchos colectivos estigmatizados de personas, entre ellos los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, se ven privados del derecho al acceso a la justicia y su debida participación en el proceso. Esto, a pesar de ser un derecho humano básico y esencial, constituyendo así una evidente violación a sus derechos, que en la mayoría de los casos se produce de manera invisible.

[147] Ver fallos de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: "González y otras c/México" y "Atala Riffo y Niñas c/ Chile" párrs. 265/272, entre otros. En estos casos, los actos discriminatorios que dieron lugar a la condena del Estado se relacionan con prácticas judiciales de reproducción de estereotipos asociados a la discriminación estructural e histórica.

Concientizar a la sociedad en general y formar, además, a los operadores jurídicos en temáticas de niñez y discapacidad, parece ser un imperativo para que el ejercicio de los derechos pueda ser efectivo y con la participación autónoma de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad en los asuntos que los involucren y que sean de su interés.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- BOGGINO, Norberto y BOGGINO, Pablo. "*Pensar una escuela accesible para todos*", Ed. Homo Sapiens Ediciones, Rosario 2013.
- CASADO MUÑOZ, Raquel. Revista de Educación Inclusiva, ISSN-e 1889-4208, Vol. 5, Nº. 2, 2012, *Educación inclusiva y formación del profesorado en declaraciones y normas internacionales*, págs. 141-154.
- ESPÓSITO, Claudio F. A. Libro Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad. *Acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual. De la estigmatización al ejercicio de los derechos.* Pág. 95. Editorial: Infojus, 2013.

- FIJTMAN, Graciela M... Revista Derechos Humanos. Año II, N° 3. *Comentarios sobre las Observaciones finales del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Argentina* pág. 71 Editorial: Infojus, 2013.
- GRANDJEAN, Anne. "*No Rights without Accountability: Promoting Access to Justice for Children*", en Golub S. (editor) *Legal Empowerment: Practitioners' Perspectives*, págs. 265-283, Editorial: International Development Law Organization, Roma, 2010.
- NIKKEN, Pedro. "*El concepto de Derechos Humanos*", en Estudios Básicos I, Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994.
- ROSALES, Pablo Oscar. Libro Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad. *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Una introducción al marco teórico y jurídico de la discapacidad y los Derechos Humanos* pág. 3 Editorial: Infojus, 2013.
- VILLAVERDE, María Silvia. Libro Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad. *Participación en el proceso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad. Garantías adicionales del debido proceso.* Pág.69-94. Editorial: Infojus, 2013.

Ponencia 2 – Comisión 2

Título: Adopción. Estado de adoptabilidad. Plazos y derechos.

Autor/es: Silvina Mariana Basso

"LA SEPARACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE SUS PROGENITORES: UNA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE SOBRE EL "DERECHO A VIVIR EN FAMILIA".

SÍNTESIS DE PONENCIA:

El art. 607 inc. C del Código Civil y Comercial de la Nación, se aplica a los supuestos de medidas excepcionales, cuyo objeto es la guarda institucional del niño, niña o adolescente (en adelante NNA).

En cambio, si el objeto de la medida excepcional es la guarda a favor de un miembro de la familia ampliada o extensa, o de un referente afectivo de la comunidad, y es convalidado en sede judicial; cumplido el plazo legal de su vigencia, debe cesar la intervención del organismo administrativo local de protección de derechos, y se aplica lo previsto en los arts. 643 y 657 del Código Civil y Comercial, que autoriza a los progenitores a delegar la guarda a un pariente y al juez a otorgar la guarda a un pariente en casos de especial gravedad, por un período de un año prorrogable por otro período igual, tras lo cual en el supuesto de delegación judicial, el juez debe resolver la situación del NNA conforme las figuras que regula el CCC, entre ellas la tutela dativa. De conformidad con opinión doctrinaria y jurisprudencial, el juez también debe estar autorizado para otorgar la guarda a un tercero con quien el NNA tenga socioafectividad.

1.- LA DECISIÓN DE SEPARAR A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE SUS PROGENITORES.

El Código Civil y Comercial (en adelante CCC) ha integrado a su regulación normativa la ley nacional de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes n° 26.061 dictada en el año

2005, como lo evidencia la articulación de las instituciones de las medidas de protección de derechos del Sistema de Protección Integral y de la adopción, ambas reguladas respectivamente en la ley 26.061 y en el CCC[148].

En el tratamiento de esa articulación, aborda el tema del "tiempo" en la toma de decisiones, que tan crítico es cuando se trata de resolver el conflicto que suscita la decisión de separar al NNA de sus progenitores, y al mismo tiempo garantizarle su derecho a vivir en familia.

La decisión de separar a un NNA de sus padres o medio familiar de origen es el resultado de un juicio de ponderación de los derechos que se encuentran en pugna en una situación determinada, a partir de la definición en el caso concreto del interés superior del NNA cuyos derechos se encuentran amenazados o vulnerados.

En estos casos, el derecho a permanecer con sus padres y a ser criados por ellos, que surge del art.8 ap. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño[149], cede ante otros derechos cuyo peso específico es más fuerte en la situación concreta, como ejemplifica la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 9 apartado 1.[150]

La ley 26.061 ha establecido un diseño institucional para la protección de los derechos de la infancia que atribuye al órgano administrativo competente local, la facultad de resolver sobre la separación de niños, niñas y adolescentes de su medio familiar, a través del dictado de la medida excepcional contemplada en el art. 39, y al órgano judicial su control de legalidad. Se trata de un sistema mixto administrativo – judicial.

La norma reglamentaria contempla los supuestos que exigen la separación o no permanencia en el medio familiar: a) circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental de la NNA; b) cuando el NNA fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible o procedente la exclusión del hogar de aquella persona que causare el daño.

Asimismo, se regulan el requisito para su procedencia y los criterios para su aplicación. Así, solo procede si previamente se hubieran cumplimentado las medidas de protección integral de

---

[148] Fernández, Silvia, "Medidas de protección de derechos y adopción. La complejidad en la articulación y el Código Civil y Comercial", en Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Noviembre 2015, p. 29. (cita on line: AR/DOC/3808/2015)

[149] Art. 8 ap 1 CDN: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley sin injerencias il

[150] Art. 9. Ap 1 CDN: "Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño…"

derechos que tienen como finalidad prioritaria la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares (arts. 40 y 34).

En cuanto a los criterios de aplicación, el art. 41 establece claramente que habiéndose determinado la necesidad de que el NNA no permanezca en su medio familiar, corresponde en primer lugar considerar su permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos, con personas con quienes tuvieran un vínculo de parentesco (abuelos, tíos hermanos mayores), o que forman parte de su ámbito comunitario (amigos), y agotada o descartada esta posibilidad, recurrir a una forma convivencial alternativa al ámbito familiar o comunitario, como es la "guarda institucional", o "institucionalización".

Este sistema es consistente con las "Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños", aprobadas por la Asamblea Nacional de Naciones Unidas el 24/02/10, que señalan como principio y orientación general el deber de encaminar los esfuerzos para lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos, dado que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños. Por ello, el Estado debe velar por que las familias tengan acceso a formas de apoyo en su función cuidadora (punto II. Principios y orientaciones generales. A. El niño y la familia. 3.)

Por lo tanto, la medida excepcional cuyo objeto es la guarda institucional debe ser la última ratio, dado que, además, conforme lo establece el art. 41 de la ley 26.061, se debe analizar previamente la inserción del niño, niña o adolescente en un grupo familiar perteneciente a la familia ampliada o a la comunidad.

El motivo de esta preferencia es que, de este modo, se garantiza el derecho a "vivir en familia", aunque no sea con sus progenitores, ya que se presume que una convivencia en un ámbito familiar, aunque no sea el de origen, permite una mayor e integral realización de derechos, que una convivencia en un ámbito institucional en el cual las personas encargadas de los cuidados cotidianos suelen ser profesionales o cuidadores que cumplen su labor, en la mayoría de los casos, a cambio de una contraprestación en dinero, pero con quienes no necesariamente se establece un vínculo afectivo.

2.- LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA "INSTITUCIONALIZADA"

Las "institucionalización" hace referencia al alojamiento de NNA en los siguientes dispositivos: a) *instituciones* en los cuales los recursos edilicios, humanos y económicos son *estatales* , o *instituciones privadas* que fueron creadas con los fines de una ONG con o sin convenio

con el Estado; o b) *sistemas de cuidado familiar o familias de acogimiento familiar* que incluyen a los dispositivos de alojamiento que proponen una dinámica de funcionamiento similar a la familiar, que en la mayoría de los casos implican el cobro de dinero por día por cada NNA.[151]

Obligado define al NNA institucionalizado como "*un sujeto de derechos vulnerados que es alojado en un ámbito de convivencia institucional con el objeto de la reparación, del saneamiento de sus derechos…y de sus consecuencias"*[152].

El derecho vulnerado macro del NNA institucionalizado es el derecho constitucional de vivir en familia, sobre el cual se desprenden consecuencias fácticas y jurídicas de tratamiento administrativo y/o jurisdiccional.[153]

En el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) sobre "El Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas", se destaca que "…*la institucionalización expone a los niños a mayores riesgos de sufrir diversas formas de violencia, abuso, negligencia, e incluso explotación, en comparación con los niños que se encuentran en otras modalidades de cuidado alternativa…*" (punto 11). Asimismo, señala que "…*los niños, niñas y adolescentes que ingresan a una institución residencial pasan largos periodos de tiempo institucionalizados. Esta permanencia prolongada en las instituciones es atribuible en general a la ausencia de planes individualizados que promuevan la reintegración familiar y comunitaria del niño, así como a la falta de programas y servicios adecuados y suficientes que ayuden a las familias a superar las causas que dieron lugar a su institucionalización y fortalezcan sus capacidades para cumplir con las responsabilidades parentales*" (punto 13).

En el mismo sentido, Obligado describe los efectos desocializadores de la institucionalización, al advertir "…*Los efectos desocializadores de la institucionalización se tornan más graves cuanto mayor haya sido la duración de ésta. En general, las institucionalizaciones prolongadas tienen como resultado que los NNA, una vez que alcanzan la mayoría de edad, carezcan tanto de redes y lazos afectivos como de preparación para la vida adulta autónoma*".[154]

---

[151] Obligado, Clara "Medidas alternativas convivenciales. Institucionalización, invisibilidad y alternativas familiares", en "Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes", Tomo II, Directora Silvia Eugenia Fernández, Abeledo Perrot, 2015, págs. 1380 y 1381.

[152] Obligado, Clara "La Niñez Institucionalizada. El Tiempo de la Espera. El Tiempo de la Decisión. El Tiempo del Proceso. La Construcción Semiótica del Fenómeno", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Directoras: Cecilia P. Grosman, Nora LLoveras, Aída Kemelmajer de Carlucci. Abeledo Perrot, Septiembre 2012, número 56, pág. 85

[153] Obligado, Clara, op. cit. pág. 85

[154] Obligado, Clara "Medidas alternativas convivenciales…", op cit. pág. 1386

Íntimamente relacionado con la institucionalización es el fenómeno de la "discriminación institucional" por la estigmatización y etiquetado del NNA institucionalizado, que se hace presente por la selectividad misma del sistema.[155]

Una vez que un NNA ha sido etiquetado o asociado a algún estereotipo negativo, las discriminaciones se repiten en distintos contextos lo que afecta el proceso de construcción de su subjetividad[156]

En razón de todo lo expuesto, esta medida debe ser acotada en el tiempo y tiene como objetivo, en primer lugar que cese la situación de vulneración de derechos detectada y alegada como sustento de la decisión, y en segundo lugar, la adopción de medidas de protección integral de derechos que permitan remover los obstáculos que impiden la realización de los derechos del NNA en el seno de su familia de origen.

3.- EL "PUENTE" ENTRE EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS Y LA ADOPCIÓN: EL ART. 607 INC C) DEL CCC.

La ley 26.061 no establece el plazo de la medida excepcional, solo contempla como criterio general de aplicación que deben ser "limitadas en el tiempo y solo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen" (art. 39), que es interpretado por el decreto reglamentario como un plazo máximo de 90 días de duración. La reglamentación contempla la posibilidad de que al término de ese plazo aún persistan las causas que dieron origen a la medida excepcional, por lo que autoriza su prórroga debiendo fijar un nuevo plazo de duración mediante acto fundado.

La nueva regulación del ordenamiento civil y comercial ha venido a encauzar estos procesos mixtos administrativo-judicial, acotando en el tiempo las facultades de decisión tanto del órgano administrativo como del órgano judicial, como vinculando sus decisiones en lo referente a dar al NNA un marco familiar estable ajeno a su grupo familiar de origen o ampliado.

El Código Civil derogado no regulaba la declaración judicial de situación de adoptabilidad como etapa inicial del proceso de adopción, y menos aún algún tipo de articulación entre las medidas del Sistema de Protección Integral y el instituto de la adopción.

---

[155] Obligado, Clara "Medidas alternativas convivenciales…", op cit pág. 1394 y 1395: " …el sistema judicial y/o administrative que determina que un NNA debe estar alojado en una institución opera selectivamente sobre el conjunto de NNA sin cuidado parental….El modo y los procedimientos con los que se efectúa esa selección resultan, en la mayoria de los casos, discriminatorios….existen situaciones de NNA que por poseer un atributo que es considerado negative, puede ser exlcuido o denunciado como no apto para determinada institución y sí apto para otra (institución discriminada negativamente por alojar NNA que poseen dicho atributo negativo)"[155]

[156] Obligado, Clara "Medidas alternativas….", op cit. pág. 1395

La norma incorporada al art. 607 inc. c) funciona como un "puente" entre el sistema administrativo – judicial y el CCC.[157]

La ausencia de un plazo máximo para las medidas excepcionales, y de normativa que vincule esas medidas con la adopción; así como la prioridad en la consideración de la familia de origen por sobre cualquier otro tipo de vinculación familiar y/o comunitaria, dieron lugar a prácticas institucionales tanto en el ámbito administrativo como judicial, que perpetuaron a lo largo de los años guardas institucionales que en muchos casos culminaron después de la llegada de los NNA a la mayoría de edad.

En remedio de ello, esta situación ha sido abordada expresamente por el CCC, y así, en el art. 607 inc. C) contempla el supuesto en el que hubieran transcurrido 180 días desde el dictado de la primer medida excepcional, y no se hubieran revertido las causas que la motivaron, el órgano administrativo debe dictaminar de inmediato sobre la situación de adoptabilidad y comunicarlo al juez interviniente en el plazo de 24 hs., quien lo debe resolver en el plazo máximo de 90 días.

La referida norma se refiere a aquellas medidas excepcionales que tuvieron como finalidad que el NNA pueda permanecer en su familia de origen o ampliada, por lo que se recurre a una guarda institucional con el fin de que durante su transcurso se adopten todas las medidas de protección integral que sean necesarias para lograr el objetivo de recomponer la convivencia con la familia de origen o con la familia ampliada.

Asimismo, no permite que se dicte la declaración judicial de adoptabilidad si existe algún familiar o referente afectivo del NNA (familia ampliada) que se ofrece para asumir su guarda o tutela y ello es considerado adecuado a su interés superior.

4.- CONCLUSIÓN.

Es claro, entonces, que si la medida excepcional consistió en una guarda a favor de algún miembro de la familia ampliada o de un referente afectivo del NNA, no es aplicable la norma del art. 607 inc. C), dado que a los fines de la decisión de la declaración judicial de situación de adoptabilidad, familia de origen y familia ampliada quedan equiparadas, porque ambas ofrecen a NNA un ámbito familiar de crianza y educación y dan efectividad a su derecho a "vivir en familia", que es la misma finalidad que tiene el instituto de la adopción, que el NNA pueda "vivir en familia".

[157] Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa, Lloveras, Nora (directoras) "Tratado de Derecho de Familia segun el Coding Civil y Comercial de 2014", Tomo III, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fé, 2014, pág. 258.

En los casos de guarda a un referente familiar o afectivo, adoptadas por el órgano administrativo en el marco del sistema de protección integral de derechos, consideramos que una vez vencido y prorrogado por una sola vez el plazo contemplado en la norma reglamentaria; el caso debe salir de la órbita administrativa y continuar exclusivamente en la judicial, aplicándose las norma contenida en los arts. 643 o 657 del CCC que regulan la delegación por los progenitores y el otorgamiento judicial de la guarda a un pariente, respectivamente.

El art. 643 prevé que "*En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el art. 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo…".*

El art. 657 establece que "*En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulen en este Código...*".

Las figuras a las que alude la norma son la tutela dativa contemplada en el art. 107 del CCC e incluso la adopción si correspondiere. Ello, con el fin de brindar estabilidad a los vínculos creados y consolidados con el paso del tiempo con el familiar o referente afectivo que asumió la guarda del NNA con el fin de brindarle protección.

Si bien los artículos mencionados hacen referencia solo a guarda a favor de parientes, la doctrina ha tenido oportunidad de expresar que la norma debió incluir también a referentes afectivos miembros de la comunidad a la que pertenece el NNA. Así, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Bahía Blanca en el año 2015, en la Comisión 6, Familia "Identidad y Filiación" en materia de guarda se concluyó de lege ferenda y por unanimidad que "*…se deben modificar los arts. 643 y 657 a los fines de extender los supuestos de delegación de ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a los terceros idóneos con quienes se tenga socioafectividad*...".

Asimismo, ya contamos con antecedentes jurisprudenciales en los que de oficio se declaró la inconstitucionalidad del art. 657 del CCC, lo que permitió homologar un acuerdo de delegación de guarda de una madre en favor de un matrimonio con quienes su hijo se encontraba vinculado afectivamente pero sin ningún tipo de parentesco.[158]

[158] Juzgado de Familia de 1ra. Nominación de la ciudad de Córdoba, Auto 944, del 7/10/15, "L.J.E. y otro. Guarda no contenciosa". Juez: Dr. Luis E. Belitzky.

Ponencia 3 – Comisión 2

Título: Consejero de familia.

Autor/es: Marianela Cristina Molinier - Margarita Fox Anzorena

Contacto:

MARIANELA CRISTINA MOLINIER

CEL: 261 6138508

e-mail: marianelamolinier@ gmail.com

Dirección: Barrio Los Aromos,

manzana G casa 6, Maipú, Mendoza. CP 5515

CONSEJERO DE FAMILIA

RESUMEN

En la etapa previa judicial y obligatoria de resolución consensuada de conflictos ante el consultor o consejero de familia no serían aplicables las reglas de confidencialidad y secreto profesional. Su intervención sería oportuna una vez trabada la litis, es decir demanda y contestación, de otra manera se vería vulnerado el principio de igualdad procesal de las partes.

Proponemos también la existencia de una instancia prejudicial de mediación como una opción más de resolución consensuada de los conflictos, con sus notas características de voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad, a cargo del Cuerpo de Mediadores del Poder Judicial de Mendoza

CONTENIDO

I.- Introducción. **II.-** Contexto Normativo General. **III-** Contexto Normativo Particular. Instancia Previa De Mediación. **IV.-** Visión de los Distintos Métodos de Resolución Alternativa De Conflictos. **VI.-** Paradojas de la mediación- **VII** necesidad de un nuevo rol. consejero-consultor de familia. **VIII.-** principales características del consejero. **IX.- Propuesta**- construcción del encuadre de trabajo del consultor de familia

I.- INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo partimos de un análisis comparativo de los distintos métodos de resolución alternativa de conflictos y de su funcionamiento en la realidad sociojurídica de nuestra provincia. Hacemos un análisis de los diferentes roles y las características de los mismos. Describimos en particular el rol del mediadora fin de tomar algunos elementos que nos puedan servir para la caracterización de un probable y nuevo protagonista en el sistema judicial del fuero de Familia, el consejero o consultor de familia. Este análisis nos permite también afirmar qué elementos no deberían presentarse en la función del consejero de familia. Todo lo cual irá anticipando los fundamentos de nuestra propuesta sobre el diseño de la función.

Asimismo contamos brevemente la experiencia y trayectoria del cuerpo de mediadores del Poder Judicial de Mendoza desde sus inicios hasta el presente. Esto nos permite concluir en la importancia del trabajo sistémico y coordinado de ambas figuras, junto con otros operadores jurídicos y sociales.

II.- CONTEXTO NORMATIVO GENERAL

Es necesario para comenzar con la propuesta de trabajo planteada repasar y mencionar a grandes rasgos el marco normativo dentro del cual nos situamos.

En Mendoza se sancionó en 1995 la ley número 6354 de Protección Integral del Niño y Adolescente. Su objetivo fue que en las prácticas socio jurídicas de la provincia estuvieran contemplados los principios de la Convención de los Derechos del Niño; resaltando el nuevo paradigma que destaca la calidad de sujeto de derecho de los niños y adolescentes y convierte a los adultos en sujetos de responsabilidades. Asimismo del artículo75 inc. 22 de la Constitución Nacional, se desprende la idea de examinar y aggiornarlas categorías jurídicas tradicionales del derecho de la niñez y de la adolescencia.

Concomitantemente la Ley de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes (ley 26.061) se adhiere a estos principios emergentes de este paradigma. Considera que todo diseño de Política Pública debe responder al fortalecimiento del rol de la Familia sosteniendo "*la concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios.*" Se destaca entonces la importancia de la responsabilidad de las provincias y los municipios.

En el siglo XXI presenciamos la consolidación de nuevos sujetos de derecho. En la actualidad todos ellos se encuentran legitimados para recurrir a la justicia a fin de hacer valer sus intereses que el derecho les reconoce.

Mendoza, en calidad de pionera en su trayectoria legislativa, ha presentado un proyecto de ley, que al momento de redacción del presente trabajo no cuenta aún con trámite legislativo, pero que muy probablemente lo tenga a la brevedad.

Algunos de sus principales objetivos es adecuar la legislación provincial a la Ley Nacional 26.061; como también el sistema procesal vigente en el fuero jurisdiccional de Familia local ajustándolo al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Entre las novedades contempladas en el anteproyecto se señala la oralidad de las audiencias y la creación de la figura del consejero de familia.

III.- CONTEXTO NORMATIVO PARTICULAR - INSTANCIA PREVIA DE MEDIACIÓN

Cuerpo de Mediadores del Poder Judicial.
El Cuerpo de Mediadores del Poder Judicial de Mendoza comenzó a funcionar en el año 1998 a través de la Acordada N° 15.347. Así inicia sus actividades en el ámbito de las mediaciones de familia, como resultado de la aplicación de la Ley N° 6354.
El sistema previsto en la mencionada ley para la jurisdicción de familia es un sistema anexo al Poder Judicial. El proceso de mediación se regula como una instancia previa y voluntaria a la iniciación de un proceso judicial, en los temas referidos a la responsabilidad parental, y que la ley 6354 y anterior Código Civil denominaban como tenencia, alimentos y régimen de visitas.
A partir del año 2008 se llevó a cabo el plan de descentralización del servicio de mediación, a fin de hacer efectivo el principio de Acceso a la Justicia. La metodología utilizada se encontraba orientada a dar una respuesta a los requerimientos cotidianos de la gente en los lugares más cercanos a su residencia o domicilio. Para ello se dispuso la presencia del Cuerpo de Mediadores en todas las jurisdicciones judiciales de la Provincia en forma permanente (se presta servicio en todos los lugares donde funciona una dependencia del Poder Judicial, Juzgados de Paz departamentales).

Además de la mediación familiar, este organismo realiza: Mediaciones civiles: La mediación es de carácter voluntario y puede ser factible en cualquier instancia del proceso, previo el consentimiento de las partes. En 2010 la Suprema Corte de Justicia dictó la acordada 22.748, a través de la cual pueden ser derivadas al Cuerpo de Mediadores causas tramitadas ante la Suprema Corte de Justicia, Cámaras de Apelaciones; Juzgados Civiles; Juzgados de Paz Letrado y Tributario y Juzgados de Paz. Mediaciones penales. En 2008 se dictó la Acordada (N° 21.612 bis) para el fuero penal juvenil y en materia correccional y contravencional. Y mediaciones Laborales, también reguladas por acordadas de la Suprema Corte de Justicia.

IV.- VISIÓN DE LOS DISTINTOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Existen diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos, las más conocidas son: facilitación, negociación, mediación, conciliación y arbitraje.

La facilitación es una práctica mediante la cual una o más personas colaboran para que se produzca el intercambio de ideas en un grupo, con el objeto de construir consensos, encaminados a lograr objetivos fijados previamente. Si bien la facilitación no es únicamente un método alternativo de resolución de conflictos, ya que no necesita para su utilización la existencia de un conflicto, transita su existencia bajo el esquema colaborativo propio de esos métodos.

La negociación es una forma alternativa que las partes enfrentadas realizan directamente sin ayuda ni facilitación de terceros y muchas veces no implica disputa previa.

Según el modelo de negociación distributivo, de carácter posicional, conocido como de suma cero o "ganar - perder", cada parte trata de conseguir la mayor porción posible, lo cual implica un detrimento de la otra. La negociación interpersonal es dura, se trata de alcanzar determinados objetivos, tiene baja confianza, no considera la posibilidad de mantener relaciones a largo plazo. La información sobre el interés de la otra parte, y la primera oferta que se lance, son *variables claves en esta negociación*. En el modelo de negociación integrativa, que se desarrolla bajo el esquema "ganar-ganar", se trabaja con base en los intereses, propicia la relación, acompaña información, tiene alta confianza, pretende el logro de metas mutuas.

La mediación es una forma pacífica de resolución de conflictos en la que interviene un tercero neutral o imparcial, el mediador, que asiste a las partes en el análisis de su problema desde distintos puntos de vista para que puedan llegar a una solución mutuamente aceptable. La mediación es una negociación asistida por un tercero, el mediador, que ayuda a restablecer la comunicación entre las partes, a fin que pueden llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio.

Los caracteres del método son los siguientes: voluntario, neutral, informal, confidencial, con mirada hacia el futuro, de autocomposición, no adversarial y colaborativo.

"La conciliación es similar a la mediación pero con la diferencia de que el tercero conciliador puede realizar propuestas de solución a las partes, lo que no ocurre en la anterior. Éste método alternativo de resolución de conflictos se utiliza en el ámbito judicial, en las instancias administrativas y laborales y también en las cuestiones relativas a la defensa del consumidor, entre otras."***(1) Avances en Mediación y Resolución de Conflictos. ZETA Editores 2006***

VI- PARADOJAS DE LA MEDIACIÓN

Existe una tendencia que podríamos caracterizar como paradójica en la dinámica de funcionamiento de la mediación, la que podría enunciarse de la siguiente manera:

Los participantes de una mediación demuestran niveles más altos de satisfacción con el resultado comparado con el litigio judicial, sin embargo se resisten a participar de la misma.

La pregunta que surge sería qué tipo de necesidades, además de sus intereses subyacentes a sus posiciones, no estarían siendo atendidas por el diseño clásico del proceso de mediación. O ¿Qué demandan profundamente las personas implicadas en un conflicto?

A.-Ser escuchadas por una autoridad social legitimada y que resuelva el problema

Lo que ofrece técnicamente la mediación es la escucha recíproca de las partes en conflicto, asistidas por el mediador. Frecuentemente, las partes, también demandan una directiva proveniente del mediador que los dirija a la solución del problema.

Una de las características principales de la mediación, la confidencialidad, puede terminar obstaculizando esta pretensión y la capacidad de los actores para tener esa voz que necesitan sea escuchada por ese otro que no sean ellos mismos.

En los litigios tradicionales el juez representa esa autoridad y legitimidad, y aunque el sentido común sabe que el "juez" no podrá escucharlos a todos por igual, en esta pretensión aunque parezca ingenua, subyace una regla de derecho.

B.- Reivindicación

Con esto nos referimos a los aspectos normativos de un conflicto. Es muy común que las personas no piensen que su problema gira en torno a sus intereses percibidos como incompatibles, sino acerca de los correcto o incorrecto y de que su causa es justa. Muchos enfoques de la mediación sostienen que los aspectos normativos o basados en valores no conforman una perspectiva productiva y abogan por la necesidad de olvidar sus deseos de victoria y aceptar resultados que amalgamen sus intereses principales.

En cambio la confrontación clásica judicial no excluye la necesidad de reivindicación, aunque sean procesos más costosos, dificultosos e inciertos. Sin embargo la gente también se siente deseosa de renunciar a su esperanza de victoria, pero sólo son capaces de hacerlo si creen que han hecho su mejor intento para obtenerla.

Esto también se relaciona con la necesidad de las personas referida a que la solución a su problema influya en su vida individual como también social, a que su causa "siente una precedente". *Generalmente los acuerdos de mediación son privados, CONFIDENCIALES, y no tienen en la percepción de la gente un impacto social significativo*

C-Seguridad

Las partes involucradas en conflictos quieren sentirse poderosas y efectivas pero también seguras y a salvo. Para muchos esa seguridad se encuentra en un proceso formal con normas y procedimientos claros. También es probable que se consiga al recurrir a representantes, abogados, con la fantasía del compromiso que asumen con su causa, su implicancia con el problema y finalmente concluirán evitándolo.

D -Neutralidad e Imparcialidad

La neutralidad e imparcialidad no parece ofrecer demasiadas oportunidades para la *Escucha, La Justicia, La Reivindicación y el Impacto Social*, puntos que hemos mencionados anteriormente. El problema es que las partes en conflicto a menudo necesitan algo diferente de la intervención de un tercero neutral. Por ejemplo cuando buscan tener esa voz, o conseguir el valor justicia, la neutralidad tiene poco que ofrecer.

También y no menos importante es que la neutralidad da la sensación de ser sólo una expresión de intenciones y no de comportamientos.

El rol de tercero neutral es importante y poderoso pero es uno de los muchos roles que la gente necesita cuando está en conflicto. También precisa, consultores, consejeros, representates, facilitadores, conciliadores y mediadores.

D - La resolución de la disputa como meta de trabajo

No cabe duda que resolver el conflicto es un objetivo excelente, pero es sólo uno de los tantos. Es necesario enfocar al conflicto de una forma distinta y más compleja. Muy a menudo es un proceso que no es susceptible de solución tal y como la entendemos. A menudo el objetivo de la mediación que es llegar a un acuerdo puede parecer, por la complejidad de los conflictos, una solución superficial y circunstancial. Es por esto que es necesario comprender que muchas veces las personas necesitan sacar a la superficie, a veces intensificar, y gestionar el conflicto, por lo que los acuerdos sólo pueden en estos casos servir a modo de tregua temporal. La necesidad entonces es la de un acompañamiento, defensa, consejo y asistencia, en miras a una gestión pacífica y constructiva del problema.

VII Necesidad de un nuevo rol-Consejero de familia

Por todas estas razones; por la complejidad y diversidad de conflictos; porque muchas personas necesitan ser escuchadas por una "autoridad" legitimada con la capacidad de resolver su problema, que dicha resolución implique la realización del valor "justicia" aunque no los beneficie, pero con la percepción de haber asumido el riesgo de luchar por su causa, en un contexto de seguridad. Que esta solución va a trascender del escenario íntimo de la relación de las partes

porque no va a ser secreto ni confidencial, y por lo tanto tendrá de alguna manera mayor impacto social. Y además el ciudadano sabe, porque la cultura y sentido común se lo dicen, de las grandes limitaciones del sistema judicial de administración de justicia, y de la imposibilidad de ser efectivamente escuchados por un "Juez". Por eso entendemos, desde la experiencia de nuestra práctica, que la figura del Consejero de Familia resulta necesaria y útil para todo un universo de casos cuyos protagonistas elijen transitar su conflicto familiar en el ámbito Judicial.

VIII.- PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CONSULTOR

Técnicamente el consultor de familia es un tercero que opera dentro del esquema tradicional del litigio. Se trata de un funcionario Judicial, persona con experiencia y trayectoria en la materia; y que por tener cierto prestigio en el área merece respeto, por lo que su actuación tiene fuerza de persuasión.

Además de su versación específica en materia de derecho de familia, en particular, debe tener la formación y experiencia para asistir y acompañar a las familias en crisis, a fin de encontrar soluciones consensuadas y caminos constructivos de resolución. Su actividad es conciliatoria y de composición de intereses; y si bien no es un Juez, debe tener ciertas atribuciones y poder que lo legitimen y jerarquicen como el peldaño inmediato anterior al mismo.

Debe logra que las partes desplieguen el drama cotidiano de su conflicto en términos afectivos y relacionales, independientemente de los términos de la contienda y litis legal, la cual debe conocer antes de su intervención. Su actuación debe ser bajo el principio de inmediatez, debe escuchar personalmente a las partes a fin de elaborar un "diagnóstico "referido a la "dinámica del conflicto" en que se encuentran las personas. Para esto es necesario un trabajo en equipo e interdisciplinario con los demás auxiliares de la Justicia, a fin de poder proponer o elaborar un plan consensuado que tienda a la "desescalada" del conflicto.

También podrá emitir un informe, que tendrá el carácter de una simple recomendación. De ninguna manera podría asimilarse su función a la de un perito, y aunque en teoría esto es perfectamente diferenciable, pensamos que en la práctica se debería elaborar un protocolo de actuación para no traspasar una delgada línea ética y legal.

IX PROPUESTA -Construcción de un nuevo rol-Encuadre de trabajo de consultor de familia-Importancia de la etapa prejudicial de mediación

1) En primer lugar, caracterizado el perfil profesional del consejero consultor de Familia, consideramos que su intervención debería comenzar una vez trabada la litis, demanda y contestación, a fin de garantizar el principio de igualdad procesal de las partes y debido proceso. Si interviniera luego de presentada la demanda y antes del traslado y contestación de la misma, dejaría expuesta la estrategia procesal de una sola de las partes. Le daría la oportunidad al

demandado de reunir más elementos para elaborar su táctica de defensa; y obstaculizaría el desempeño del consejero o consultor de familia, generándole serios conflictos éticos y legales.

Desarrollaría sus funciones mediante un proceso informal y consensuado bajo su dirección y recomendaciones. Sin embargo se labrarán actas (no circunstanciadas) con el fin de dejar constancia de la presencia de las partes, de los avances en la resolución, de sus recomendaciones, del plan de trabajo eventualmente propuesto, es decir de los hechos más significativos tendientes a la solución o cierre de la instancia previa.

Dichas actuaciones no serán secretas ni confidenciales, pero si absolutamente reservadas, bajo el mismo principio de todo el proceso jurisdiccional de familia. No es aplicable el secreto profesional ni la confidencialidad por la simple razón que se trata de un funcionario judicial, en algunos aspectos casi percibidos como un "juez", que ejerce sus funciones dentro de un procedimiento jurisdiccional. No se trata de un abogado de parte, ni de un defensor oficial, ni de un mediador prejudicial, los que si estarían sometidos a la obligación de secreto profesional y al principio de confidencialidad. Sus actuaciones estarán orientadas por las convenciones internacionales, en particular la Convención internacional de los derechos del niño y una perspectiva de género.

2) En segundo lugar, consideramos de suma importancia que exista, una instancia prejudicial de mediación. La diversidad y complejidad de los conflictos hace imprescindible ofrecerle al ciudadano la posibilidad de elegir entre los dos carriles por los cuales pueda gestionar su conflicto familiar, teniendo en cuenta las grandes ventajas que ofrece la mediación, la trayectoria de los profesionales y sus excelentes resultados. Muchos, más apropiados de su problema, desearán contar con la confidencialidad, prejudicialidad y demás ventajas que ofrece la mediación. Muchos otros, necesitaran presentar su conflicto ante una autoridad legitimada que acerque y sugiera de manera amigable alternativas de solución; no obstante ello, algunos otros probablemente necesitarán indefectiblemente la sentencia de un Juez, deber indelegable de un estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA:

- Bush, R y Folger J."The promise of mediation", San Francisco USA.1994.
- Elena I. Highton y Gladys S. Alvarez "Mediación para resolver conflictos" AD-HOC 1999
- Cathy A. Constantino y Christina Sickles "Diseño de sistemas para enfrentar conflictos". Ed. Gránica 1997.
- Fisher, Roger, Ury William y Patton Bruce "Sì…¡de acuerdo! Como negociar sin ceder" Ed. Norma 1994
- Remo F. Entelman " Teoría del Conflicto" gedisa 2009

- Bernard S. Mayer " Más allá de la neutralidad" gedisa 2008
- Justicia Restaurativa. Kemelmajer de Carlucci, Aída, http://www.castellanolibros.com/editoriales/Rubinzal-Culzoni-311 Rubinzal Culzoni 2004
- Fox, Margarita, M. Cristina Culotta y Alicia Dúo "Avances en Mediación y Resolución de Conflictos". Ed Zeta 2006.

  Gozaini, Osvaldo A "Formas alternativas para la resolución de conflictos". Ed. Depalma.1995

Ponencia 4 – Comisión 2

Título: Derecho del niño a participar en los procesos judiciales. El derecho del Niño a ser escuchado.

Autor/es: Silvina Alejandra Arancibia Narambuena

Contacto:

AUTORA: SILVINA ALEJANDRA, ARANCIBIA NARAMBUENA

FUNCION: JUEZA DE FAMILIA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN-ARGENTINA

DIRECCION: Miguel Eguinoa n° 396 Ciudad de Cutral-Có

Provincia de Neuquén República Argentina

Teléfonos: 54 299 4961248

299-155123027

Email: silaran@hotmail.com

DERECHO DEL NIÑO A PARTICIPAR EN LOS PROCESOS JUDICIALES

El derecho del Niño a ser escuchado.

I.- INTRODUCCION:

Con el presente pretendemos, a la luz de la doctrina de la protección integral de la niñez, analizar en la práctica cotidiana el derecho garantizado a todos los niños a participar en los procesos judiciales.

La protección especial para la infancia por parte de la comunidad internacional fue evolucionando hasta consagrar en la Convención sobre los Derechos del Niño de manera sistemática los instrumentos internacionales existentes hasta ese momento. Los que le reconocieron a los niños sus derechos como ciudadanos siendo una de las herramientas fundamentales a la hora de darle vigencia la garantía de la participación en todos los procesos judiciales o administrativos que los

afecten. Tal participación de niños, niñas y adolescentes[159], dispuesta en el art. 12 de la Convención de Derechos del Niño, significa de por sí una notable innovación, que nos pone a jueces, abogados y todos los operadores de derecho ante las encrucijadas de ¿Cómo hacer efectiva tal garantía? ¿Cómo dar lugar a **la palabra de niños, niñas y adolescentes?** La normativa se refiere ampliamente al derecho de NNA a ser escuchados en **todos los asuntos** que lo afecten, no obstante nos limitaremos a tomar como objeto de análisis su participación en los procesos de familia. Centrando el objeto de estudio en las situaciones concretas en que **la palabra** (literalmente) del niño debe ser escuchada y en lo que, con esa palabra hacemos los adultos responsables de la escucha.

Es decir que si bien el tema es sobre los niños y sus derechos, en definitiva se trata de cómo "nos arreglamos" los adultos, para "soportar" esa escucha y mediante ella brindar a NNA las respuestas esperadas que garanticen **su interés superior** entendido tal como la definición del art 3 de la Ley 26.061 [160]como *"la máxima satisfacción, integral y simultanea de los derechos y garantías reconocidos…"*:

La referencia a los adultos responsables de la escucha en el contexto de la presente es para los llamados a intervenir, a quienes en lo sucesivo y a modo de convención mencionaremos como operadores de derecho[161]incluye a: abogados que se dedican a atender cuestiones de familia, especializados o no, a los representantes del Ministerio Pupilar, los Psicólogos y Asistentes Sociales (que integran los Equipos Interdisciplinarios) a los funcionarios, magistrados y empleados de la Justicia de Familia; y por supuesto de otros organismos judiciales que con competencia en Familia no resulten especializados .

Partiendo de la siguiente hipótesis: Hacer efectivo el derecho del niño a ser escuchado en todos los procesos judiciales de familia en los cuales se debatan asuntos que lo afecten garantiza que las decisiones que se tomen atiendan su interés superior, entendido tal como lo define la Ley 26.061 *"la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley…"*

II.- EVOLUCION DEL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO:

Previo al estudio que nos ocupa cabe formular una breve reseña,[162] de los instrumentos internacionales y legislación vigente, que demuestra a las claras la evolución que se produjo desde hace más de cincuenta años, en lo que se refiere a la concepción del niño como sujeto de derechos, dándole una mayor participación en aquellos procesos que los afecten.

---

[159] En lo sucesivo NNA

[160]Ley de Proteccion Integral de Niños y Adolescentes (año 2005)

[161] Sólo a los fines de la simplificación gramatical y facilitar la lectura evitando las enumeraciones reiterativas.

[162]GIL DOMINGUEZ, Andrés-FAMA, María Victoria- *HERRERA*, Marisa, *"Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia" Comentada Anotada Concordada 1° Ed. – Buenos Aires-Ediar 2007*

Es a través de la norma contenida en el artículo 5 de la CIDN donde se incorpora el "principio de autonomía progresiva". Este principio sumado al reconocimiento del niño como sujeto de derecho, ha resinificado el tradicional concepto de patria potestad de los padres que se relacionaba más con la idea de poder o dominio, receptando el nuevo concepto de responsabilidad parental, consagrando la idea de deberes y derechos de los padres con los hijos, que implica el reconocimiento de la capacidad de los niños y de su condición de sujetos de derechos, separados de la voluntad de sus padres.

El reformado Código Civil entre otros, en los art. 26, 707, incorpora esta nueva lógica del niño sujeto que en consonancia con la CIDN y con las 100 Reglas de Brasilia dispone la obligatoriedad de la escucha de todas las personas en condiciones de vulnerabilidad, aun cuando el objeto del presente trabajo se circunscribe al nuevo rol de los niños en los procesos judiciales. Esta capacidad progresiva de expresión en función de cada etapa evolutiva, que habilita al niño a peticionar en defensa de sus derechos, es lo que fundamenta la necesidad de regular las formas de participación. Todo niño tiene derecho a una efectiva tutela del órgano jurisdiccional, a fin de remover cualquier obstáculo que le impida el ejercicio de sus derechos personalísimos, de acuerdo con el grado de madurez alcanzado.

Estrechamente vinculado con el ejercicio de sus derechos, la Convención reconoce a los niños en su artículo 12 el "derecho a ser oído", el cual contempla aspectos sobresalientes a tener en cuenta por el operador. Como correlato de este derecho de expresión, el niño como persona humana goza al igual que los adultos del derecho de peticionar ante las autoridades para la tutela legal de derechos reconocidos. Así el principio de efectividad consagrado en el artículo 4 de la Convención, obliga al Estado a adoptar todas las medidas administrativas, legales y otra índole, v.gr. resoluciones judiciales, que son necesarias para dar efectividad a los derechos que allí se consagran.

Del juego armónico de lo establecido en los arts. 4, 5, 12 y 18 de la Convención, surge la obligación del Estado de intervenir a fin de remover cualquier obstáculo que le impida al niño el ejercicio autónomo de sus derechos personalísimos, en consonancia con el grado de madurez alcanzado.

Tal se viene expresando, en el marco de la familia, el paradigma de la protección integral parte de una concepción del niño como sujeto de derechos en la relación paterno-filial, reformulada a partir del principio democrático de interacción entre el adulto y el niño. La constitucionalización del derecho de familia ha determinado que el centro y protagonista de la legislación es el sujeto y como tales los niños al igual que los adultos. Por lo cual se debe ver al niño como un ciudadano actual, más allá de la fase de desarrollo madurativo.

Orientado en este sentido, la Corte IDH sostuvo que: "(…) la expresión "interés superior del niño", consagrada en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica **que el desarrollo de**

éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.[163]La CSJN ha considerado que el concepto de ISN es abierto, en consiguiente, el Poder Judicial debe precisarlo al momento de resolver. Esto implica valorar las circunstancias del caso concreto como parámetros aceptados por la jurisprudencia y la doctrina así como tener en cuenta la información suministrada por otras disciplinas.

Del referido marco normativo y de la interpretación de nuestro máximo tribunal[164] surge claramente la obligación de nuestro estado de actuar conforme la normativa en sus condiciones de vigencia, es decir que más allá de las interpretaciones para cada caso concreto, el interés superior del niño es la pauta rectora de todas las intervenciones de los magistrados en las cuestiones en que derechos de niños estén en conflicto, así lo ha dicho reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

III.- EL DERECHO A SER OIDO:

El Comité de los Derechos del Niño en su carácter de órgano especializado para examinar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los estados parte en su calidad de intérprete de la Convención, dictó el 20 de julio de 2009 la Observación General n°12; ha señalado al art. 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño, junto con: el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño.

a) Análisis del art. 12 de la CIDN

Para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación. Los Estados partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior.

Resulta fundamental atender a la idea de capacidad progresiva, la expresión “todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio “; no debe verse como una limitación, sino como una obligación de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. No pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas.

El Comité hace hincapié en que el art. 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica

[163]Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño,* Serie A No 17, del 28 de agosto de 2002, conclusión 2; véase también el voto concurrente del Juez CANCADO TRINDADE, párrafo 60.

límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.

En primer lugar la plena aplicación del art. 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.

En tercer lugar, los estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimentan dificultades, ej. Los niños con discapacidades, así como también los niños pertenecientes a minorías, que no hablen el idioma mayoritario.

Por último, deben ser conscientes de las posibles consecuencias de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato; se debe garantizar el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño.

Libremente significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. Significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presiones indebidas. Libremente es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva “propia” del niño: el niño tiene derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.

El Comité hace hincapié en que el niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos. El proceso de “escuchar “al niño es difícil y puede causar efectos traumáticos.

La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores lo informen de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones.

En todos los asuntos que afectan: El grupo de trabajo establecido por la Comisión de Derechos Humanos que redacto el texto de la convención rechazo una propuesta para definir esos asuntos, se decidió que debía referirse a “todos los asuntos que afectan al niño”. Teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez. Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o

para comunicarle la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. No basta con escuchar; las opiniones tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio. Al exigir que se tengan en cuenta sus opiniones *en función de su edad y madurez* deja claro que la EDAD en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño.

Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso. "Madurez" hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del art. 12; es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto también deben tomarse en consideración. Cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Esta transformación no tendrá lugar en un punto fijo del desarrollo del niño, sino que se producirá paulatinamente a medida que se alienta al niño a aportar sus opiniones. Debe darse al niño oportunidades de ser escuchado**, en particular en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño.** Es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones.

No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas del tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.

IV.- LAS DUDAS:

En la práctica concreta surgen los interrogantes sobre la obligación de convocarlos en todos los tramites que lo afecten, y ante esta cuestión si bien la respuesta habitual y espontánea es que deben comparecer en **TODOS**, una vez que se analiza entendemos conveniente que en aquellas cuestiones de índole patrimonial (tales como los reclamos alimentarios) la participación de los niños se garantice con la representación de los adultos, ya que es esperable sean ellos quienes se encuentran en condiciones de acordar al respecto. Entender lo contrario, y citarlos en los casos en que los adultos no logran celebrar acuerdos, implica poner al niño en el lugar de testigo u objeto de prueba y no es ese el sentido de la norma. Con el eventual riesgo que podría emerger de

posicionar al niño como testigo de uno de los progenitores en detrimento del otro, situación que indefectiblemente repercute en el interés familiar y que no es lo pretendido por la legislación.

Una de las cuestiones que resultan de notable complejidad es la forma de registrar la escucha, ya que atendiendo el carácter confidencial y la posibilidad que en cada oportunidad los NNA tienen de decidir de todo lo que comentan qué se registra y queda escrito en el acta que luego se agrega al expediente, resulta en no pocas oportunidades a pedido expreso de ellos se excluye del acta algunos comentarios que luego resultan fundamentales al momento de tomar decisiones. Sobre todo cuando durante la audiencia sienten la suficiente confianza para comentar circunstancias que a sus padres y/o cuidadores los molestan, y ellos dan por sentado no serán contadas por los niños. Esto ocasiona la dificultad de como fundar debidamente las decisiones sin exponerlos, ya que lo resulto podría ser atacado por nulo. Consideramos en tal sentido que la forma conveniente de registrar las audiencias debería ser (previa consulta a cada niño) mediante la grabación en un registro fílmico, que se conserve con carácter reservado y sólo se exhiba ante los miembros de la alzada y en caso de existir una instancia de revisión. En nuestra provincia no existe ese recurso el que simplificaría el registro y control de lo actuado al menos en todos aquellos supuestos en que los NNA presten acuerdo a ser grabados.

V.-LA OBSERVACION GENERAL N° 12 ¿Un protocolo de actuación?

La aplicación de los dos párrafos del art. 12 exige que se adopten cinco (5) medidas para hacer realidad efectivamente el derecho del niño a ser escuchado; deben aplicarse de manera adecuada para el contexto de que se trate: Preparación, Los responsables de escuchar al niño deben asegurarse que este informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten. Audiencia, El contexto en que el niño ejerza su derecho tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el niño pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar. La experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación en lugar de examen unilateral. Es preferible que sea escuchado en condiciones de confidencialidad y NO en audiencia pública. Evaluación de la Capacidad del niño Siempre que del análisis caso por caso surja que el niño es capaz de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente las opiniones deben tenerse debidamente en cuenta, el encargado de adoptar las decisiones las debe considerar como factor destacado en la resolución de la cuestión. Deben establecerse buenas prácticas para evaluar la capacidad del niño, entendemos sin embargo que es conveniente por regla la convocatoria a los NNA, en definitiva resultando que poseen un plus de derechos es más sensato dejar sin efecto una audiencia ante la comprobación de la imposibilidad del niño de manifestarse, que presumir que no podrá hacerlo, cuando tal vez encontrándose con los ajustes necesarios pueda expresar su opinión. Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (comunicación de los resultados al niño) El encargado de adoptar decisiones debe

informar al niño el resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados es una garantía de que las opiniones del niño no se escucharan solamente como mera formalidad sino que se tomarán en serio. Quejas, vías de recurso y desagravios el derecho del niño a ser escuchado se vulnera deben legislarse procedimientos de apelación y denuncia que ofrezcan vías de recurso para las violaciones de sus derechos.

VI.- CONCLUSIONES FINALES:

La primera conclusión que obtenemos es que todos los operadores del derecho nos encontramos ante el desafío de abandonar el modelo tutelar (es más difícil porque la mayoría de nosotros hemos crecido, sido educados y formados en ese modelo, de los niños en situación irregular, objeto de derecho), lo que nos impone la obligación de replantear nuestras prácticas. Todo ello sin olvidar que conforme las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos del Niño y nuestra propia Corte, la disposiciones de la Observación General N°12 son obligaciones para que los estados actúen, con lo cual, las formas de abordar la escucha en todos los supuestos en que se deben resolver asuntos que afecten a niños, tiene un reducido margen de discrecionalidad Uno de los principales desafíos de este modelo centrado en la subjetividad del niño, es la necesidad de equilibrar su derecho a participar en las decisiones y asumir las responsabilidades para las cuales tiene competencia, con el derecho a recibir protección adecuada por parte del poder público, en nuestro caso de parte de los Jueces. Está latente en cada intervención, la tensión entre intervención/protección y autonomía. La autonomía progresiva, en consonancia con la evolución de las facultades del niño, constituye la base de un apropiado respeto de la conducta independiente de los niños, sin exponerlos prematuramente a las plenas responsabilidades normalmente asociadas con la edad adulta.

La búsqueda de este equilibrio presenta una dificultad constante cuya solución varía en función de los distintos derechos en juego, resultando complejo establecer una solución universal y uniforme. La promoción y apoyo del ejercicio de una autonomía progresiva y responsable involucra tres aspectos: a) *la evolución*, reconociendo en qué medida la realización de los derechos enunciados en la CIDN promueve el desarrollo, la competencia y la gradual autonomía del niño; b) *la participación,* destacando el derecho del niño a que se respeten sus capacidades y transfiriendo la responsabilidad del ejercicio de derechos de los adultos al niño en función de su nivel de competencia, y c) *la protección,* admitiendo que, dado que las facultades del niño se siguen desarrollando durante toda su infancia, este tiene derecho a recibir la protección de sus

progenitores o representantes y del Estado contra la exposición a situaciones que puedan serle perjudiciales.

Consideramos como Propuesta de esta ponencia; que las recomendaciones brindadas en la Observación General n° 12 deben ser homologadas como protocolo de actuación obligatorio en todos los supuestos de escuchas de NNA.

Asimismo que corresponde regular y normalizar la forma de registro de la escucha de modo de conciliar el derecho a la intimidad con la necesidad de dictar resoluciones fundadas.

El interés superior del niño debe ser tenido como el norte, cada decisión que se tome debe ser "mirada a través de la lente del interés superior"; la Convención, no podría aplicarse íntegramente si no se respeta al niño como sujeto con sus propias opiniones.

De hacer un análisis de costo-beneficios, el costo de la preparación de disponer de mayor tiempo para celebrar las audiencias, de ajustar las apretadas agendas de los juzgados dando prioridad a la escucha, justifica el beneficio obtenido, siempre la inmediación con las personas en los procesos de familia, y la escucha de los niños en particular permite tomar mejores decisiones.

Aún nos queda mucho por andar pero entendemos es este y no otro el camino correcto, por una infancia respetada, que formará adultos felices.

BLIOGRAFIA y MATERIAL DE CONSULTA:

- BELOFF M.-DEYMONNAZ V.-FREEDMAN D.-HERRERA M.-TERRAGNI M. Convención sobre los Derechos del Niño- Comentada, Anotada y Concordada. La Ley 2012.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés - FAMA María Victoria, HERRERA, Marisa Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes –Derecho Constitucional de Familia, EDIAR, Buenos Aires, 2007.Observación General n° 12, análisis literal del art.12 , párrafo 20 y21
- LLOVERAS, Nora- SALOMON, Marcelo, *El derecho de Familia desde la Constitución Nacional,* Universidad, Buenos Aires, 2009, p.418.
- La Garantía del Debido Proceso Legal de niñas, niños y adolescentes un fallo innovador por Mónica Assandri y María Claudia Lupoli Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia Febrero de 2012 2012-1

- La enseñanza del derecho de las familias: del singular al plural, algo más que una letra de diferencia por Herrera, Marisa. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia n° 73 Marzo 2016, pág. 9 y 10.
- El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia. Prácticas, valoraciones y sentidos. Parte I. Por Carla Villalta, Josefina Martínez, Julieta Grinberg, Natalia de la Torre, Fiorella

Vigo, Marisol B. Burgués y Mariana Vázquez Acatto. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia n° 73 Marzo 2016, pág. 275

- Corte IDH, Opinión Consultiva n° 17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño,* Serie A No 17, del 28 de agosto de 2002, conclusión 2; véase también el voto concurrente del Juez CANCADO TRINDADE, párrafo 60
- Acuerdo n° 3 del Tribunal Superior de Justicia en autos "DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES C/B.J. S/ACCIÓN DE AMPARO" (Expte. N° 69529-año 2015)03 de marzo de 2016.

Ponencia 5 – Comisión 2

Título: Discapacidad: La revisión de las sentencia en materia de capacidad jurídica ¿es obligatoria en todos los casos?

Autor/es: María Andrea Caleri

Contacto:

Defensoría Pública de Chubut - Comodoro Rivadavia – Argentina

Teléfono: +54 9 297 4933529

E-mail: andreacaleri@gmail.com

DISCAPACIDAD: La revisión de las sentencia en materia de capacidad jurídica ¿es obligatoria en todos los casos?

SÍNTESIS DE LA PROPUESTA:

a.) Mejorar la calidad de vida de las PCD resolviéndose mediante una decisión judicial razonablemente fundada que en función de las necesidades y circunstancias de esa persona no es oportuna ni viable la revisión (art. 40 CCCU) de la sentencia dictada declarativa de apoyos (restricción o incapacidad);

b.) Despaternalizar y contribuir a una mayor inclusión social, cultural y familiar de las PCD previéndose en la sentencia declarativa de apoyos la obtención de información sobre las actividades y desarrollo de las potencialidades de las mismas, gestionada a través del sistema integral de apoyos;

c.) Respetar la dignidad, libertad y voluntad en la toma de decisiones de las PCD haciéndoles saber por medio de la sentencia que podrán solicitar la revisión de la determinación de los apoyos para intensificarlos, ampliarlos, cambiarlos o hacerlos cesar en la medida que sus necesidades y asistencia lo requieran.

I. INTRODUCCIÓN

La incorporación del instrumento jurídico universal de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad el 11 de diciembre de 2014 a nuestra Constitución Nacional (CN) en su artículo 75 inc. 22, le confirió al texto una jerarquización constitucional superior a las leyes (art. 31 CN) derivada del que podríamos denominar "movimiento de constitucionalización de los derechos privados" que incluyó al Derecho de Familia, una de las ramas en las que ha tenido más relevancia la reforma, influenciando profusamente a todo el microsistema jurídico de normas referidas a la capacidad de las personas. Se trata del primer documento internacional de Derechos Humanos temático y que se dedica de manera exclusiva a la discapacidad; consagra un elenco de derechos con una intensidad, capacidad garantista y protectora igual que para el resto de las personas.

El proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación Unificado argentino sancionado el 1/10/2014 había receptado e introducido entre sus significativas modificaciones diversos artículos referidos a los derechos de las personas con discapacidad y a la posibilidad de restringir el ejercicio de la capacidad jurídica, teniendo en cuenta dicha Convención y la Ley nacional de Salud Mental (26657). Su vigencia fue diferida hasta el 1/8/2015, es decir con posterioridad a la incorporación de la CDPCD en la Carta Magna, lo cual a mi criterio evidenció con mayor profundidad los desfasajes que existen entre la norma convencional constitucionalizada y nuestra ley de fondo, ya que adopta un sistema de restricciones que la Convención no contempla o hace diferenciaciones de capacidades cuando en la Convención la capacidad jurídica constituye un concepto único, lo cual implica actualmente para los operadores de justicia nuevos desafíos en la resignificación de las disposiciones contempladas en el Libro Primero, Título I, Capítulo 2 dedicado a la Capacidad de las Personas Humanas, y en especial la Sección 3ª que comprende los artículos 31 a 50 dedicados la restricción de la capacidad *de ejercicio* e inhabilitación.

Fundamentalmente la CDPCD junto a otros documentos internacionales como la Convención de Eliminación de todas las Formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad y la Convención Americana de Derechos Humanos, las Observaciones Generales e informes de los Comités Especiales de las mismas, conforman el marco jurídico internacional que se debe tener en cuenta a la hora de interpretar las normas dedicadas a la capacidad de las personas, su restricción, los procesos judiciales de capacidad y la designación de apoyos, la revisión de la sentencia contenidas en el CCCU ya que plasman en su conjunto la filosofía del denominado nuevo paradigma del modelo social orientado a la protección de las situaciones de discapacidad, en contraposición, al que fuera por años, el modelo que se implementaba y que hoy todavía hace rostro al nuevo modelo el rehabilitador o médico.

Los artículos 5, 12 y 19 de la CDPCD y los artículos 32 y 43 del CCCU reglamentan lo relativo a los apoyos con los cuales deberán contar este colectivo para asistirlo, complementarlo o coadyuvarlo

en la toma de algunas de las decisiones que efectúen en su vida cotidiana. Es a la luz de esos mandatos, que los derechos humanos enmarcados en un contexto social, se insertan en la defensa del tejido social construido, donde prevalecen ciertos valores que hacen posible un modo de convivencia, el del reconocimiento del otro. El modelo que refleja la nueva normativa se plasma en un paradigma garantista que se ha denominado "democracia constitucional", que desde una perspectiva general, condensa la fuerza normativa de la Constitución y la sujeción de los particulares y los poderes constituidos; un conjunto de normas constitucionales de libertades civiles y políticas y la búsqueda de la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

El presente trabajo pretende hacer un análisis en clave convencional del artículo 40 del CCCU a la luz especial de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que dicha norma impondría al juez o jueza que intervino en el proceso de declaración de apoyos - proceso de restricción de la capacidad en el lenguaje del CCCU- y también al Ministerio Público, por medio de sus asesores o asesoras a revisar al menos cada tres años esa sentencia, más allá de la voluntad del interesado, supuesto además considerado por la doctrina como diferente al contemplado por el artículo 47 del CCCU[165]. Las observaciones que referiré tienden a responder el interrogante principal referido a la posibilidad o no que el Juez pueda dejar de lado esa norma en algunos casos particulares que se le presenten, partiendo del basamento trilógico contenido en los artículos 1°, 2° y 3° del dicho cuerpo normativo de fondo.

II. LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ARTÍCULOS 5, 19 Y 12.

Hace años las personas con padecimientos mentales, intelectuales o motrices, eran prácticamente desconsideradas como personas y estaban destinadas a ser internadas en un hospicio para una rehabilitación que nunca se cumplía. Sus formas de comunicación no tenían poder, eran excluidas de la sociedad, pacientes, internadas, hacinadas, medicadas y hasta maltratadas física y emocionalmente, eran invisibilizadas y discriminadas por abandono del Estado, de la sociedad y de sus familias. Era mejor que las familias ocuparan su tiempo en un trabajo económicamente rentable y no en el cuidado de cuerpos improductivos, se "aliviaba" de esta manera las cargas familiares. El sistema económico las consideraba inútiles como factores de producción y las leyes teniendo en cuenta ese modelo económico capitalista liberal las consideraban incapaces, sustituidas en su voluntad por un curador quien hacía todo por ellas o muchas veces no hacía nada. Este diseño respondía a un modelo médico – autoritario de la discapacidad, el cual gracias a la participación activa de lucha de las propias personas con discapacidad (PCD) y movimientos sociales en su apoyo, hacia 1960 fue generando un modelo de inclusión e independencia individual

[165] OLMO, J.P., (2014). Salud Mental y Discapacidad. Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26994. Buenos Aires, Ed. Dunken.

llamado social de la discapacidad, sin curadores (salvo casos excepcionales) sino con apoyos o asistencias, colocando el problema, las acciones y los deberes en el Estado y la comunidad[166].

El máximo instrumento universal y legal consensuado y cristalizado para proteger los derechos de las PCD fue la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPCD), resultado del debate y la militancia vigorosa de muchas organizaciones mundiales que confluyeron en las Naciones Unidas, donde las propias PCD fueron sus principales protagonistas. A partir de allí, podemos afirmar que el lema que portan hoy en sus banderas las PCD es: el derecho a vivir en forma independiente y sin discriminación, reconocido en el artículo 19 de la CDPCD, cuya fuente es la dignidad de las personas. El modelo sobre el que se asienta es el de la construcción social de la discapacidad. Este último, es aquél que considera que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, ni biológicas, sino que son preponderantemente sociales; y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad, en igual medida que el resto de las personas sin discapacidad, pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición diversa.

El modelo social se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos de los derechos humanos que aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad, la libertad personal y un principio muchas veces olvidado, la fraternidad, propiciando la inclusión y asentándose sobre la base de determinados derechos: autonomía, vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, dialogo civil, entre otros. Parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad.

El avance en la efectivización de los derechos a la autovalía e independencia produce tensiones constantes en la concepción de las personas con discapacidad como dependientes, y es ahí donde se da ese movimiento pendular que nos hace ir y venir de un lado a otro pensando en lo que pueden y no pueden hacer por sí mismos las PCD y así muchas veces, por ejemplo, su “apariencia física” se nos representa en nuestra psiquis como la verdad de esa persona ya profetizada a no trabajar, no estudiar en escuelas comunes, no poder disponer de sus bienes, dinero, no realizar contratos de toda naturaleza, etc., no pudiendo descarnar de nuestras más íntimas convicciones aquel modelo de prejuicios, centrado en el déficit corporal o intelectual o mental de la persona, bajo la excusa de la protección. Pero me pregunto acaso, ¿no es que todos somos dependientes en algún sentido? todas las personas somos interdependientes ya que la noción de independencia o autonomía es también relacional, esto devela que todas las personas dependemos de otras personas en nuestra vida cotidiana.

[166] PALACIOS, A. (2006) ¿Modelo rehabilitador o modelo social? Las personas con discapacidad en el Derecho español. En Jimenez, E. (ed), Igualdad, No discriminación y Discapacidad. Buenos Aires: Ediar-Dykinson.

De acuerdo a la postura que adoptemos las preguntas serán: ¿qué imposibilidades o qué no puede hacer la PCD?, ¿qué discapacidad mental, intelectual o física tiene?, ¿qué actos no comprende la PCD? o parados en la vereda de enfrente: ¿Qué necesita o requiere la persona para ser más autónoma e independiente de lo que ya es para lograr una inclusión social completa sin discriminaciones? Estos últimos interrogantes se corresponden con el paradigma del apoyo, de la asistencia, de la amplificación de derechos. Muchas veces nos resulta difícil pensar en clave de apoyo, ya que la idea de representación como sustitución del otro está muy afincada en nuestra idiosincrasia e incluso muchas veces nos resulta más cómoda, lo cual complicaría la implementación del artículo 12 de la CDPCD en la Argentina de hoy. Para evitar caer en eufemismos, pienso que ante todo tenemos que pulverizar la idea del administrador (función del curador del interdicto) como única opción, debemos ser capaces de pensar en infinitas posibilidades, incatalogables todas, en lugar de una sola figura fijada por ley, inclusive he analizado en otro trabajo al contrato de fideicomiso como un sistema de apoyo patrimonial para las personas con discapacidad, además de los personales con los cuales pueda contar, entre ellos médicos, asistentes sociales, religiosos, dirigentes de clubes, amigos, etc., entre tantos.

El Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad en el marco de su primera reunión Extraordinaria celebrada en mayo de 2011, en San Salvador, interpretó en torno a esta norma que " … El art. 12 de la Convención sobre reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica y de obrar reviste un carácter central en la estructura del tratado, por su valor instrumental para el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad y su significación en el proceso de transformación de la legislación interna. Que habrá de considerarse no solo artículo por artículo sino principalmente en su significado global como corpus iuris del derecho internacional, teniendo como guía sus propósitos (art. 1°) y sus principios generales (art. 3°) siempre en el marco de una concepción integral de los derechos humanos…". Sobre esto expresaría el extinto Dr. Rosales que "A diferencia de los sistemas de protección sustitutivos que atrapan a las personas considerándolas un objeto a tutelar, el apoyo adecuado a la nueva normativa se encamina a la liberación de las personas en sus propias vidas, a la ampliación de su esfera de actuación en la que decidan por sí mismas lo que quieran hacer[167]."

III. LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA.

Teniendo en cuenta estas previas consideraciones, es pertinente adentrarnos en el análisis del artículo 40 del CCCU, el que dispone que la revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar

[167] ROSALES, P. O., Sobre la reciente Observación General en materia de capacidad de las personas con discapacidad del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Ley 25280) (Necesidad de modificación del capacidad de hecho del Código Civil) elDial.com - DC1688.

en cualquier momento a instancias del interesado y, ante los supuestos contemplados en el artículo 32 CCCU, es decir ante restricciones a la capacidad para determinados actos o declaraciones de incapacidad excepcionales, de personas mayores de 13 años que padezcan adicciones o alteración mental permanentes o prolongadas de suficiente gravedad y del que pueda resultar una daño para su persona o bienes, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido.

En orden a las normas convencionales analizadas la primer parte del artículo no ofrece mayores reparos, ya que la revisión de una sentencia a la que denomino – desde mi concepción- "declarativa de apoyos" pueda ser instada por parte del interesado o inclusive extensivamente por sus apoyos entiendo respeta el marco constitucional y convencional, dado que la autonomía e independencia que debe ser promovida en la vida de la persona con discapacidad, le permitiría al propio interesado a presentarse ante su juez o jueza y requerirle que la revise pidiendo un ajuste mayor o menor de los apoyos que le fueron designados, ya que imagino, una sentencia que declare apoyos[168], salvo el caso de la persona que se encuentra aislada y con imposibilidad de comunicarse con su entorno, por cualquier medio, modo o forma y un sistema de apoyos fuera ineficaz, como podría ser el caso de un coma profundo, más aún en este caso, debería designársele un representante total de sus funciones.

Ahora bien, la segunda parte del artículo 40 genera diversos planteamientos si nos ponemos los lentes de la CDPCD y miramos a través de ellos, ¿es siempre obligatorio para el juez o la jueza revisar la sentencia restrictiva?, ¿debe fijar el juez el plazo en que procederá a revisar esa sentencia en el mismo acto de su dictado?, sino lo hace ¿es obligatorio para el Ministerio Público instar su revisión?, ¿qué ocurre con la voluntad o consentimiento de la persona para que se le inicie esa revisión?, ¿qué ocurre si la PCD expresamente decide que su sentencia no sea revisada?, ¿se la/o podría llevar a la fuerza ante el juzgado para participar del proceso ante todas las convocatorias que se le efectúen?, ¿ante casos de situaciones de discapacidad irreversible acreditada igual el Estado debe forzar la revisión de la sentencia?

Las respuestas a estas inquietudes podrían estar fundadas en la última parte del artículo 12 de la CDPCD que declara "… esas salvaguardias… se apliquen en el plazo más corto posible y que estén

[168] A partir de la concepción que planteo, la sentencia debe ser declarativa o determinante solo de apoyos, no restrictiva de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad, ya que la filiación filosófica que inspira a la CDPCD no permite dicha restricción, salvo excepcionalidad, y es el mismo art. 32 que establece que el juez designará los apoyos necesarios especificando las funciones con los ajustes razonables que tendrá la persona en función de sus necesidades y circunstancias.

sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial…", por lo tanto el artículo 40 podría pasar el tamiz constitucional. Sin embargo, esta misma norma es la que declara que deberán respetarse los derechos, la voluntad y las preferencias de estas personas y que no podrá crearse conflicto de intereses ni una influencia indebida, la que interpretada con el artículo 22 inc. 1° de la CDPCD, que dispone que ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, no será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, el artículo 5.1. de la CADH y el art. 31 inc. b) del CCCU que establece que serán excepcionales las limitaciones a la capacidad y siempre en beneficio de la persona, me llevan a pensar que la revisión del artículo 40 debe ser reinterpretado en casos particulares que así lo ameriten las circunstancias y dejarse de lado dicha revisión.

La periodicidad de exámenes indicada en la norma convencional ¿implica una revisión de la sentencia o podría tratarse de otro tipo de indagaciones? Es que tal como lo propone el artículo 40 la estandarización, abstracción y direccionalismo, fijando un plazo arbitrario de tres años, para todos los casos y por otro lado direccionando al juez/a o al Ministerio Público en su caso a iniciarlas de oficio, a expensas de la voluntad de la PCD se da de bruces con la CDPCD.

La última parte del artículo me lleva a pensar que el juez podría no haber iniciado de oficio la revisión, ya que insta al Ministerio Público a hacerlo ante esa omisión. En mi opinión esto implica entonces que la omisión del juez/a puede haber sido discrecional o una simple omisión. En el primer caso, discrecional no significa arbitraria, sino por el contrario razonablemente fundada por el juez o la jueza interviniente en el expediente (art. 3° CCCU), cuando ante un supuesto particular considere que no hay criterio de oportunidad, mérito y conveniencia para hacerla o cuando crea que se le generará a la persona una situación de intromisión o injerencia arbitraria o ilícita ante sus derechos más íntimos, su dignidad y su libertad o no sea en definitiva razonable y así deberá argumentarlo en su sentencia. Piénsese personas que están hemipléjicas y postradas, intubadas, asistidas por respiradores en forma permanente, postradas en camas ortopédicas asistidas mecánicamente sin comunicación con el exterior, piénsese desde lo que pueden hacer y lo que necesitan para movilizarse o comunicarse con otros y la obligación del Estado.

Una observación que cuenta con aceptación general en la doctrina y jurisprudencia, reconocida por el artículo 2° del CCCU, enseña que las prescripciones legales no deben interpretarse en forma literal sino, fundamentalmente, en atención a la finalidad que persiguen, máxime cuando se trata de principios generales o de garantías jurídicas. Por de pronto, el principio contenido en el art. 19 de la CN prescribe que "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados", es la Corte Suprema quien ha sostenido que este artículo establece

el principio general que prohíbe perjudicar los derechos de terceros (alterum non laedere) y que la norma condensa un principio general aplicable a todo el derecho y no sólo al derecho privado[169]. Este principio junto al de razonabilidad que se funda en el precepto contenido en el art. 28 de la CN que estatuye que los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, serían suficientes para motivar una sentencia que se aparte de la revisión legal impuesta.

Es claro que se violenta la autonomía e independencia tan pregonada por la Convención desde su preámbulo y reconocida en aquellos principios constitucionales, tantas veces usados discursivamente cuando, aún a expensas de la persona interesada, en cuyo beneficio se supone se hace la revisión, lo único que recibe por parte del Estado es una persecución o control exacerbado bajo el lema de la protección estatal. ¿Quién más podría instar la protección de su persona que el propio o la propia interesado/a o los apoyos y salvaguardas? No arroja dudas el artículo 12 cuando en su punto 4° declara que los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas **para impedir los abusos** de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.

El Estado debe tratar de no caer en paternalismos injustificados especialmente cuando la actividad del juez no ha sido requerida ni instada por la persona interesada. Son varios los casos que tenemos ante la Defensa Pública de Chubut, Argentina, de personas con discapacidad y sus apoyos que nos piden a los Defensores Públicos (quienes actuamos como abogados/as del artículo 36 CCCU), que no los vuelvan a citar más por parte de los Equipos Técnicos Interdisciplinarios para sus exámenes médicos, que ya fueron varios años de audiencias con la jueza o el juez; que no quieren ir más al juzgado, que están molestos por todo el tiempo que tarda la justicia en sus trámites. No preguntan cuál es el sentido de todo el trámite si lo único que querían era una pensión por discapacidad y al final el Estado por otro lado (a través del sistema de pensiones se la denegó), que no quieren saber más nada! y quedan atados a la revisión procesal que les impone hoy el artículo 40 porque alguna vez pasaron por el sistema de justicia y tuvieron una de las sentencias de "incapacidad", aún frente a las ya revisadas.

Desde que se sancionó la Ley de Salud Mental en la Argentina dado que su artículo 42 imponía un plazo de hasta tres años para las sentencias de incapacidad, esto obligaba a realizar una revisión de las ya dictadas por lo que lentamente comenzaron a efectuarse a dichas sentencias tal examen y lo cierto es que se advierte desde la Defensa Pública de Comodoro Rivadavia, Chubut, que las nuevas comprobaciones no respondían a ninguna necesidad ostensible de protección, ya que prácticamente salvo en un mínimo porcentaje de sentencias, el resto se han mantenido,

[169] SCJN, Fallos 327:3753 (2004) "Aquino, Isaac c/ Cargo Servicios Industriales s/ accidentes ley 9688"; Fallos 329:473 (2006) "Díaz, Timoteo Filiberto c/Vaspia SA"; Fallos 330:2548 (2007) "Ramírez, Juan Carlos c/ E. B. Y. s/ daños y perjuicios".

confirmándose la situación por las juezas sin mayores cambios más que el de adaptar el proceso al nuevo escenario procesal y el vocabulario o lenguaje del nuevo paradigma a la sentencia, pero sin ninguna incidencia significativa en cuestiones concretas de la capacidad.

Esto plantea un análisis profundo acerca de ¿cuál es el beneficio o protección que el Estado pretende otorgar las personas con discapacidad?, personas que deben ser sometidas a citaciones ante el Juzgado, audiencias, entrevistas, suspensiones de audiencias, asistir a ver a su abogado para asesorarse, realizar impugnaciones de los informes que tienen que hacer por medio de sus abogados patrocinantes y vuelta a someterse a exámenes médicos, con todo el desgaste y cansancio que ello implica. Ni que decir del rigor formal que se alega para cumplir con la norma, frente a la tan mentada desjudicialización y despapelización, que implican en definitiva un dispendio jurisdiccional prácticamente inútil, de recursos humanos y económicos.

Ni que decir de las familias o amigos, o apoyos referentes que acompañan y asisten a la persona con discapacidad. Me ha tocado atender en mi despacho discapacitados que asistieron con tres familiares, que dejaron sus trabajos o sus propias familias para participar de la entrevista con su abogado - defensor para comentar como asistía a su familiar y colaboraba en sus necesidades, mostrándose molestos, cansados, invadidos, ante la “aparente y abstracta” protección de un Estado que casi sin darse cuenta, en muchos casos violenta institucionalmente a las familias que integran este colectivo tan vulnerable porque entre sus miembros hay alguien con discapacidad, efectuando una discriminación inadmisible.

IV. DESPARTERNALIZAR APOYANDO UNA MEJOR CALIDAD DE VIDA DE LA PCD

El artículo 40 refiere que iniciado de oficio o a instancias del Ministerio se deberá entrevistar personalmente al interesado, esto en consonancia con el artículo 35 del CCCU. ¿Qué ocurre si el citado no comparece o en esa entrevista manifiesta su disconformidad o no consentimiento a que se revise su sentencia por considerarla una conducta estatal iatrogénica?, ¿es necesaria su conformidad? En mi opinión sino se cuenta con el consentimiento de la persona con discapacidad o de su apoyo referente, el proceso de revisión no puede ser continuado, es en su interés y beneficio que se hace y es su autonomía la que debe prevalecer en la toma de esta decisión.

De aquí que lo conveniente, en todo caso sería, que si el juez o jueza se sienten obligados a iniciar el incidente de revisión, previo a ello, desde el proceso principal se fije una audiencia a celebrarse en el domicilio de la persona con discapacidad con la presencia de su Defensor/a (aunque la norma no lo menciona, hago extensivo el artículo 31 inc. d) y se le haga una entrevista in situ para

conocer su voluntad y decisión o bien ésta tarea podría ser realizada por el Ministerio Público[170], dejándose en ambos casos una constancia al modo de acta, que luego se agregue en el expediente principal de no prestarse consentimiento o dé inicio a la revisión en ese mismo expediente o por incidente en el caso que la PCD haya dado su conformidad, en ambos casos deberá respetarse su voluntad y libertad en un pie de igualdad con el resto de las personas, teniendo en cuenta también el consentimiento informado que está regulado también en los artículos 7 incisos k) y m) y 10 de la Ley de Salud Mental.

Vale mencionar que las 100 Reglas de Brasilia determinan que se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, pudiendo constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, la discapacidad[171], la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico. Especificando que a las personas con discapacidad se les procurará establecer las condiciones necesarias para garantizarles la accesibilidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

De aquí que considere que la jueza o juez pueden y en muchos casos, están obligados con un sentido de justicia sensible y comprensiva a resolver la no revisión de la sentencia dejándola sujeta a los exámenes periódicos que por instancia de parte o de los apoyos se pudieran requerir para la declaración de otros apoyos o intensificar los ya determinados o hacer cesar algunos apoyos para determinadas necesidades ya no existentes. Tal resolución es evidente que puede ser apelada en este aspecto por el abogado o abogada del interesado, caso poco factible ante la posibilidad que le otorga la primer parte del artículo 40 o también por el Ministerio Público, quien puede optar por recurrir la sentencia o consentirla.

---

[170] Conforme a las 100 Reglas de Brasilia, apartado 59, 60 y 61, art. 13 inciso 1 CDPCD y 7 inciso j de la Ley 26657 no bastaría la mera notificación mediante cédula al domicilio de la persona ya que se pone en duda la comprensión de los términos contenidos en su texto para los cuales fue citada, cuya trascendentalidad no se duda, ya que es necesario explicarle los alcances de la revisión; además no hay regla en la Convención o el CCCU que disponga la comparecencia de las PCD a trasladarse de su vivienda al Tribunal, ya que la norma obliga al Estado a saber cómo se encuentra esta persona y no al revés, de hecho tenemos casos en los que las citaciones alteraron la paz de la familia, angustiaron o inquietaron a quienes iban dirigidas.

[171] Las 100 Reglas de Brasilia en su Capítulo 1, Sección 2ª, Punto 3° contemplan a la discapacidad como la "deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social"

He advertido en el tiempo que llevamos experimentando estos procesos judiciales que existen sentencias, ya de primera instancia ya de la Cámara de Apelaciones, que incluso han reducido los plazos por ejemplo a un año para la revisión de la sentencia. En mi opinión debemos ser muy cautos y prudentes al tiempo de adoptar tales decisiones, ya que hay situaciones en que la revisión es directamente inútil y hasta perjudicial; en otros innecesaria salvo que los pida el interesado y tal vez resulte procedente en algunos casos, que se haya advertido un progreso en la autonomía de la persona con discapacidad, como aquellas que tienen por ejemplo algún retraso madurativo leve el hecho de acortar el plazo de revisión para evaluar mayores actividades independientes y aminorar los apoyos.

En resumen, en vez de instarse oficiosamente las revisiones considero que es más razonable y sería deseable que la sentencia previera poder contar después de su dictado con una periódica información referente a las actividades que efectúa, realizará o ampliará en su espectro la PCD, tener referencia acerca de si fue insertada en algún espacio de esparcimiento o lúdica, educativo o laboral, en algún deporte, etc. fortaleciendo las potencialidades que tiene y acerca de las cuales tiene que acompañar y asistir el o los apoyos determinados para ensancharlas; u obtener información de los acompañantes terapéuticos o profesionales dedicados a la rehabilitación o de asistencia o bien que sean otros apoyos (familiares o amigos) que informen al tribunal la evolución o progreso de su inclusión social, cultural y familiar, que se haya operado por parte de sus asistidos. Esta conjunción de datos implicará una mayor humanización de un proceso diseñado para contribuir al mejoramiento de la vida independiente de las personas con discapacidad. Este nuevo encare filosófico procesal contribuirá a reemplazar aquel viejo pensamiento, que la persona era un discapacitado que estaba fuera del sistema, improductivo, carga para su familia, destinado a ser “alienado” de la sociedad y del sistema laboral de producción, derivado de un pensamiento liberal, moderno y capitalista, que le designaba un curador que en definitiva lo sustituía en el todo “para que nadie lo viera”, generando una segregación y discriminación nefasta para su persona y sus derechos y que tal vez hoy puede mejorar.

Si centramos nuestro eje entonces en los apoyos - su objetivo no es más que el de optimizar la calidad de vida de las PCD- se pasa así de ofrecer un relevo (por no decir confinamiento) a trabajar sobre la base de un paradigma de apoyos: del reemplazo al apoyo, para ser parte con el otro en la construcción de un mejoramiento de su diario vivir, el bienestar personal y/o patrimonial y así contribuiremos a un mejor vivir de la PCD. “La calidad de vida es más un fenómeno multidimensional que un rasgo individual o un estado vital singular. Ahora se sabe que la calidad de vida de las personas está influida por factores medioambientales y personales y la interacción entre estos. Las dimensiones de la calidad de vida son el conjunto de factores que constituyen el bienestar personal. Este conjunto representa un abanico que abarca ocho dimensiones: bienestar

emocional, relaciones interpersonales, bienestar material, desarrollo personal, bienestar físico, autodeterminación, inclusión social y derechos[172]."

Si la finalidad es "despaternalizar apoyando" el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, debe hacerse – no a través de revisiones inútiles – sino por medio de los distintos y diversos apoyos individualizados e involucrar a los asistidos, en la planificación y evaluación de los servicios de asistencia o apoyo que se les proporcionará. Así el sistema de asistencia o apoyos, centrado en la persona atenderá a sus intereses, sus preferencias, necesidades y red de apoyos naturales; será receptivo, es decir basado en un diálogo entre la persona y los participantes en el plan de apoyos; será flexible a lo largo de la vida; activo, es decir que ponga en igualdad de condiciones las oportunidades con los conciudadanos, habiliten a la persona, generen una inclusión social efectiva, e incrementen su participación en la comunidad y la sociedad y basados en datos, es decir basados en el patrón y en la intensidad de las necesidades de apoyos y evaluados de acuerdo con los resultados personales. De tal manera se irán reinterpretando las normas del CCCU referidas a la capacidad (arts. 31 al 50) para no restringir la capacidad jurídica, ni tener que revisarla sino centrarnos en los apoyos dispuestos judicialmente a las PCD para lograr una mayor inclusión en la sociedad.

V. PROPUESTAS

1. Mejorar la calidad de vida de las PCD resolviéndose mediante una decisión judicial razonablemente fundada que en función de las necesidades y circunstancias de esa persona no es oportuna ni viable la revisión de la sentencia dictada declarativa de apoyos (restricción o incapacidad);

2. Despaternalizar y contribuir a una mayor inclusión social, cultural y familiar de las PCD previéndose en la sentencia declarativa de apoyos la obtención de información sobre las actividades y desarrollo de las potencialidades de las mismas, gestionada a través del sistema integral de apoyos;

3. Respetar la dignidad, libertad y voluntad en la toma de decisiones de las PCD proponiéndoles en la sentencia que podrán solicitar la revisión de la determinación de los apoyos para intensificarlos, ampliarlos, cambiarlos o hacerlos cesar en la medida de sus necesidades y la nueva asistencia que requieran;

---

[172] JOS VAN LOON (2002). Un sistema de apoyos centrado en la persona. Mejoras en la calidad de vida a través de los apoyos, Siglo CERO, Rev. Española sobre Discapacidad intelectual, Vol. 40, Num. 229, 2009, p. 40 a 53. referenciando a SCHALOCK, R. L. – VERDUGO, M.A. (2002), *"Handbook on quality of life for human service practitioners, Washington, DC, Aercan association on Mental Retardation"*.

Ponencia 6 – Comisión 2

Título: Abogado del Niño como figura de integración de la escucha de las Niñas, Niños y Adolescentes en su participación activa en el proceso judicial del Derecho de Familia.

Autor/es: Sandra Elizabeth Freijo - Luisa Verónica Garay

Contacto:

- Dra. Freijo, Sandra (sanfreijo@hotmail.com – 2392400496 – Mariano Moreno 658, Trenque Lauquen, Provincia de Buenos Aires, Argentina)

- Dra. Garay Luisa (luisagaray@cetl.com.ar – 2392611408- Carmen Granada 838, Trenque Lauquen. Provincia de Buenos Aires, Argentina)

"EL ABOGADO DEL NIÑO COMO FIGURA DE INTEGRACIÓN DE LA ESCUCHA DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN SU PARTICIPACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO JUDICIAL DEL DERECHO DE FAMILIA"

"Cuando escuchas a un Niño mantén el sentido de la curiosidad, la energía, la magia y el asombro"

EJE TEMÁTICO:

1- Introducción
2- 2-Fundamentación
   2.1- Marco Jurídico del Abogado del Niño
   2.2- Intervención del Niño en el Proceso en el Derecho de Familia
   2.3- Rol del Abogado del Niño
   2.4- Procedimiento en el fuero de Familia – Departamento judicial de Trenque Lauquen
   2.5- Primera intervención de abogado del niño designado del registro en el DJTL

3- Propuestas

4- Bibliografía

Síntesis: La Ley 14.568 de Abogado del Niño en la Provincia de Buenos Aires (27/11/13) es reglamentada por el decreto 62/15 (25/02/15), y pone en funcionamiento esta figura dentro del proceso del Derecho de Familia. La Comisión de Abogados del Niño del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Trenque Lauquen implementa pautas observables por el profesional para la primer escucha del niño, como así también medidas de funcionamiento del Registro facilitando el patrocinio letrado de Niños, Niñas y Adolescentes, fundamentados en la asistencia técnica especializada que constituyen la garantía del debido proceso y el ejercicio del derecho de ser oído de manera útil y eficaz.-

1. INTRODUCCIÓN.

El Departamento Judicial de Trenque Lauquen fue uno de los pioneros en implementar la figura del Abogado del Niño en la provincia de Buenos Aires. Transitamos el traspaso del sistema tutelado donde el Juez tiene facultades omnímodas y amplias en la resolución de situaciones sobre la persona del “menor”, (la idea central de este paradigma es que el menor debe ser “objeto de tutela”, aquí se trata de satisfacer necesidades), a un sistema de protección integral donde la idea conceptual es el Niño como sujeto de derecho, donde él ya no tiene necesidades, si no que las mismas se transforman en derechos, donde se le reconocen y privilegian los mismos y sus garantías, transmutando la concepción que: "Al niño no hay que someterlo al procedimiento judicial" a la de: "ser oído cada vez que lo solicite", interpretando este derecho conjuntamente con el de la participación activa en todo aquel procedimiento administrativo o judicial que lo afectare.

Es función del abogado del niño, plasmar en todo proceso que intervenga una Niña, Niño y Adolescente su participación como parte en el mismo, que su palabra sea considerada y garantizar la defensa técnica en el proceso, abogando por brindarle la satisfacción de su interés superior en un espacio de confianza, es aquí donde el Niño se siente considerado verdaderamente, en un contexto de legalidad.

Desde la Comisión de Abogado del Niño del Colegio de Abogados de Trenque Lauquen hemos delineado pautas, sobre la práctica y experiencias concretas de esta figura, considerando como premisa fundamental atender las particularidades de cada niño o adolescente porque así respetamos su subjetividad e individualidad.

2. FUNDAMENTACIÓN

2.1 Marco Jurídico de la figura del Abogado del Niño.

2.1.1-Esta Figura posee su fundamentación jurídica a partir de la Convención de los Derechos del Niño[173] en el Artículo 12 inciso 1 estableciendo que - los Estados Partes garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez. Mientras que el inciso 2 dispone - con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consecuencia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Esta norma internacional se incorporó a nuestra legislación a través de la ley N° 23.849, transformándose en norma constitucional por medio de la reforma de 1994, a través del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

2.1.2- A su vez, en el Código Civil y Comercial de la Nación[174] el cual entró en vigencia el Primero de agosto del año Dos mil Quince, se establece en su art. 26: " Ejercicio de los derechos de la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por si los actos que les son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona."

Establece el Art 707-"Participación en el proceso de personas de capacidad restringida y de Niños, Niñas y Adolescentes: Las personas mayores con capacidad restringida y los niños niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso".

2.1.3-La Ley Nacional N° 26061 de Protección Integral de los Derechos del Niñas, Niños y adolescentes.[175] (28/09/05) establece en su artículo 2- de Aplicación Obligatoria. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

---

[173] Convención de los Derechos del Niño – Art. 12 y 27

[174] Rivera Julio César y Medina Graciela. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Tomo I y Tomo II. La Ley, 2015. Pág 138 y 643

[175] Ley Nacional de Protección y Promoción de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Nº 26.061)

Dispone en su Artículo 3° Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Otro fundamento de esta figura lo encontramos en el mismo cuerpo legal en al art. 27 en el cual establece que los organismos del Estado deben garantizar los siguientes derechos y garantías: en el Inc. a) a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente. Y en el Inc. 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.

2.1.4-En la legislación de la Provincia de Buenos Aire en la ley N° 13.634[176] sobre Principios Generales del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño (28/12/06) en su art. 3 establece que Los niños tienen derecho a ser oídos en cualquier etapa del proceso, a peticionar, a expresar sus opiniones y a que estas se tengan en cuenta en las decisiones que afecten o hagan a sus derechos, considerando su desarrollo psicofísico. En el caso de los niños por nacer ejercerá este derecho la madre. El juez garantizará debidamente el ejercicio del derecho.

2.1.5-En cuanto a la ley N° 13298 la Provincia de Buenos Aires, de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños no ha receptado la figura del Abogado del Niño.

2.1.6-La Ley 14568[177] de Abogado del Niño de la Provincia de Buenos Aires (27/11/13), establece en su artículo 1° Cumpliendo lo establecido por el Artículo 12, incisos 1) y 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica y del artículo 27 de la Ley 26.061, créase en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño, quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces.

En los procedimientos indicados en el párrafo precedente, será obligatorio informar al niño, niña y adolescente de su derecho a ser legalmente representado por un Abogado del Niño.

El Art. 2° establece: Créase un Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, donde podrán inscribirse todos aquellos

[176] Ley Provincial 13.634 Principios Generales del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño

[177] Ley Provincial de Abogado del Niño (Nº 14.568)

profesionales con matrícula para actuar en territorio provincial que demuestren acabadamente su especialización en derechos del niño, certificado por Unidades Académicas reconocidas y debidamente acreditadas, ya sean estos profesionales del ámbito público como privado, y/o integren distintas organizaciones de la sociedad civil que trabajen la problemática de la infancia y adolescencia.
La asistencia jurídica y defensa técnica será provista a partir de criterios interdisciplinarios de intervención, fundados en el derecho de los niños y niñas a ser oídos y en el principio del interés superior del niño.
2.1.7-Se aprueba la Reglamentación de la Ley Nº 14.568 por Decreto N° 62/2015 de Abogado del Niño.[178]el 25 de Febrero de 2.015, que a través de un anexo único establece:

ARTÍCULO 1º. En cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo en el que se encuentre afectado el interés personal e individual de un niño, niña y/o adolescente, el juez con asistencia del representante del Ministerio Público, o en su caso, la autoridad administrativa, deberán informarle personalmente al niño, niña y/o adolescente, acerca del derecho que le asiste a ser representado por un Abogado del Niño.
ARTÍCULO 2º. El Ministerio de Justicia coordinará con el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires las acciones que estime indispensables para la implementación y control del Registro Provincial de Abogados del Niño. Para inscribirse en el Registro Provincial de Abogados del Niño los profesionales matriculados deberán acreditar la especialización requerida por la ley con la documentación que determinen el Ministerio de Justicia y el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.
ARTÍCULO 3º. Para la designación del Abogado del Niño, se debe tener en cuenta el domicilio del niño, niña y/o adolescente.

2.2- INTERVENCION DEL NIÑO EN EL PROCESO DEL DERECHO DE FAMILIA

Según nuestro Código Civil y Comercial, desde el nacimiento hasta los 18 años las personas son menores de edad, a su vez desde los 13 años hasta los 18 los denomina adolescentes. Consideramos que la denominación de "menor de edad" no se condice con la concepción del nuevo paradigma acerca de Niñez, en realidad debería referirse a Niñas, Niños y Adolescentes.
El derecho positivo actual ha incorporado los conceptos de autonomía de la voluntad y capacidad progresiva de los niños y adolescentes, la que tendrá cabida sin estar ligada a parámetros etáreosfijos. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos, esto es un sistema progresivo de autonomía que no tiene sujeción a una edad cronológica, sino que operará en función de la madurez intelectual y psicológica, y el grado de desarrollo del niño. El ordenamiento jurídico prevé además lo que la doctrina ha llamado "mayoría de edad anticipada" para las decisiones relativas al cuidado del propio cuerpo, para lo

[178] Decreto 62/15 publicado en el Boletín Oficial el 13 de Mayo de 2.015

cual el adolescente será considerado como un adulto a partir de los 16 años, con excepción de lo dispuesto para algunos supuestos específicos en la legislación especial (trasplante de órganos, salud mental, identidad de género). Entre los 13 y 16 años se presume, salvo prueba en contrario que el adolescente tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometan su estado de salud, o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física. Para los otros tratamientos el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores, en caso de que estos no autoricen el tratamiento se deberá resolver teniendo en cuenta el interés superior del adolescente sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.[179]

Son pilares fundamentales de la intervención del niño en el proceso: el derecho a ser oído y la participación activa. El niño debe ser oído en todos los procesos en los que se encuentre involucrado, como en los casos de cuidado personal, derecho de comunicación, denuncias de violencia familiar, filiación, adopción, medidas de abrigo, alimentos, restitución internacional de niños. Ser escuchado para estar correctamente asistido. La escucha se debe desenvolver en un espacio de comprensión, respetando la subjetividad que atraviesa al Niño, esto es una realidad concreta observable, en cada audiencia en la cual hemos participado como Abogadas del Niño, en nuestro Juzgado de Familia de Trenque Lauquen, Departamento Judicial, la Jueza a cargo del mismo, luego de un recibimiento cordial y amigable del Niño, utiliza un lenguaje sencillo, que favorece la fluidez en la comunicación entre ellos. Este derecho se habrá de conjugar con su participación activa en todo proceso. Vale decir, que la manda legal concluye que el niño deberá ser escuchado, podrá peticionar, expresar opiniones, intervenir como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida, con las garantías del debido proceso[180].Los NN y A son sujetos titulares de los mismos derechos fundamentales de los que resultan titulares los adultos[181].

Según el art. 706 inc. c del C.C y C. "la decisión que se dicte en un proceso en que estén involucrados Niños, Niñas o adolescentes deben tener en cuenta el Interés Superior de esas personas "

El concepto de interés superior del niño se conecta con la idea de bienestar "en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida"[182]. Para identificar cual es el interés del Niño el Juez debe asegurar la participación adecuada del Niño sin discriminación, involucrar a las personas expertas en áreas relevantes encargadas de tomar las decisiones y equilibrar todos los factores para determinar cuál de las opciones posibles es conforme al interés superior del Niño.

---

[179] Código Comentado de Rivera Julio César y Medina Graciela, La Ley, Páginas 139 a 141 y 632
[180] Romano Carlos Antonio "Abogado del Niño. Cuestiones prácticas que debe conocer y aplicar" Pág. 24
[181] Fernández Silvia Eugenia "Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes" Tomo III. Pág. 2450
[182] Grosman Cecilia. "Los derechos del niño en la familia. Universidad. Pág. 23

2.3- ROL DEL ABOGADO DEL NIÑO.

Es requisito de admisibilidad que el profesional ostente especialidad en Niñez y Adolescencia. Es deseable que tenga experiencias y técnicas adecuadas para una exitosa comunicación con ellos, que posea el conocimiento necesario en todo lo atinente a las convenciones y leyes aplicables en la materia.

El abogado deberá tener siempre contacto directo con el niño y tratar así de percibir sus inquietudes, deseos y aspiraciones. Asimismo, deberá realizar una serie de tareas adicionales que lo distinguen de la labor que desempeñan como letrados de los adultos. Deberá, en la medida que lo permita el crecimiento de su asistido, desentrañar cuales son los reales objetivos que persigue el niño, el razonamiento que subyace en ellos, tras la descodificación de sus palabras, tendrá que tener reuniones periódicas con su patrocinado y cumplir con el deber de información, derecho que asiste al niño y que es ineludible y complementario del derecho a ser escuchado. El abogado deberá tratar de entender cuáles son las reales necesidades del niño, coordinar en lo posible sus deseos con su interés superior, entrevistarse con todas las personas que tengan un conocimiento significativo acerca de su historia personal como sus padres, tutores, parientes cercanos, docentes, asistentes sociales, médicos, terapeutas y efectores del sistema de promoción y protección de los derechos de la Niña, Niño y Adolescente. que hayan tratado con el niño para recabar información que le resulte necesaria para lograr un eficaz desempeño.

En segundo lugar, el letrado tendrá que plasmar el interés del niño o adolescente en los escritos judiciales que serán firmados por ellos en su condición de parte. Se deberá volcar en la presentación la voz y los deseos que verbalice el niño sobre el asunto.

Desde la concepción del nuevo paradigma, en necesario cambiar la mirada hacia una "tutela de acompañamiento"[183], es en este concepto donde se comprenderá el verdadero rol del ABOGADO DEL NIÑO. El derecho a un abogado especial del niño es parte de la tutela de acompañamiento. Este abogado debe asistir constantemente a la dignidad de la persona del Niño.

Si oír no es escuchar[184], y escuchar implica un espacio de compromiso y comprensión del otro y con el otro, escuchar será básicamente crear un lugar, es decir instaurar en la mente de los actores que participan en los procesos que involucran a la infancia, la idea de que escuchar es una necesidad, una obligación y además la asunción de un problema de consecuencias humanas por lo general impredecibles. Crear un lugar no significa un lugar físico sino un lugar mental que albergue lo problemático y angustiante de la situación para el niño. Implica darle contención a vivencias que el niño pueda tener. El abogado del Niño es una necesidad lógica y práctica, porque alguien debe estar allí para defender al niño sin ningún involucramiento ni con las partes en conflicto, ni con el

---

[183]Romano Carlos Antonio "Abogado del Niño. Cuestiones prácticas que debe conocer y aplicar". 1era. Edición, Buenos Aires. Lajouane 2016. Páginas 29 a 33

[184]Granica Adriana. "Miradas sobare el rol del Abogado del Niño, desde la Convención hasta nuestros días" Revista electrónica Colectivo Federal por los derechos de las Infancias. Cita Solari, Néstor.

Estado. El niño debe sentir que alguien está para habilitar su palabra, que tenga un abogado, instituye al Niño con todos sus derechos.

2. 4- PROCEDIMIENTO EN EL FUERO DE FAMILIA - DEPARTAMENTO JUDICIAL DE TRENQUE LAUQUEN

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires cada Colegio de Abogados departamental crea el Registro de Abogados del Niño[185], donde podrán inscribirse todos los profesionales que cuenten con especialización en derechos del niño, certificada por unidades académicas reconocidas y debidamente acreditadas, y/o que integren distintas organizaciones de la sociedad civil que trabajen en la problemática de la niñez y la adolescencia. Esta nómina será remitida al Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (ColProBa), dando cumplimiento a lo dispuesto por la ley 14568.

En el Colegio de Abogados de Trenque Lauquen fue creado el Registro de Abogados del Niño en el mes de Agosto de 2.015

Los inscriptos en este Registro, deben ejercer la defensa técnica en función de los intereses personales e individuales de niños, niñas y adolescentes ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que interviene en carácter de parte (sin perjuicio de la representación promiscua del Asesor de Incapaces), y deben tener en cuenta las siguientes características:

-Participación: una vez designado, debe intervenir en todas las instancias del proceso judicial y o administrativo del que se trate, dando cumplimiento a la garantía del debido proceso y defensa en juicio.

- Autonomía: respecto de otros sujetos involucrados en el proceso, debiendo relacionarse estrictamente con la niña, niño o adolescente a quien patrocina,

-Imparcialidad: debe viabilizar la voluntad del niño a través de su conocimiento técnico.

-Defensa técnica: presta su conocimiento técnico como herramienta eficaz para exigir el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

La intervención de cualquier abogado del registro deberá ser ordenada por autoridad judicial o administrativa competente, a solicitud del niño o adolescente, de sus progenitores, de un adulto a cargo de ellos, o cualquier otro funcionario judicial o administrativo.

[185] Consejo Superior de ColProBa. Circular 6273 (08/08/2016)

La solicitud de patrocinio letrado, será dirigida al Presidente del Colegio Departamental, mediante oficio librado por los organismos administrativos, judiciales y de la magistratura intervinientes para que se tome conocimiento y se proceda a la designación de un abogado del registro. El oficio deberá contener los siguientes datos según corresponda:

-Autos caratulados- Materia del conflicto- Tipo de procedimiento judicial o administrativo iniciado o que debe iniciarse- Autoridad judicial o administrativa interviniente- Asesoría interviniente- Datos personales del Niño, niña o adolescente (Nombre y Apellido- Edad- Documento Nacional de Identidad- Domicilio - Teléfono de contacto) -Establecimiento escolar si concurre- Si es asistido por terapeuta, brindar los datos del mismo- En caso de medidas de Abrigo, se deberá informar fecha de inicio de la medida, si se cumple en la familia ampliada o institución, los dispositivos terapéuticos, efectores y/o referentes afectivos intervinientes.

De acuerdo a su capacidad progresiva, las niñas, niños y/o adolescente se encuentran facultados para proponer dentro de los abogados que integran el Registro, la designación de un profesional para que los patrocine. En el caso de que esto no suceda, se designará mediante sorteo, utilizando mecanismos manuales y/o electrónicos. Se labrará un acta en la que se consignará el lugar, fecha y hora del sorteo, con la firma del funcionario interviniente. En todos los casos, el abogado designado será apartado de la nómina hasta completar la designación de todos los que la integran. En el CATL se organizan los listados a los fines de compatibilizar los requerimientos y necesidades de acuerdo al domicilio de influencia de los profesionales matriculados inscriptos en el registro.

La designación se notifica a los abogados mediante cédula emitida por el organismo judicial o administrativo. El profesional debe aceptar el cargo dentro de las 72 hs de notificado. Para que esa asistencia letrada tenga validez jurídica el Niño deberá prestar su consentimiento, luego de la primera entrevista entre ambos.

Debemos destacar que algunos Juzgados de Paz Letrados de nuestro Departamento Judicial, entre ellos el de las localidades de Tres Lomas y Salliqueló, fomentan el acercamiento entre los letrados y sus niños patrocinados, estableciendo como primer medida una audiencia para que la niña, niño o adolescente y su abogado se conozcan, facilitando no sólo el espacio físico dentro de los estrados del juzgado, sino también el tiempo necesario para ese encuentro.

Consideramos de gran importancia lograr una buena comunicación con los niños, en la cual sientan que podemos comprenderlos respetando sus emociones. Se trata de una perspectiva jurídica aunque también psicológica y ética de como concebir la subjetividad infantil. Desde la Comisión de Abogados del Niño del CATL elaboramos una serie de parámetros a fin de lograr esta comunicación:

-Conversar individualmente.

-Explicar con el lenguaje propio del Niño, cual es nuestro rol como Abogado del Niño, en el proceso en el cual él participa.

-Generar un espacio de confianza y confidencialidad entre el Niño y el letrado.

-Escuchar prestando la máxima atención sin provocar interrupciones.

-Respetar el silencio del Niño.

-Comprender los sentimientos que exprese

.-Desarrollar la empatía con el Niño.

-Conforme a la capacidad progresiva del niño recurrir a recursos didácticos, lúdicos, dibujos, expresiones físicas para promover el diálogo.

- Al finalizar el encuentro el Abogado del Niño transmitirá al Niño o Adolescente que debe prestar o no su consentimiento a que sea asistido técnicamente por éste, a través de la presentación de un escrito con la firma del Niño.

-Validar, lo que trae el Niño a la entrevista.

2.5- PRIMER INTERVENCIÓN DE ABOGADO DEL NIÑO DESIGNADO DEL REGISTRO EN EL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE TRENQUE LAUQUEN.-

J.G. es un niño que actualmente cuenta con la edad de 12 años. Tiene 5 hermanos (2 hijos de ambos padres, y los otros 3 hijos del padre, todos mayores de edad). En el año 2008 fallecen sus progenitores, quedando bajo la tutela de su hermana mayor.

El Servicio Local de Promoción y Protección de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, le otorga la posibilidad del cuidado y responsabilidad del niño a un matrimonio en el año 2.011, quienes solicitan la adopción. Su hermana revoca la tutela. Durante estos 5 años, el matrimonio ha demostrado compromiso ante la crianza de J.G. en la vida cotidiana, garantizando la educación y concediéndole los espacios personales, familiares y sociales por él demandado. Se destaca la continuidad de los vínculos de J.G con sus hermanos compartiendo diversos momentos con los mismos, tanto en el domicilio del matrimonio, como en la vivienda de ellos y/o espacios de la comunidad. La llegada de un nuevo hermano no ha perjudicado la relación con los guardadores, sino que se ha fortalecido. Conforme a lo establecido por el nuevo ordenamiento jurídico vigente en nuestro país, en el procedimiento de la adopción, el niño, niña o adolescente tiene derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez (10) años. Concordando con estos lineamientos, le es designado a J.G un Abogado del Niño, a fin de que preste su consentimiento para ser adoptado.

El encuentro entre ambos se realizó en una confitería, ya que la designación fue realizada 3 días antes de la audiencia, y el niño vive a 150km de la sede del Juzgado. La entrevista fue distendida, compartiendo una gaseosa, se conversó sobre las actividades, deportes y gustos de J.G. y luego se explicó la función del abogado y cuáles eran los derechos del niño. Posteriormente ingresan juntos al juzgado. Continuando el clima cordial, el niño es escuchado por la jueza en presencia del Asesor de menores y de su abogada del niño. Allí manifiesta su deseo de ser adoptado por el matrimonio, mantener su apellido agregando el de sus adoptantes, y de mantener el vínculo que tiene con sus hermanos.

Ulteriormente de esta intervención, se dicta sentencia sobre ADOPCIÓN SIMPLE de J.G. , en vistas de su interés superior que es la integración definitiva al grupo familiar de sus padres adoptivos, manteniendo intactos los vínculos afectivos y jurídicos con sus hermanos biológicos. Mantendrá su apellido adicionándosele el de sus padres adoptivos, como él había solicitado.-

3. PROPUESTAS

1-El Abogado del Niño es una figura innovadora dentro del ordenamiento jurídico actual, es fundamental para la protección procesal del Niño, es quien realiza el primer contacto con él, generando el ámbito de confianza para que exprese sus intereses, efectivizando su derecho a ser oído y la participación activa. ¿Qué pautas deberíamos considerar antes del mencionado encuentro para efectivizar la fluidez en la comunicación? Desde la Comisión de Abogados del Niño del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Trenque Lauquen se propusieron parámetros de actuación a los efectos de unificar criterios a la hora de la entrevista con el Niño.

2- En el transcurso de nuestra práctica como Abogadas del niño, consideramos que el niño trae al proceso, el relato de su historia de vida el cual debe ser escuchado en un contexto interdisciplinario. Cada disciplina posee un conjunto de saberes sistemáticos específicos con profesionales expertos en su temática, por lo cual cada una tiene un enfoque propio de la voz del Niño. El desafío sería cambiar ese enfoque de cada disciplina, unificando la conceptualización del Interés Superior del Niño en cada caso concreto en el cual participe, logrando fortalecer el ejercicio de sus derechos e inmediatez en la toma de decisión por parte del Juez.

"No puede haber una revelación más intensa del alma de una sociedad que la forma en que trate a sus Niños" Nelson Mandela

4. BIBLIOGRAFIA

- -Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- -Ley Nacional N° 26061de Protección Integral de los Derechos del Niñas, Niños y Adolescentes.
- -Ley Provincial N° 13.634 Principios Generales del Fuero de Familia y del Fuero Penal del Niño.
- -Ley Provincial N° 14568 de Abogado del Niño.
- -Decreto 62/15 publicado en el Boletín Oficial el 13 de Mayo de 2.015
- -Circular 6273 del Consejo Superior de ColProBa.

- ROMANO Carlos Antonio “Abogado del Niño. Cuestiones prácticas que debe conocer y aplicar”. 1era Edición. Buenos Aires: Editorial Lajouane, 2016.-
- -FERNÁNDEZ Silvia Eugenia “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”. Tomo III. 1a. Ed, 1 a reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; AbeledoPerrot 2015.-
- -GROSMAN Cecilia. “Los derechos del niño en la familia. Universidad. Pág. 23
  - GRANICA Adriana “Miradas sobre el rol del abogado del Niño desde la convención hasta nuestros días. Que se vengan los niños”. Revista electrónica del Movimiento colectivo por las prácticas inclusivas en educación y salud: 2014.-
  - RIVERA Julio César y MEDINA Graciela “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Tomo I y II. 1era Edición 2da. Reimpresión. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015
  - LEÓN ALONSO, Ana “La importancia de escuchar al niño y cómo hacerlo”. Revista de Salud Mental: 2015.-
  - GONZÁLEZ DE VISEL, Mariela “Escucha del Niño en sede judicial”. Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nº 8. 29/03/2016

Ponencia 7 – Comisión 2

Título: El derecho a la defensa de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales.

Autor/es: Gabriela Barbara Vargas Rojas

Contacto:

AUTORA: GABRIELA BÁRBARA VARGAS ROJAS.

JUEZA DE FAMILIA CONCEPCIÓN

DIRECCIÓN: LAS ROSAS 1577 CASA 215, HUERTOS FAMILIARES SAN PEDRO DE LA PAZ, CONCEPCIÓN, CHILE

TELEFONO: +56984111635

EMAIL: gvargas@pjud.cl / gabyttav@gmail.com

EL DERECHO A LA DEFENSA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

El Derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una defensa jurídica especializada en los procesos judiciales, en especial en medidas de protección.-

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo surge como una necesidad de plantear a quienes trabajamos directamente en el área del derecho y en especial, en el marco de la realización de los procedimientos judiciales que afectan los derechos y/o dicen relación con la vida futura de los niños, niñas y adolescentes.

En la actualidad niños, niñas y adolescentes, son sujetos de derechos y no objetos de protección como en antaño se consideraban.

Sin embargo, pese a que los tratados de derechos humanos y en especial la Convención Internacional de los Derechos del niño reconocen esta calidad, no es menos cierto que a lo menos en Chile, estamos lejos todavía de poder decir con propiedad que nuestros niños, niñas y

adolescentes tienen un estatuto tal que no cabe duda que los mismos son sujetos de derechos y no objetos de protección.-

De acuerdo a los tratados internacionales y nuestra Legislación interna, todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; así lo establece nuestra Constitución Política de la República de 1980 (artículo 1). Pues bien, uno de los derechos fundamentales de toda persona humana es el derecho a la defensa, así el objetivo del presente trabajo es dar a conocer cuál es la situación actual de nuestros niños, niñas y adolescentes en este ámbito cuando sus derechos han sido vulnerados y cuál es la respuesta que hoy el Estado les entrega a los mismos.

A continuación se dará a conocer, cuáles son las iniciativas que el Estado Chileno ha adoptado para el ejercicio cierto de esta garantía fundamental y qué se esperaría a corto plazo.

La propuesta en la presente ponencia, es dar una respuesta cierta, efectiva y oportuna, con los recursos legales y económicos que disponemos de poder garantizar a todos nuestros niños, niñas y adolescentes el pleno respeto de sus derechos, teniendo presente que esto último requiere de entregar herramientas efectivas para que aquéllos puedan ejercer sus derechos en su totalidad y que por lo demás es un mandato dado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Si bien, como sostendremos en el presente trabajo, el derecho a la defensa de los niños, niñas y adolescentes es transversal, esto es, a cualquier proceso judicial que afecte cualquier aspecto de su vida, nos limitaremos a las medidas de protección, aquéllas adoptadas por nuestros Tribunales de justicia para revertir cualquier amenaza o vulneración grave de derechos, esto último, tiene como razón mi desempeño como Jueza especializada en estas materias desde hace ya unos años.-

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHOS:

La Convención Internacional de los derechos del Niño (en adelante CDN) fue ratificada por Chile mediante decreto Supremo n° 830 y publicada en el Diario oficial el 27 de septiembre de 1990.- La misma ha significado un desplazamiento de la discusión sobre las formas de entender y tratar con la infancia desde la perspectiva tradicional, asistencialista y tutelar, hacia una perspectiva en términos de ciudadanía y derechos. Así de la llamada Doctrina de la situación irregular se ha pasado a la doctrina de protección integral.

Los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) tienen todos los atributos y dignidades que a un ser humano le reconoce la cultura jurídica universal y nacional. Los derechos de los NNA derivan de su condición de persona, por lo que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios de los mecanismos de protección de derechos reconocidos a todas las personas.-

El objetivo de la CDN es reafirmar que los NNA, como personas humanas, tienen los mismos derechos que todas las personas, especificando estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los NNA, estableciendo derechos propios, regulando los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de derechos o de su colisión con los derechos de los adultos; orientando y limitando las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia.-

A partir de ahí el estado Chileno asume la obligación de incorporar a su Legislación Interna una serie de adecuaciones que garanticen el pleno reconocimiento que tienen todos nuestros niños, niñas y adolescentes de ser titulares de derechos, como personas humanas y no como objetos de protección y lo que tiene como contrapartida la decisión autónoma de la forma de su ejercicio.

La Ley 16.618 (aún hoy vigente en algunos articulados) era precaria absolutamente en la representación de los intereses de los NNA, siendo la defensa de éstos irrelevantes y ello por cuanto el niño era una "objeto de protección" y ello en el marco de la doctrina de "situación irregular".

Así en el año 2004, con la creación de la Ley sobre Tribunales de Familia, comienza el cambio de paradigma que impone la CDN. Pero tal como se indicó ha sido sólo el comienzo y ya doce años después aún nos encontramos con deficiencias evidentes, no sólo en el ámbito legislativo, sino que a nivel de políticas públicas, políticas y administrativas que cumplan con los estándares mandatados por la Convención.

Estamos ciertos que nuestros NNA son personas, que ellos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, que son titulares de todos y cada uno de los derechos establecidos no sólo en la CDN sino también en todos aquellos cuerpos normativos que forman parte del conjunto de Instrumentos internacionales de derechos humanos que forman parte del estatuto jurídico que nos rige.

Dentro de los derechos que recogen los Tratados Internacionales vigentes en Chile (Convención Internacional de Derechos Humanos artículo 8) y que además es recogido en la Constitución Política de la República, en su artículo 19 es el derecho a un debido proceso y el derecho a la defensa. Así en el n° 3 de la norma citada se establece que nuestra Constitución asegura a todas las personas, y por lo tanto también a nuestros NNA la "igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiese sido requerida. La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos", así el derecho a la defensa en una garantía de rango constitucional que alcanza a los NNA en su calidad de personas.

DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA Y LETRADA DE LOS NNA

El derecho a la defensa, como parte del derecho a un debido proceso, se encuentra en directa relación con el derecho de los NNA de ser oídos y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, en función de su edad y madurez, en todas aquellas decisiones que puedan afectar su vida presente y/o futura (artículo 12 CDN).-

De acuerdo a la Observación General n° 12 del Comité de los Derechos del Niño, los Estados partes deben asegurar de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesario para tomar una decisión que favorezca su interés superior, lo cual es absolutamente necesario para que pueda formarse un juicio propio.

La plena aplicación del artículo 12 de la CDN exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial, dibujo y pintura, mediante los cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

El derecho a la defensa es la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso por medio de alegaciones, presentación de prueba, recursos, participación activa en la construcción de su caso y no sólo en aquellos procedimientos judiciales sino que en todo proceso que sigue el Estado y que esté bajo su supervisión.-

La regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la defensa técnica o letrada a cargo de un profesional experto y de confianza elegido por las partes (ley 18.120).-

El derecho a la defensa del niño, no se satisface con oírlo, exige participación del mismo, toda vez que son autónomos e independientes de los adultos, como parte procesal, lo que implica establecer condiciones mínimas de participación en función de su autonomía progresiva, la cual debiera definirse sobre la base de criterios flexibles y no excluyentes, acogiendo, por ejemplo, entre otros aspectos, las formas no verbales de expresión de los NNA y complementando el rol del Juez con el de otros profesionales.-

El derecho a la información de los NNA es parte también del derecho a la defensa, a fin que tenga conocimiento de las diversas opciones y las posibles decisiones que puedan adoptarse y sus consecuencias. Así se ha establecido en la Observación General n° 12 del Comité de los derechos del niño, que el derecho a la información es fundamental para que el niño pueda tomar decisiones claras.-

SISTEMA ACTUAL RELATIVO A LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL DE LOS NNA EN CHILE

De acuerdo a la ley chilena, los derechos de los NNA son representados por sus padres o representantes legales, sin embargo no existe una institución especializada y orgánica a cargo de la defensa y representación judicial de NNA.-

En la Ley de Tribunales de familia, artículo 19 se establece que : "En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de NNA, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada, que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponde legalmente su representación.

La persona así designada será el curador ad litem del NNA o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal".-

De la sola lectura de la norma podemos establecer que ella sólo aplica en los casos de intereses independientes o contradictorios de los NNA y sus representantes legales, o cuando carecen de ello.-

La norma obliga a participar en todo el proceso hasta su culminación y pueden incluso ser parte en el ámbito penal si ello es necesario.-

Sin embargo, el artículo 19 de la ley de tribunales de familia no reconoce el derecho a la defensa de los NNA en su integridad, toda vez que ningún derecho debe estar a la calificación que pueda hacer el Juez de determinar o no la existencia de independencia o contradicción entre los derechos de los NNA y sus representantes legales.-

En la actualidad la figura del curador ad litem, si bien, ha sido un avance en lo que dice relación al ejercicio del derecho a la defensa de NNA, no podemos soslayar que su figura es ineficiente en el marco de los procedimientos judiciales, en los cuales los derechos de los NNA se encuentran involucrados y ello por cuanto existen a nivel nacional prácticas diversas y poco estandarizadas, falta de herramientas para su ejercicio, ausencia de regulación y supervisión, entre otras.

La defensa técnica o letrada de los NNA supone una formación especializada en materia de infancia y adolescencia, formación que va más allá de lo jurídico y que requiere conocimiento en concepciones sicosociales, para por ejemplo, poder realizar una adecuada lectura a los planes de

intervención individual con los que trabajan aquéllos programas que se dedican al restablecimiento de los derechos vulnerados de los NNA.

Sename (Servicio Nacional de Menores, dependiente del Ministerio de Justicia) a través de su oferta programática cuenta con los PRJ (Programas de representación judicial de NNA en asuntos de familia y penal), sin embargo no se trata de servicios especializados en litigación y no tienen cobertura nacional, sólo están presentes en cinco regiones de nuestro país. Por otra parte están las OPD (Oficina de Protección de derechos) a nivel comunal, cuya línea programática es la desjudialización y las Corporaciones de Asistencia Judicial, cuyos funcionarios asumen la representación de NNA en los procedimientos en que son nombrados como curadores ad litem por los Tribunales de Familia.

INICIATIVAS LEGALES EN CURSO EN MATERIA DE INFANCIA

Conscientes de la necesidad de incorporar a nuestra Legislación una normativa adecuada que garantice el pleno respeto y ejercicio de los derechos de los NNA y teniendo en particular consideración las indicaciones efectuadas al Estado Chileno por el Comité de los derechos del Niño de Naciones Unidas, se ha presentado en el Congreso Nacional un proyecto de ley que crea el sistema de garantías de los derechos de la niñez. Este proyecto de ley, crea una ley marco que supone el desarrollo futuro de otros cuerpos normativos.-

Sin embargo, si bien se efectúa un catálogo de derechos no se contemplan mecanismos concretos de aplicación efectiva. El acceso a la justicia supone contar con una adecuada representación judicial para estar en la posibilidad cierta de exigir el cumplimiento de las garantías establecidas en su favor.-

El Título III del Proyecto de Ley se denomina “Sistema de Protección Administrativa y judicial” y así en su artículo 29, establece que: “Todo niño tiene derecho a contar con la debida asistencia jurídica para el ejercicio de sus derechos, en conformidad a la ley”. Tal como puede apreciarse es una norma genérica que no precisa de manera alguna la forma de hacerla efectiva.-

Nuestra Excelentísima Corte Suprema en el Informe Al Proyecto de Ley 37-2015 en oficio de fecha 17 de noviembre de 2015 ha indicado que el Proyecto debe ser más concreto en cuanto a la efectivización de este derecho, sugiriendo la suspensión de la discusión hasta que no se cuente con la totalidad de las propuestas legales que se han anunciado.

Por otra parte de ingresó a nuestro Congreso Nacional el Proyecto de Defensor del Niño, organismo autónomo de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio cuyo objeto es la difusión, promoción y protección de los derechos de los NNA.

Su labor dirá relación con emisión de informes y recomendaciones, realización de denuncias, actuación como "amicus curiae", esto es, realizando observaciones y/o sugerencias, sin embargo no tiene como misión la representación de los NNA en los procedimientos judiciales y/o administrativos que puedan afectar su vida presente o futura, no puede intervenir en calidad de parte, quedándole sólo la posibilidad de presentar querellas (en el ámbito penal) en aquéllas causas que produzcan alarma pública.-

Durante la discusión de este proyecto se ha planteado la revisión del mismo en orden de incluir defensa jurídica gratuita para aquellos NNA vulnerados en sus derechos, reconociendo como déficit actual de la institucionalidad y advirtiendo la necesidad de contar con un conjunto de profesionales especializados en la materia, con el que actualmente el país no dispone, y que es fundamental en el marco del establecimiento de un sistema integral de protección de los derechos de la niñez.

Sename a través de la Unidad del Comisionado para la infancia y la adolescencia ha propuesto medidas a corto plazo consistentes en la elaboración de un manual o protocolo de actuación; elaboración de estrategias e implementación de capacitaciones; estandarización de las solicitudes que se realizan a los Tribunales de Justicia, entre otras, y que debiesen ser instauradas a nivel Nacional.

PROPUESTA DE MEJORAMIENTO EN EL SISTEMA ACTUAL

Como ya se indicó existe en sede legislativa una serie de iniciativas que tienen como objeto adecuar nuestro sistema jurídico a los estándares internacionales en materia de infancia y adolescencia, reconociéndolos como sujetos de derechos.

Sin embargo, NNA son hoy, sujetos de derechos y como tales son titulares del derecho a la defensa jurídica, letrada y especializada en todos aquellos asuntos administrativos y judiciales que les puedan afectar. Así los procedimientos de medidas de protección, que se siguen en los Tribunales de Familia y en los que se debe establecer la existencia de amenaza o vulneración grave de derechos de NNA y la forma como éstos deben ser restituidos, implica necesariamente que éstos como protagonistas del mismo, sean asistidos por un abogado, que vele por sus intereses, realizando todas aquellas acciones para dar cumplimiento a ello, en especial, el ejercicio del NNA a ser oído y a participar en forma directa en todos aquellos procedimientos en que sus intereses puedan verse afectados.-

La propuesta es que aquellos órganos encargados de la defensa de los NNA y que son nombrados como curadores ad litem, creen mesas de trabajo en que puedan estandarizar los procedimientos

de trabajo, creando líneas de acción comunes en la defensa de los derechos de sus representados y ello desde el inicio, estableciendo una relación directa con los mismos, para así garantizarles el ejercicio pleno de sus derechos, partiendo con el derecho del NNA a la información, el derecho a la participación y el derecho a ser oído.

La idea es que mientras no se establezca un órgano independiente encargado de la defensa de los NNA, en materia de medidas de protección, cuya creación forma parte de las iniciativas legales que ha enviado el Gobierno al Congreso Nacional; aquellos letrados que son designados como curadores ad litem y luego de una capacitación especializada en materia de infancia y adolescencia establezcan protocolos, en los siguientes aspectos:

a) Entrevista con sus representados, informándoles acerca del procedimiento que se realiza y las decisiones que en éste pudiesen adoptarse. Al efecto se sugiere creación de buenas prácticas para la ejecución de la misma.

b) Solicitudes de oír al NNA y que dicha instancia se realice resguardando los derechos de su representado. Pautas uniformes de preparación para que el NNA sea escuchado en forma directa por el Juez.-

c) Representación oportuna del NNA, en todas las instancias del procedimiento de medidas de protección, incluyendo el cumplimiento de las mismas, involucrándose con la Red Ambulatoria y/o residencial que interviene con su representado. Para ello se sugiere creación de mesas de trabajo entre los abogados de los NNA y las duplas sicosociales respectivas.

d) Elaboración de códigos de conducta para la representación de los intereses de los NNA y no de otras personas (padres, cuidadores u otros).

BIBLIOGRAFÍA

1.- Los Niños como titulares del derecho al debido proceso; Julio B.J. Maier.-

2.- La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección; Patricio Millán y Luis Villavicencio.-

3.- El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño; Miguel Cillero Bruñol.-

4.- Los derechos de los niños, una orientación y un límite. Hacia un defensor de los derechos de la infancia para Chile, n° 1; Unicef.-

5.- El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído; Jaime Couso.-

6.- Informe final estudio “niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia”; Macarena Vargas P., Paula Correa C., Paula Barros Mc y Andrea Cerda P.; Santiago, enero de 2010.-

7.- Consejo Nacional de la Infancia. Un nuevo Estado para las niñas, niños y adolescentes; Ministerio Secretaría General de la Presidencia.-

8.- Autonomía Progresiva: El niño como sujeto de derechos. Paula Venegas Sepúlveda. Santiago de Chile 2010.-

9.- Informe de la Comisión Especial encargada de tramitar Proyectos de Ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes. Boletín N° 10.584-07.-

10.- Informe Proyecto de ley 37-2015, Excelentísima Corte Suprema. Santiago 17 de noviembre de 2015.-

11.- Proyecto de Ley que crea la defensoría de los derechos de la niñez. Boletín n° 10.584-07.-

12.- Nota técnica n° 2-2016: El derecho a la representación jurídica de niños, niñas y adolescentes; Servicio Nacional de Menores; Unidad del Comisionado para la infancia y la adolescencia. Abril de 2016.-

13.- Análisis del sistema actual de representación judicial de niños, niñas y adolescentes por curadores ad litem y propuesta de un sistema de acceso a la justicia en el marco de un sistema integral de garantías de derechos. Ignacio De Ferari Vial.

14.- Protocolo de asistencia jurídica para la atención de niños, niñas y adolescentes involucrados en conflictos jurídicos de familia; Corporaciones de Asistencia Judicial; Ministerio de Justicia de Chile. Colección de documentos de política N° 12, Área Justicia.-

15.- Bases técnicas Líneas Programas; Programa de protección general; “Programa de representación Jurídica (PRJ) para niños, niñas y adolescentes”, Sename, 2015.-

16.- Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley de sistema de garantías de los derechos de la niñez; mensaje n° 950-363, 21 de septiembre de 2015.

17.- La voz de los niños en la Justicia de Chile; Macarena Vargas Pavez y Paula Correa Camus. Revista Ius Et Praxis año 17, n° 1, 2011. Universidad de Talca, facultad de ciencias Jurídicas y Sociales.-

18.- Observación General n° 12 Comité de Derechos del Niño. Unicef.-

Ponencia 8 – Comisión 2

Título: El perfil de los aspirantes a vinculación con fines adoptivos. La evaluación desde la perspectiva de las necesidades del niño.

Autor/es: Lucia Verónica Monsalva

Contacto:

Autora: Lucía Verónica Monsalva

Dirección: calle 9 de julio 475 – 1 piso- dpto. 4

Correo institucional: luciamonsalva@justiciasanluis.gov.ar

Tel. – cel. 2664-920477- fijo 0266-4422365

Psicóloga perteneciente al Equipo Técnico del Registro Único de Postulantes para Adopción del Poder Judicial de la provincia de San Luis.

¨EL PERFIL DE LOS ASPIRANTES A VINCULACIÓN CON FINES ADOPTIVOS. LA EVALUACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS NECESIDADES DEL NIÑO¨

INTRODUCCIÓN

La institución de la adopción posibilita que niños, niñas o adolescentes que no cuenten con una familia de origen o la misma no puede responsabilizarse de su cuidado, acceda a vivir y desarrollarse en otra familia que sí pueda satisfacer de modo integral sus necesidades. Dicha institución también vuelve viable la concreción de un deseo existente en los adultos que anhelan el ahijamiento, posibilitándoles transitar la maternidad-paternidad.

Ahora bien, en este último punto se hace necesario ir más allá de ese deseo y profundizar sobre los recursos psicoemocionales que esos potenciales padres pondrían en juego a la hora de hacer factible una vinculación adoptiva.

La frase reiterada por quienes pretenden acceder a la adopción ¨tengo mucho amor para dar¨, es una expresión común pero insuficiente a los fines de las necesidades del niño, autor principal de este proceso en el que se entrelazan anhelos, conflictos, frustraciones y expectativas.

A decir de Eva Giberti, esta expresión de amor *está relacionada a lo que los padres sienten respecto a si mismos en estado de preadoptabilidad y no necesariamente a la responsabilidad que implica la misma. El amor prometido y vivenciado por los postulantes proviene del desgarro de la infertilidad y acumula en esa vivencia de lo amoroso, los sinsabores, las pérdidas, las frustraciones y también esperanzas en la filiación posible, que parten de quienes lo pronuncian.*

DESARROLLO

La aptitud psicológica implica un proceso de determinar los recursos psicoemocionales de quienes en principio, anhelan cumplir con el deseo de ser padres.

El estudio psicológico de los solicitantes de adopción tiene como finalidad la elaboración de un informe sobre sus aptitudes, su situación y su capacidad para convertirse en familia adoptiva. El trabajo por parte de nosotros los profesionales, es comprobar que entienden y si puede asumir el reto que conlleva la adopción. No hay respuestas buenas o malas a priori, en general, se trata de comprobar que se ha reflexionado sobre lo que conlleva la paternidad adoptiva y se aceptan las peculiaridades de la misma.

Los padres adoptivos tienen que enfrentarse a situaciones y tareas distintas a las de la paternidad biológica principalmente porque la vinculación en la familia adoptiva es diferente, al no producirse un embarazo, la preparación emocional para llevar a cabo el rol de padres viene dada de forma repentina y se debe estar preparado para ser capaz de asumir el cambio. El proceso de selección debe ser exhaustivo, los solicitantes en ocasiones pueden llegar a sentir que están siendo juzgados, que se indaga para encontrarle sus ¨fallas¨ generando dudas y ansiedad en la pareja o en quien se presenta como postulante, sin embargo, esta valoración y estudio exhaustivo forma parte del sistema de protección institucional en el que se encuentran los niños, nuestra tarea profesional debe garantizar que estos niños no serán victimizados nuevamente y ante todo garantizar que se le proporciona un entorno familiar estable que sea capaz de cubrir sus necesidades y, por tanto, su bienestar.

DOS PUNTOS VULNERABLES EN LOS NIÑOS

Desde la experiencia y en un atrevimiento de generalizarlo como una característica particular de los niños en condición de adopción, se han observado dos puntos vulnerables en la estructura psíquica y que se deben tener particularmente en cuenta: **la confianza y la sensación de abandono**.

Ambos aspectos constituyen el"talón de Aquiles" de los niños que no han podido ser ahijados en el seno familiar de origen, debiendo los adultos que pretenden iniciar una vinculación satisfactoria, tenerlos plenamente presentes a los fines de reforzarlos en el primer caso y socavarlo en el segundo.

Cuando hablamos de confianza, debemos remitirnos a lo que plantea Erikson, quien expreso que la infancia es el periodo en el cual el niño aprende, evidentemente de un modo no verbal, si el mundo es un lugar bueno y satisfactorio o por el contrario, una fuente de frustración e incertidumbre. Las necesidades físicas y emocionales en las primeras etapas, le dan la sensación de que el mundo es bueno, por el contrario, si no son proveídas por un adulto, se desarrolla la desconfianza que dificulta el desarrollo a posteriori de los demás estadios. La mayoría de los niños que ingresan a una familia que pretende ahijarlos, despliega mecanismos defensivos que dan cuenta de las dificultades para percibir a los adultos como proveedores de seguridad.

En la complejidad del proceso de vinculación adoptivo y cuando analizamos la historia vital de ese niño/a, el mismo ha vivido en carne propia las desavenencias de la desprotección adulta, impidiendo todo ello que el cimiento de la confianza necesario para el desarrollo saludable de su personalidad, percibiendo en aquellos la representación de la negligencia, el maltrato y/o la indiferencia. Ardua tarea entonces la de los guardadores, la de constituirse en un marco de referencia protector y proveedor sobre el cual el niño pueda funcionar plenamente.

Respecto al sentimiento de abandono, el mismo se constituye como un temor propio de los primeros años de la infancia. La ausencia de los padres es vivida como muerte de los padres, pero siendo esto solo una fantasía de quienes son niños, no ocurriendo generalmente en la realidad o siendo transitoria, pues mantienen un apego seguro con adultos que se alejan pero se encuentran disponibles para ejercer el rol protector, base todo esto del apego seguro.

Varios son los cuentos, series de televisión y dibujos que traen esta conflictiva del abandono y la orfandad como modo de caracterizarlo y asociarlo a la etapa infante, temor que progresivamente si se cuenta con un medio saludable y un proceso de maduración satisfactoria, tendrá su remisión.

Las dificultades en el ejercicio del rol parental, llevaron a estos niños vulnerados en la protección parental a desarrollar conductas que le permitieran la supervivencia, en el cual y en la mayoría de las veces y por una función adaptativa cimentaron la significación personal de estar ¨solos en el

mundo¨, teniendo su origen en el abandono real o simbólico ejercido por los adultos que no pudieron protegerlo. En estos niños, la fantasía del abandono se materializó en la realidad, el mayor de todos los temores hizo su cumplimiento, siendo percibido a posteriori como pleno de posibilidades ante las nuevas figuras adultas que en principio le ofrecerán y prometerán amor, cuidados y protección.

Confianza y abandono entonces son inherentes a los niños en estado de adoptabilidad, por lo que requiere indefectiblemente de adultos dispuestos a reconocerlo, aceptarlo y poner en marcha recursos para abordarlos.

QUE SE OBSERVA COMO ELEMENTO INHERENTE A LA ADOPCIÓN?

La evaluación de todos los procesos y actores involucrados en la adopción, permiten permear que la atmósfera que lo rodea de manera inevitable es la INCERTIDUMBRE. Quienes pretenden convertirse en padres mediante la adopción iniciarán y transcurrirán por un camino inevitable de incertidumbre. En qué?...Sobre qué? Sobre casi todo: Sobre lo que sucederá cuando se presenten al Registro, sobre lo que deberán responder a los profesionales del equipo técnico, sobre la posibilidad de lograr o no la anhelada aptitud, sobre si la espera será de meses o años, sobre si el llamado será repentino o con características de preselección, si accerán a vincular con hermanos o no y si estos serán de igual o distinto sexo. En fin, la incertidumbre es la condición inevitable que deberán enfrentar quienes deseen ahijar y no un aspecto sobre el cual desplegar amplia reactividad.

En el transcurrir de la experiencia, se observó que el manejo de la incertidumbre es un aspecto a evaluar en los aspirantes a postulación en general y de modo particular en aquellos que a lo largo de su vida no han tenido mayores desafíos en los procesos adaptativos, esto es, enfermedades, muertes, conflictos familiares, sociales o laborales, sino que muestran que toda la evolución de su historia vital se les ha presentado de modo simple o facilitado, por lo que el encuentro con un proceso de gran incertidumbre representado por el proyecto adoptivo, hace necesario una preparación particular.

En conclusión, lo esperable es que desde el principio la incertidumbre se ¨haga piel¨ en los adultos postulantes y no los lleve a las reactividad persistente y permanente sobre la figura del sistema judicial y sobre la persona de quienes formamos el equipo técnico, mecanismo de atribución externa consecuente con una no elaboración en el mundo interno de quien lo despliega. En la práctica, se hizo necesario trabajar desde el principio con este aspecto, evaluando si el despliegue conductual-actitudinal de los aspirantes es positivo a la incertidumbre del mundo adoptivo o si por

el contrario, en ellos persiste como un rasgo contraproducente a los fines de la vinculación parento-filial satisfactoria.

Lo anterior fue analizado a los fines de enunciar el componente más general respecto al proceso adoptivo, pero también de modo particular, se observan una serie de características que deben tener los aspirantes y constituyen un buen pronóstico:

a) Relación estable y positiva de pareja (en el caso de solicitudes conjuntas). Se trata de obtener información sobre la historia y evolución de la pareja hasta la situación actual para poder determinar el tipo de interacción que existe habitualmente entre ellos, el nivel de fusión o e dependencia de la pareja, las características personales autopercibidas y de la pareja y el grado de acuerdo que existe entre ambos, la distribución de los roles y el afrontamiento de la toma de decisiones.

b) La estabilidad y madurez emocional, y tolerancia y flexibilidad de los solicitantes. Se valora de forma positiva la capacidad de manifestar emociones adecuadas en diferentes situaciones, el control de impulsos hace que no se manifiesten emociones desadaptativas para el individuo. Este tipo de información se suele extraer en primer lugar de las entrevistas, del comportamiento de los solicitantes durante las mismas, de la observación del estilo de comunicación verbal y no verbal, del nivel de elaboración de las respuestas, historia de crisis y modo de afrontamiento del cambio, nivel de autoestima y autoconcepto. La información que nos aporte la entrevista se debe contrastar con los resultados de las pruebas objetivas, pero nunca interpretar que se poseen o no las características únicamente con los resultados obtenidos en las mismas.

c) Motivación adecuada y expectativas realistas ante la adopción. Las razones que determinan a alguien tomar como hijo a una persona que no lo es naturalmente. Una motivación para la adopción será adecuada cuanto más dé cuenta de las necesidades, de las posibilidades y del desarrollo armónico del niño, es decir, en la medida en que la intención de adoptar comporte la intención de favorecer el desarrollo personal, normal e íntimo del niño/a.

   Se suele preguntar en las entrevistas desde cuándo han tomado la decisión de adoptar, para ver en qué medida han elaborado la idea de adopción, quien tomó la decisión y cómo se acordó. Muchas veces la decisión de adoptar viene influida por la imposibilidad de tener hijos de forma biológica, en este caso, es muy importante apreciar el nivel de frustración y la resolución del duelo que provoca la misma. La opinión y el grado de implicación de los solicitantes en el proceso adoptivo es un aspecto a tener en cuenta a la hora de evaluar la

motivación y las expectativas ante la adopción, así como la opinión e implicación de la familia extensa de ambos para determinar la red de apoyo social que poseen. En la valoración de las expectativas se intenta averiguar el grado de realismo que tienen los solicitantes antes los problemas que conlleva o puede conllevar la paternidad adoptiva, las estrategias de resolución para los problemas que puedan ir surgiendo en el proceso de integración del menor, como por ejemplo el afrontamiento de la revelación de la adopción al menor.

d) Aptitudes básicas para la educación. Normalmente las personas tendemos a considerar la manera en la que hemos sido educados como la mejor manera de educar a nuestros hijos, por este motivo se indaga en la educación recibida por parte de las figuras paternas o significativas. También se valora la experiencia previa de crianza y de educación de menores y las estrategias de afrontamiento ante posibles problemas, para poder determinar el estilo educativo que llevarían a cabo con el niño/a. En los criterios de valoración de negativa podemos distinguir los criterios excluyentes, motivos suficientes para dar como no idónea la solicitud de adopción, y no excluyentes, que debemos poder llegar a apreciar el riesgo que supone para el bienestar del menor.

Entre los criterios excluyentes se encuentran los siguientes:

1. Psicopatología de alguno de los miembros, que como hemos citado anteriormente debe estar fundamentada por una sintomatología clínica apreciable, así como en los resultados de las pruebas objetivas administradas en la valoración.

2) Motivaciones Inadecuadas, como por ejemplo, deseo de adoptar venga motivado para resolver un desajuste en la pareja, para promover una causa social, para tener un heredero o para resolver un duelo ante la pérdida de un hijo biológico o de un ser querido.

3) Duelos no elaborados, como puede ser el duelo ante una infertilidad en alguno de los miembros de la pareja.

4) Desajuste grave en la relación, tal como crisis matrimonial, sentimiento de resentimiento ante la infertilidad de uno de los miembros, etc. Elevado nivel de estrés sin perspectiva de cambio

5) Oposición ante la adopción por parte de alguno de los miembros

6) Expectativas rígidas y sin asumir los riesgos que supone la adopción, como podría ser el hecho de considerar que entre la paternidad biológica y adoptiva no existen diferencias, o la creencia de que con el amor es suficiente para propiciar el bienestar del menor.

Como criterios no excluyentes, pero con valoración negativa podemos citar dos:

1) Problemas de salud en alguno de los miembros, determinando hasta qué punto puede afectar al proceso de adopción y a la crianza del menor.

2) Existencia en la familia de personas que requieran de cuidados especiales, determinando si la dependencia del enfermo/a representa una carga e imposibilite la adecuada atención del menor.

Según la valoración de los criterios positivos y negativos, tanto excluyentes como no excluyentes, da lugar a las conclusiones del equipo técnico pudiendo ser favorable o idónea para la adopción, desfavorable o no idóneas para la adopción o desfavorable

Se trabaja para que la valoración sea objetiva, sin embargo, esta objetividad no tiene porque estar contrapuesta a la creación por parte de los mismos de un ambiente de confianza para los solicitantes. Se proporciona feedback, adoptando una actitud amable y de seriedad a la vez, proporcionando información útil a los sujetos evaluados, fomentando la espontaneidad en las respuestas que den éstos y, por tanto, logrando una valoración eficaz, de la que se extraen conclusiones que se ajustan más a la realidad.

La metodología utilizada en el despliegue de mi función, consiste en tomar conocimiento de lo abordado previamente por la trabajadora social, ya que la intervención en campo que la misma realiza, permite captar información particular-específica que puede requerir de mayor profundización durante el abordaje psicológico.

En el encuentro cara a cara con los aspirantes a postulación mi intervención se compone de una primera entrevista conjunta con ambos solicitantes cuando son pareja, dos o tres individuales y una conjunta de cierre. Haciendo al final del proceso una valoración conjunta con la trabajadora social analizando y sacando conclusiones sobre los recursos y dificultades globales de esos postulantes.

Es importante destacar también que a los aspirantes se les entrega antes de las entrevistas psicosociales, material de lectura consistente en la Convención de los Derechos del Niño y la Guía Informativa sobre Adopción, material que se aborda de modo general en la última entrevista a los fines de cerrar el proceso evaluatorio con el fundamento formal y fundante respecto a las implicancias del proceso que desean iniciar.

SOBRE LA INTERVENCIÓN PSICOLÓGICA PERICIAL

Las características globales propias de la valoración psicológica, hacen que el proceso que conlleva la misma no sea preciso al cien por cien, ya que aún teniendo claros los criterios a evaluar, es difícil reconocer la presencia o ausencia de determinadas cualidades, por este motivo es por lo que los criterios se deben asumir de forma flexible, teniendo en cuenta siempre las características y las necesidades de los niños. El hecho de que la relación entre la familia solicitante y los profesionales responsables de la evaluación sea una relación asimétrica, en muchos casos es un factor que puede llevar a la confusión. Los profesionales no buscamos el diagnóstico de la psicopatología familiar, ya que de esta forma la familia puede llegar a sentir amenazada y juzgada de forma crítica su intimidad, por lo que las respuestas que dieran se harían desde la desconfianza y la hostilidad, y en resumen, se imposibilitaría el necesario intercambio de información en el proceso de valoración.

Cuando se considera que los solicitantes no reúnen al momento de la evaluación, las condiciones adecuadas para la adopción de un/una niño, pero que, sin embargo, las condiciones por las que han sido valorados desfavorablemente son transitorias, en este caso se debe explicar el porqué (al igual que en la valoración desfavorable definitiva) y las posibles propuestas de soluciones a la familia.

Que sucede con la indicación de psicoterapia y con los terapeutas?

Cuando en el proceso de evaluación, se concluye que existen indicadores psicoemocionales o motivacionales que ameritan el inicio y sostenimiento de un proceso de terapia psicológica, la actitud-predisposición de los aspirantes también es tenido en cuenta como elemento diagnóstico, pues en lo cotidiano se observa una elevada tendencia a manifestar una resistencia a aceptar dicha indicación, argumentándola de innecesaria o injusta, conducta oposicionista que en algunos casos ha llevado a la decisión de renunciar al proyecto, evaluando que el proceso que están iniciando ya los supera desde esta primera instancia.

Un capitulo mas que se suma a esto y que en mi experiencia es recurrente, es el abordaje que hacen los terapeutas en la temática de la adopción.

Como sabemos, en todo proceso de intervención psicológica, sea terapéutica o pericial, se ponen en juego las transferencias y contratransferencias sobre la realidad que se está abordando.

En el caso particular de la adopción, lo que se pone en juego en el espacio terapéutico es la imposibilidad de la paternidad-maternidad biológica, la elaboración del duelo, la aceptación de la adopción como un proceso distinto y la ansiedad de la espera, entre otros.

Lo observado en el trabajo que se hace con los profesionales que abordan por derivación a quienes pretenden adoptar, es la tendencia a identificarse plenamente con la sintomatología de sus

pacientes. Esto es, a compadecerse, justificar y hasta actuar lo que debería ser material para elaborar.

Esto lo he visto en las interconsultas de devolución de evaluación del proceso, en el cual justifican los mecanismos reactivos, ansiosos de quienes son sus pacientes, realizando planteos a este equipo profesional por las demoras, los contratiempos a los que ¨exponemos¨ a los ¨pobres futuros padres¨.

A este panorama y desde la formación misma de los psicólogos, observo un gran desconocimiento respecto a los recursos con los cuales deben contar los adultos que se encaminan a enfrentar un proyecto adoptivo. La ausencia de patología severa, no es lo único que debe ser tenido en cuenta para considerar una aptitud, eso es la base de condiciones, de allí en más evaluar los recursos y motivaciones y si estos no son compatibles, abordarlos psicoterapéuticamente, sin identificarse emocionalmente con ellos.

PROPUESTAS:

En el transcurrir de mi tarea profesional, he observado desde la práctica misma, la necesidad de profundizar cada vez más sobre los aspectos anteriormente desarrollados, es decir, el perfil que deben tener o desarrollar quienes inician el complejo camino hacia la adopción, considerando que de no ser correctamente analizados, las dificultades emergerán a posteriori, durante los procesos de vinculación preadoptiva, generando indefectiblemente consecuencias sobre el bienestar de los niños.-

1) Teniendo en cuenta esto, se propone entonces la implementación de un monitoreo-seguimiento en tres momentos:

a) En el momento inicial, cuando el/los postulantes se acercan al Registro a solicitar los requisitos interesados en iniciar el proceso, poder captar si de modo general, las motivaciones y expectativas guardan compatibilidad con un potencial vínculo parento-filial adoptivo. Este primer filtro requiere de una primera entrevista de admisión, la cual la podría desarrollar cualquiera de las personas que trabajan en el registro, debiendo prepararse para ello. Esta organización es a los fines de clarificar en ese o esos postulantes de modo temprano los procesos y fines que tiene la adopción y no hacerlos avanzar en un proceso que llevara más adelante e indefectiblemente, a una no aptitud por parte del Equipo Técnico, con lo perjudicial que eso representa tanto para el aspirante como para el proceso de funcionamiento que tiene el registro, quien ocuparía tiempo y esfuerzo en una tarea impróspera a los fines de contar con futuros padres adoptivos para niños que así lo necesitan

b) En un segundo momento, el correspondiente a la evaluación establecida formalmente, esto es, la aptitud Psicosocial, con la serie de entrevistas establecidas y descriptas anteriormente. Su conclusión positiva constituye el fundamento legal para que él o los postulantes sean incluidos en el listado único de postulantes con fines adoptivos.

c) El tercer y último momento incluye la renovación establecida por ley, la cual es realizada anualmente pero también y no menos importante, el despliegue conductual-actitudinal y emocional que los postulantes expresan durante todo ese tiempo intermedio. Como es su funcionamiento durante su permanencia como postulantes? Manifiestan su ansiedad con consultas permanentes sobre su orden en el listado? Realizan reclamos infundados a los profesionales intervinientes? Asisten a los talleres de reflexión del registro? Viven la espera de modo angustiante o como un tiempo para la preparación? Qué actitud tienen ante un llamado del registro o del juzgado? Acceden en su ¨desesperación¨ a una entrega directa?

La continuidad de una postulación puede ser suspendida en cualquier momento de la misma si aparecen criterios psicosociales negativos que así lo ameriten.

La aptitud es entonces una hipótesis, la presencia en los adultos deseantes de ahijar, de recursos potenciales que se pondrán en juego o no en el transcurrir del proceso que deriva en la concreción de una guarda preadoptiva, de allí la necesidad de un seguimiento persistente y permanente.

2.-También se consideró, y a partir del elevado nivel de especificidad que tiene la adopción, iniciar un espacio de formación para los profesionales psicólogos que se dedican al trabajo psicoterapéutico, impregnados la gran mayoría de ellos por la situación de los adultos, con una actitud de compadecencia e identificación con su condición, lo que dificulta la visualización de lo fundante de todo este proceso que es la necesidad de contar con adultos continentes y proveedores capaces de satisfacer las necesidades integrales de ese niño, formación que implicara la renuncia a varios mitos que los profesionales aun sostienen y buscando un cambio de paradigma en lo valorativo desde lo personal y también desde la ciencia que desempeñan.

A decir de Eva Giberti, la compleja tarea de salir de la preocupación por ¨el dolor de los adultos que no pueden engendrar y necesitan un hijo¨, filosofía contrapuesta a lo que es la Necesidad de los niños privados de organización familiar. Si priorizamos como es debido, los derechos del niño según la Convención Internacional, es él quien tiene el derecho de contar con una familia que garantice su protección integral.

BIBLIOGRAFIA:

1.-CASELLI DE FERREIRA MARTA.“Como se vive la Adopción”- Ed. Corregidor- Edic. 1996-.

2.-CERPA LUIS F C- Monog. En Internet- »Frustración-Factores Causante y Estrategias para un Manejo Efectivo”-Año 2007-

3.-CODIGO CIVIL ARGENTINO-

4.-CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-

5. FONTEMACHI A. ¨LA PRÁCTICA EN ADOPCIÓN¨. Ediciones Jurídicas Cuyo

6.¨GUÍA INFORMATIVA SOBRE ADOPCIÓN¨. Hacia una protección Integral de los derechos de los niños, niñas, adolescentes. DNRUA

7. -GIBERTI EVA- “Adopción Siglo XXI- Leyes y Deseos”- Edit. Sudamericana- Edic.2010-..

8. 10.-MARTURANO ELISABETH- PUEBLA EDGARDO- Ponencia: “La Adopción: Construcción Jurídica o de Vínculos”, “Primer Encuentro Provincial sobre intervenciones Forenses en la Administración de Justicia”” llevado a cabo el 10 y 11-12- de 2010- San Luis-Rep.-Argentina-

9. Kemelmajer Aida. ¨LA FAMILIA EN EL NUEVO DERECHO¨. Rubinzal-Culzoni. Editores

Ponencia 9 – Comisión 2

Título: Sujeto Niño, Niña y Adolescente en el Proceso de Adopción

Autor/es: Yamila Grisel Pérez - Maria Silvana Spais

Contacto:

Dra. Yamila Grisel Pérez.

Dirección: Calchines Nº 1637- Santa Fe- Capital-Argentina.-C.P:3000-

Teléfono: 0342-155296672.-

E -mail:yamilaperezjuridico@homail.com.-

"EL SUJETO NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN"

-Código Civil y Comercial Argentino-

I.-INTRODUCCIÓN.-

El nuevo Código Civil y Comercial Argentino permite afirmar un balance positivo entre las grandes cuestiones en debate, algunas de ellas como la capacidad en los niños, niñas y adolescentes en los procesos de adopción nos pone de resalto el reconocimiento de estos últimos como sujetos plenos de derechos.

En el presente trabajo, nos proponemos a analizar los cambios normativos en nuestro sistema interno relacionados con el proceso adoptivo y la participación del niño , niña y adolescente en el mismo, mencionando expresamente, que la consideración del niño como sujeto de derechos- principio básico y rector de la Convención sobre los Derechos del Niños- constituye el máximo objetivo de superación de la actitud de indiferencia que tradicionalmente ha tenido el derecho respecto de las personas menores de edad; una actitud que incluye la consideración de que son incapaces de participar en el sistema jurídico y su utilización como objetos que ayudarán al proceso jurídico a llegar a la verdad.

Que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos como sujetos de derecho implica que han dejado de ser definidos por sus carencias -es decir, por lo que les falta para llegar a la vida adulta—-sino más bien que se los reconozca como seres humanos completos, tanto portadores de derechos y atributos que les son inherentes por su condición de persona, como de aquéllos que les corresponden específicamente por su condición de niño.

Cada etapa en la vida de un niño, niña o adolescente, es a su manera un período de plenitud que debe ser comprendida y acatada por el mundo adulto -o sea, por la familia, por la sociedad y por el Estado-.

II.-CAPACIDAD PROGRESIVA-RESEÑA.-

El artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño regula el principio de protección y promoción de la autonomía, pues el niño tiene derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos; es decir, que el niño como sujeto pleno de derechos, adquiere la autonomía, y el Estado y la Familia, apoyan y protegen el desarrollo del niño, de forma que progresivamente ejerza sus derechos, de acuerdo a la evolución de sus facultades, y de esta forma se aplica la Doctrina de la Protección Integral.

El mencionado tratado de jerarquía constitucional habla del derecho del niño de formar su juicio propio y expresar su opinión libremente en los asuntos que los afecten, teniendo en cuenta su edad y madurez, como se plasma en el art. 12 de dicho cuerpo normativo. A nivel interno, en nuestro país la ley 26.061 en su art. 24, reafirma dicho derecho; el art. 27 establece las garantías mínimas de procedimiento en los casos en que participen niños, niñas y/o adolescentes; y el art. 19 plasma su derecho a la libertad.-[186]

La capacidad que receptan la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley Nacional 26.061 es una capacidad indeterminada, sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio, que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en estas normativas, como el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a transitar, el derecho de asociación, a la justicia, entre otros.

Se les reconoce a los niños y adolescentes una competencia nueva y una capacidad en progresión; porque cada niño, niña y/o adolescente es una persona única e individual cuya capacidad de entender en las distintas esferas de su vida irá progresando de manera también única, individual e irrepetible.[187]

III.- CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO. MARCO NORMATIVO.-

[186] Convención sobre los Derechos del Niño. C.N 1994-Ley Nacional 26.061.
[187] Gomez Da Costa Antonio Carlos, Estatuto da crianza e do adolescentes comentado. Brasil 1992.

Nuestro régimen interno regula la capacidad en Libro Primero- Parte General-Título I- Capitulo 2.Seccion 1º y 2°, considerando que el reconocimiento de la capacidad y su regulación constituyen materia de orden público.

El artículo 22 del código de rito[188] regula la Capacidad de derecho, y sostiene que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados. Las limitaciones a la capacidad no pueden ser totales o absolutas, se imponen a una persona en relación con ciertos hechos, simples actos o actos jurídicos y nunca de modo general en referencia a una persona, ya que ello importaría negar el concepto de sujeto de derecho, propio de la persona humana.

El artículo 23 que regula la Capacidad de ejercicio, sostiene que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial. Dicha disposición se refiere a la aptitud para actuar por sí los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, conectando con la concepción de la capacidad como un derecho humano de la persona, en sintonía con los postulados de la CDN, por ejemplo, que parte de la consideración de los niños como sujetos de derecho y de la necesidad de orientación por parte de los adultos responsables para el ejercicio de sus derechos, delimitando el alcance de su autonomía progresiva en relación a los actos concretos a ejecutar por el niño (art. 5° CDN; art. 3° de la ley 26.061) y profundizando las exigencias al momento de admitir su eventual restricción.

El articulo 24 determina a las Personas incapaces de ejercicio diciendo que: Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

En cuanto al inciso b), se establece como requisito la edad y grado de madurez suficiente, siendo un concepto maleable y subjetivo, ya que se deberá establecer en el caso concreto si el niño, niña o adolescente cuenta o no con la aptitud para el acto que se quiera realizar, alejándose así este sistema, del concepto más rígido de la capacidad civil tradicional.

En relación a quien no posea la edad y madurez suficiente para el ejercicio del acto, el régimen de representación viene dado por los padres en ejercicio de la responsabilidad parental y, supletoriamente, por la figura del tutor (art. 101, inc. b).

[188] Ley 26994 Código Civil y Comercial Argentino. Comentarios preliminares Dr. Ricardo. L .Lorenzetti-Edit. ERREIUS-2015-.

El artículo 25 del Código Civil y Comercial Argentino nos dice que menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años .Se denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

El artículo 26 menciona el ejercicio de los derechos por la persona menor de edad y sostiene que ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Debemos señalar tal como lo hiciéramos en el aparatado introductorio, que el cambio en el paradigma sobre la infancia y adolescencia que se experimenta a partir del dictado de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde ya no son considerados objeto de protección, sino que son verdaderos sujetos de derechos, merecedores del reconocimiento de sus potencialidades, gozando de aquellos derechos vinculados con su desarrollo integral, constituyendo parte fundamental en la construcción de su autonomía personal y proyecto de vida.

Cabe destacar que el derecho del niño a ser oído y a emitir su opinión, constituye uno de los cuatro principios generales de la Convención, poniendo de relieve que el art. 12 CDN

no sólo reconoce un derecho en sí mismo, sino que también, debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer valer todos los demás derechos.[189]

El reconocimiento, promoción y respeto de estos derechos y el interés superior del niño, como pauta o criterio de actuación en toda situación que los atañe, conforman la plataforma normativa

[189] Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 23849.-

que contribuirá a la construcción de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes, apuntando hacia su autonomía progresiva.

IV.-EL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN.-

La adopción permite la posibilidad de formar una familia que no está sostenida en vínculos biológicos. Es un modo diferente de acceder a la maternidad y paternidad. Se construye simbólicamente el lazo de filiación que tiene la misma trascendencia que en la reproducción natural y tiene como fin proveer al restablecimiento del bienestar y seguridad de un niño, niña o adolescente.

La adopción es un proceso porque está sostenida desde el duelo. Los procesos de vinculación no tienen una evolución lineal sino espiralada, que permanentemente implican lo elaborado previamente, permitiendo que la relación con lo perdido se modifique y modifique al sujeto.[190]

Podemos conceptualizar a la adopción como un instituto jurídico dentro del derecho de familia eminentemente tuitivo con normas de orden público, que se funda o descansa en los valores de justicia y solidaridad. Es una herramienta que nos permite que a un niño privado de un mundo familiar y consecuentemente de su derecho de crecer en una familia, brindarle un hogar, es así que la adopción se proyecta en los sentimientos más profundos del ser humanos es de alguna manera una forma de forjar vínculos, de unir con fuerza dos historias (adoptados y adoptantes) para crear y proyectar una nueva estructura familiar.[191]

El instituto jurídico de la adopción está totalmente emparentado con el derecho a la identidad. La identidad en el marco de la adopción se refiere tanto a los niños, niñas y adolescentes como a los padres adoptivos y de origen.

La búsqueda de orígenes es el derecho a conocer la realidad biológica y el acceso a la información sobre la verdad biográfica de los niños niñas y adolescentes adoptados, entendiendo que el origen de una persona no se circunscribe a lo genético sino que es mucho más que eso: La filiación es un proceso de orden social; a su vez, el origen es el segmento socio-cultural, histórico y económico del cual proviene una persona. Los niños, niñas y adolescentes que transitan por un proceso adoptivo no provienen solo de una coyuntura biológica. Es por eso que en esta clase de procesos la persona más importante y en quien debemos poner acento es la figura del niño, niña o adolecente como protagonista de su propia vida e historia y por supuesto como sujeto pleno de derecho, es decir que mediante este proceso no se trata de dar hijos a aquellos padres que no pueden tenerlos, sino que por el contrario, se trata de dar padres al niño para que crezca con los estímulos necesarios y en una familia cimentada en el amor.

---

[190] Freud, Sigmund. Duelo y Melancolía. T° XIV.Coleccion.-

[191] Adopción-Reflexiones para seguir aprendiendo-Prof. Pilar Arias Iglesias. Edit. Utopías 2014.-

En el caso de la República Argentina, a pesar de no contar con datos estadísticos precisos a nivel nacional del número de adopciones anuales, se conoce a través de la práctica, que el número de familias que se inscriben en los diferentes Registros Únicos Provinciales de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos para poder prohijar- tal como lo dispone nuestro Código Civil y Comercial de la Nación- va en continuo aumentó. [192]

En los últimos años, se ha evidenciado que lo tabúes y los prejuicios – de diversa índole- en relación a la adopción fueron disminuyendo progresivamente.

IV.- I) RÉGIMEN JURÍDICO.-

En nuestro ordenamiento jurídico interno definimos a la adopción en el Titulo VI, Capitulo 1, artículo 594, el cual dispone que la misma es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

Sostiene que la adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

La adopción abandona el lugar de una figura legal más, para convertirse en un proceso regulado donde se consideran los derechos de todos los involucrados, donde el niño es considerado como un sujeto con derechos vulnerados y es en donde se producen ajustes de orden procesal básicamente vinculados con los tiempos de toma de decisiones y se simplifican y estandarizan las reglas, especialmente las relativas a analizar la posibilidad de permanencia en la familia biológica.

En el artículo 595 del código de rito se establecen principios generales que deben regir la adopción que son : a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

En el capítulo 2 sobre Declaración Judicial de la Situación de Adoptabilidad importa el desarrollo de un procedimiento donde es fundamental saber si se agotaron todos los mecanismos posibles para la continuidad del desarrollo del niño, niña o adolescente en el seno de su familia biológica.

[192] La realidad descripta es de la República Argentina al año 2016.-

En el artículo 607 se enuncia los supuestos donde procede la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, la cual se dicta si: a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento; c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste.

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días. El procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad requiere la intervención: a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada; b) con carácter de parte, de los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescentes; c) del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial; d) del Ministerio Público.

El juez también puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos.

En el artículo 609 se determinan las reglas de procedimiento para obtener la declaración judicial de la situación de adoptabilidad: a) tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales; b) es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita; c) la sentencia debe disponer que se remitan al juez interviniente en un plazo no mayor a los diez días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción.

La declaración de situación de adoptabilidad se formaliza con la sentencia que da por agotadas las acciones tendientes a la permanencia del niño en la familia de origen y ante un desamparo acreditado que se dilucidó con las garantías procesales para todos los intervinientes.

El Dr. Antonio Andrade[193] sostiene que no existen parámetros cronológicos para oír a un niño, sino que debe valorarse en cada caso en concreto de acuerdo al proceso, a la temática a decidir y características del niño y de su familia.

Un niño que habla requiere de adultos que escuchen para poder sostener su lugar como hijo.

Es así, que los niños más pequeños, presentan características comunicacionales propias que permiten a los adultos decodificar sus deseos y necesidades. Hay muchas formas de hablar, no solo de esa palabra, sino además con los gestos, miradas, juegos de fisonomías, mímica, es lo que denomina paralenguaje o comunicación no verbal. La madurez y el desarrollo (que refiere el art° 24 inc. b de la ley 26061) es solo para graduar el alcance de su opinión, pero de ninguna manera resulta ser un requisito para escucharlo.

Podemos decir que existen diferentes aspectos esenciales a tener en cuenta para lograr la máxime expresada: a) escucha directa por el juez; b) confidencialidad en las manifestaciones a solicitud del niño; c) información exacta de los alcances de la adopción y de sus consecuencias posteriores; d) capacitación del magistrado; e) como punto crucial y central, que la opinión del niño sea tenida especialmente en cuenta en estos casos.

En el X Congreso Internacional de Derechos de Familia celebrado en la ciudad de Mendoza en el año 1998, se concluyó que ‘‘El Juez deberá ser persona idónea para oír al menor y estar preparado profesionalmente para poder decodificar sus dichos’’. Desde una mirada psicológica, la Lic. Valeria Durán[194] se ha referido al derecho de los niños a ser oído expresando que para que el ejercicio de este derecho sea eficaz deben tenerse las siguientes consideraciones:

-Dejar de lado la mirada autocentrista, para escuchar lo que dice y no lo que nosotros creemos que el niño quiere decir.

-No forzar las palabras del niño para escuchar lo que uno quiere escuchar.

-Aprender a preguntar sin forzar respuestas.

-Percibir cuando el lenguaje oral se encuentre falseado o manipulado por un tercero (padre, abuelos, guardadores, etc.), o bien se trate de relaciones patológicas que resulte necesario neutralizar.

En cuanto a estos dos últimos puntos, coincidimos con lo expresado por el Dr. Andrade cuando sostiene que es de vital importancia que la opinión del niño sea tenida en cuenta en todos los

[193] Dr. Andrade Antonio. ``El rol estratégico del Juez en la Adopción´´. Análisis de las practicas actuales de la Adopción - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.1º ed.2012-

[194] Lic. Durán Valeria ``Los Derechos del niño: Una mirada psicológica. Publicado en los Derechos de los niños, niñas y adolescentes, dirigido por la Dra.Lloverás Nora. Edit. Alveroni, Córdoba, 2010.

casos de adopción en los que sea posible, sobre todo si hablamos de adolescentes, porque el niño niña o adolescente muchas veces, necesita madurar la idea de una adopción.

Debemos comprender que al niño tampoco se le escapa lo que el imaginario social entiende por adopción: desvinculación total y para siempre con su familia biológica, por lo que esto obliga, a tener que explicar con la mejor claridad posible las consecuencias de la adopción, esto es, lo que la Dra. Marisa Herrera denomina como ‘‘protagonismo’’ del niño en su propio proceso de adopción con el debido consentimiento informado.[195] Efectivamente, si el niño, niña o adolescente lo necesitan debemos esperarlos.

Esa espera manifestada anteriormente, no debe ser pasiva limitándose meramente al trascurrir del tiempo, sino que debe estar acompañado de un espacio terapéutico en donde el niño, niña o adolescente pueda canalizar sus dudas, miedos, inquietudes, enojos, frustraciones. La adopción simboliza un nuevo comienzo y resulta necesariamente movilizante para el niño, por lo que a veces hay que esperar.

Atender a los interrogantes que se presenten en el niño y actuar en consecuencia es el mayor de los retos que tenemos los adultos en nuestras manos cuando hablamos, teorizamos y actuamos en cualquier proceso de adopción. Proclamar que la adopción es restituir el derechos del niño, niña o adolescente a vivir en una familia es realmente colocarlo en el centro de la escena y no podremos hacerlo si no atendemos estas cuestiones subjetivas y únicas que todo niño, niña o adolescente, no importa cuál sea su edad, transita frente a un nuevo y desconocido proceso de inclusión familiar.[196]

Esta espera con contención terapéutica, también significará a posteriori un fortalecimiento en la vinculación del niño con su nueva familia. El niño, si así lo quiere, recibirá a la familia con la idea madurada, luego de haber sido contenido en su salud psico-emocional, llegaremos a una instancia donde realmente desea y quiere recibir en su vida a esta nueva familia, es decir, su familia.-

Los tiempos en adopción deberían depender de los tiempos subjetivos de cada niño, y estas muchas veces no guardan ninguna relación con la edad.-

Que en razón de lo postulado se remite para análisis el fallo Excma. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala III, de la ciudad de Santa Fe, Provincia de Santa Fe, registrada con fecha 16/03/2015, A y ST 13, F° 392/394 A. 2015, Res.27 s/ Recurso de Inconstitucionalidad.-

V.- PROPUESTA.-

[195] Herrera Marisa, “La voz del niño en su proceso de adopción” JA 2007-IV1095- diciembre de 2007.
[196] Mag. Maria Federica Otero. Visibilizando nuevas preguntas ,retos y necesidades en el proceso de adopción en la República Argentina.Edit. Utopias 2014.-

Es responsabilidad de las instituciones del estado, proteger la condición de los niños, niñas y adolescentes, su historia personal la que trasciende a su sola existencia. Deben asegurarse las infraestructuras necesarias en los diferentes estamentos del estado para poder cumplimentar con los plazos y postulados que establece la normativa vigente.

Consideramos -desde una faz práctica - que poco hay escrito y/o se ha informado sobre el niño, que está próximo a ser adoptado, como piensa y que siente ese niño, niña o adolescente frente a su propio proceso de adopción, cuáles son sus expectativas reales, consientes y cuales las inconscientes.

Afirmamos que el trabajo y formación de equipos interdisciplinarios para lograr los objetivos postulados por la ley aplicable a la temática no es más una novedad en el derecho de familia, sino una necesidad, y que las conversaciones interdisciplinarias permanentes , la comprensión de las relaciones familiares desde una perspectiva más abarcativa (psicológica, trabajo social, derecho, etc.) y el intercambio de saberes, facilitará a los operadores a ver más allá, prevenir futuros conflictos intervenir con equilibrio y apuntalar lo que sea estrictamente necesario. Queda totalmente desvirtuada la misión de los tribunales de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos desatendiéndose e las particularidades del caso.

Es imperioso asumirse como adultos responsables en la co-construccion de la subjetividad de los niños, niñas y adolescentes que son o serán felizmente incluidos en una familia que deberá estar preparada para constituirse algunas veces, como objeto transicional, otras como promotora de resiliencia y autoestima, y siempre como lugar de seguridad y apego donde los niños, niñas y adolescentes puedan desarrollar su vida con plenitud y desplegar el máximo de sus capacidades como ser humano.

Ponencia 10 – Comisión 2

Título: Proceso judicial de Familia en organismos administrativos: Principios y propuestas de eficacia.

Autor/es: María Alejandra Cabrera Paredes

Contacto:

Abg. María Alejandra Cabrera Paredes
Inpre: 81.597
Defensora de los Derechos de N.N.A credencial Nº03 del Municipio Libertador edo. Mérida.
Coordinadora y Defensora adscrita a la Defensoría ''Hermano Benildo'' de los Hermanos de Las Escuelas Cristianas, Mérida-Venezuela, Distrito Lasallista Norandino
Ex Consejera Municipal de Derechos y Ex Presidenta del CMDNA Libertador Mérida
maria.alejandracabrera@hotmail.com; mariaalejandracabrera@yahoo.com.mx
Telf.: 0058-4141790469
Mérida- Venezuela
Octubre de 2.016

PROCESO JUDICIAL DE FAMILIA EN ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS: PRINCIPIOS Y PROPUESTAS DE EFICACIA.

FUNCIONAMIENTO Y PROCEDIMIENTOS DE LAS DEFENSORÍAS DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CONTEMPLADO EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (L.O.P.N.N.A.)

Hablar de Procedimientos administrativos como garantía de la tutela judicial efectiva, es hacer referencia a los pasos que deben llevar los órganos de administrativos de la Administración Pública Nacional o Administración Pública Descentralizada "integradas en la forma prevista en sus respectivas leyes Orgánicas" (Brewer-Carias, Rondón y Urdaneta 2.008), en sede administrativa para buscar una solución a una problemática planteada, en el caso en concreto cuando hacemos referencia a órganos administrativos nos estamos refiriendo a todos los Órganos Administrativos que conforman el Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescente

Sean estos Instituto Autónomo Consejo Nacional de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes IDENNA, Consejo Municipal de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes CMDNNA, Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes CPNNA, Defensorías de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes DDNNA; ello con la finalidad de garantizar a los Niños, Niñas y Adolescentes la tutela judicial efectiva de los derechos humanos en el desarrollo del procedimiento administrativo y los principios que están debidamente señalados en el artículo 284 de la (LOPNNA, 2.007)

Es de referir que estos principios como reglas o normas que se aplican con la finalidad de garantizar el Derecho a la Defensa y el Derecho al Debido Proceso, y así aplicar las normas legales debidamente establecidas así como busca que estos órganos administrativos no se extralimiten en sus actuaciones.

Cuando hablamos de Derecho a la Defensa y el Derecho al Debido Proceso implica hacer referencia a los Derechos Humanos "Que son aquellos Derechos civiles, y políticos, económicos, sociales y culturales inherentes a la persona humana, reconocido por el Estado a todos sus habitantes sin ningún tipo de discriminación" (Peñaranda-2.009) y para eso debemos remontarnos a su reconocimiento, cuando en el año 1924 la Asamblea de la Sociedad de las Naciones Unidas asume la Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, reconociendo con ello que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma; encaminando esto a que en el año 1948 específicamente el 10 de diciembre, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas ONU, apruebe y proclame.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y de los derechos iguales de todos los miembros de la familia humana. Es así como el 20 de noviembre de 1959 la ONU, aprueba la Declaración Universal de los Derechos del Niño, que constaba de 10 principios, y donde se recogen para ellos los derechos contemplados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Posteriormente en el año 1959 Venezuela reconoce el derecho de la niñez en el seno de su familia y establece la protección de esta con la entrada en Vigencia del Estatuto de Menores del año 1959, lo cual le atribuyo el cuidado de las madres y el menor al extinto Consejo Venezolano del Niño, que luego se transformó en el año 1978 en el suprimido Instituto Nacional del Menor y así en el año de 1980 se aprueba la Ley Tutelar del Menor donde va a prevalecer el interés del menor hasta la entrada en vigencia de la (LOPNA, 1998).

Nuestro país siempre buscando la protección de la familia y apegada a los tratados internacionales y por cuanto el 20 de Noviembre del año 1989, se llevó a cabo la (CDN, 1989), lo cual implico un

cambio de paradigma de la situación irregular a la doctrina de protección integral, llevo a que el 29 de agosto de 1.990 el presidente Carlos Andrés Pérez previa aprobación del Congreso Nacional ratificara mediante ley Aprobatoria la Convención sobre los Derechos del Niño y no es sino hasta el 02 de octubre de 1.998 cuando el Presidente Rafael Caldera, promulgo la (LOPNA,1998), dejando atrás a la situación Irregular y estableciéndose que la misma entraría en vigencia el 01 de abril del año 2.000 y la fecha ya lleva dos reformas la primera de ellas el 10 de diciembre de 2.007 que afecta a la parte de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescente y la última el pasado 08 de junio de 2.015 donde la misma se profundiza en cambiar lo referente a la Responsabilidad Penal de los y las Adolescentes..

Ahora bien, debemos de conocer como está definida la instancia administrativa objeto de esta ponencia como los La Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes la cual no es más que es un servicio de interés público que en cada municipio debe ser organizado por la Alcaldía y, de acuerdo con su población, deberá contar con más de una Defensoría. Así mismo, las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes pueden ser organizadas por la sociedad, a saber: consejos comunales, comité de protección, asociaciones, fundaciones, organizaciones sociales o por cualquier otra forma de participación ciudadana. El Estado deberá adoptar las medidas necesarias para fortalecer las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes creadas por la sociedad. (Art. 201 LOPNNA)

Se dice que son de interés público porque buscan un interés social o colectivo y no persiguen el interés personal o individual de quien las integra o trabaja en ellas

Objeto: Las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes tienen como objeto promover y defender los derechos y garantías de los Niños, Niñas y Adolescentes. Cada Defensoría tendrá un responsable a los efectos de la Ley.

Donde actúan: Las Defensorías son una instancia del Sistema de Protección que están más cercanas y accesibles a los Niños, Niñas y Adolescentes. Funciona a nivel Municipal al igual que el Consejo Municipal de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (C.M.D.N.N.A.) y Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (C.P.N.N.A.), lo que sin duda ayuda a establecer una relación estrecha y confiable entre sus miembros y usuarios.

Atribuciones: Las Defensorías prestan los siguientes servicios:

a) Orientación y apoyo interdisciplinario: Significa que cualquiera que tenga duda sobre un derecho o sobre qué hacer cuando alguien viola los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, puede acudir a la Defensoría más cercana a solicitar información y orientación

b) Atención de casos que ameriten la imposición de medidas de protección o que constituyan infracciones de carácter civil, administrativo o penal, a fin de orientarlos a la autoridad competente;

c) Orientación en los casos que ameriten la atención de otros programas y servicios;

d) Denuncia ante el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (C.P.N.N.A.) o el juez competente, según sea el caso

e) Intervención como defensor de Niños, Niñas y Adolescentes ante las instancias administrativas, educativas y comunitarias que corresponda El Defensor puede además acompañar ante estos órganos Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (C.P.N.N.A.)

f) Estimulo al fortalecimiento de los lazos familiares, a través de procesos no judiciales, para lo cual podrán promover conciliaciones, Obligación de Manutención, Régimen de Convivencia Familiar y situaciones de carácter disponible que no vaya en contra de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (L.O.P.N. N.A.)

g) Fomento y, asesoría técnica para la creación de programas de protección en beneficio de los Niños, Niñas y Adolescentes.

h) Asistencia jurídica a Niños, Niñas y Adolescentes o sus familias, en materias relacionadas con la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (L.O.P.N. N.A.)

i) Promoción de reconocimiento voluntario de filiaciones;

j) Creación y promoción de oportunidades que estimule la participación de los Niños, Niñas y Adolescentes en la toma de decisiones comunitarias o familiares que los afecten;

k) Difusión de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes así como la educación de los mismos para la autodefensa de sus derechos

l) Asistencia a Niños, Niñas y Adolescentes en los trámites necesarios para la inscripción ante el Registro del Estado Civil y la obtención de sus documentos de identidad.

Quiénes son sus miembros: Son ciudadanos que deben cumplir una serie de requisitos

a) Reconocida idoneidad moral;

b) Edad superior a veintiún años;

c) Residir o trabajar en el municipio;

d) Formación profesional o experiencia previa en el área de protección de los derechos de niños y adolescentes

e) Aprobación de un examen de suficiencia en el conocimiento del contenido de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (L.O.P.N. N.A.).

La Defensoría de llevar una serie de Libros que se menciona a continuación y que deben de ser habilitados por la máxima instancia Administrativa como lo es el C.M.D.N.N.A y son los siguientes:

-Libro de Actas

-Libro de remisiones de casos

-Libro de registro de Casos

-Libro Registro de expedientes en Tribunal y homologados

-libro de actas de inspecciones de Defensoría del Pueblo

-libro de Supervisiones del C.M.D.N.N.A.

Quienes las Inspeccionan: Las Defensorías y los Defensores del Niño, Niña y Adolescentes son inspeccionados por la Defensoría del Pueblo.

Quienes las Supervisan: Las Defensorías y los Defensores del Niño, Niña y Adolescentes son Supervisadas por el C.M.D.N. N.A.

Verificado el incumplimiento por parte de una Defensoría o de un Defensor del Niño, Niña y Adolescentes de uno o varios de los derechos consagrados en la LOPNNA, el Consejo Municipal de Derechos, puede aplicar las siguientes medidas:

a) Advertencia;

b) Suspensión provisional o definitiva del Defensor u otra persona que en la respectiva Defensoría sea responsable del incumplimiento

c) Intervención de la Defensoría de que se trate;

d) Revocación del registro a los Defensores;

e) Revocación del registro a la Defensoría.

LAS MATERIAS OBJETO DE CONCILIACIÓN FAMILIAR ANTE LAS DEFENSORÍAS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ESTABLECIDA EN LA LEY SOBRE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN FAMILIAR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Según los señala en Art 15 de la Ley Sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes **(L de P.E.M.P.F. N.N.A)** las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes solo pueden conocer la siguiente materia:

1. Decisiones sobre el ejercicio de la responsabilidad de crianza, tales como: orientación moral y afectiva, formación, educación, recreación, esparcimiento, salud, pautas de crianza, forma de vestir, disciplina y vigilancia de los Niños, Niñas y Adolescentes.

2. Conflictos sobre custodia entre el padre y la madre para determinar con quién debe convivir el hijo o hija. En ningún caso podrá celebrarse un acuerdo que conceda la crianza, custodia o cuidado a terceras personas.

3. Régimen de convivencia familiar.

4. Obligación de manutención, para garantizar el sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes requeridos por los Niños, Niñas y Adolescentes.

5. Fortalecimiento de los lazos y relaciones familiares.

6. Las demás establecidas en la ley, reglamentos y directrices generales adoptadas por el órgano rector del Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

LAS MATERIAS QUE NO PODRÁ SER OBJETO DE CONCILIACIÓN ANTE LAS DEFENSORÍAS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ESTABLECIDA EN LA LEY SOBRE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN FAMILIAR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Según los señala en Art 16 de la Ley Sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes **(L de P.E.M.P.F. N.N.A)** no pueden conocer la siguiente materia:

1. Privación, restitución y extinción de la patria potestad.
2. Privación y restitución de la responsabilidad de crianza.

3. Privación y restitución de la custodia, así como otorgamiento de la custodia de los Niños, Niñas y Adolescentes a personas distintas a la madre o padre.

4. Medidas de abrigo.

5. Colocación familiar o en entidad de atención, así como entrega de los Niños, Niñas y Adolescentes a terceras personas para su crianza, custodia o cuidado.

6. Adopción.

7. Autorizaciones sobre administración de bienes de Niños, Niñas y Adolescentes y demás asuntos de naturaleza patrimonial.

8. Asuntos de naturaleza mercantil, laboral y tránsito.

9. Sanciones derivadas de la comisión de infracciones a la protección debida.

10. Sanciones derivadas de la comisión de hechos punibles.

11. Las demás establecidas en la ley, reglamentos y directrices generales adoptadas por el órgano rector del Sistema de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

COMPETENCIAS EN RAZÓN DE LA MATERIA Y DEL TERRITORIO DE LAS DEFENSORÍAS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ESTABLECIDAS EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (L.O.P.N. N.A.)

"Artículo 289 (LOPNNA): Competencia en razón de la materia.
El órgano que impone las medidas de protección a que se refiere el artículo 126 es el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
La imposición de medidas a entidades de atención, responsables de programas o Defensorías, Defensores y Defensoras de Niños, Niñas y Adolescentes será competencia del Consejo Municipal de Derechos que los hubiere registrado o inscrito o inscrita.
El procedimiento de conciliación contemplado en la Sección Cuarta del capítulo XI del Título III se efectúa ante la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes".
Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (L.O.P.N. N.A.)

"Artículo 290 (LOPNNA): Competencia en razón del territorio.
La competencia geográfica de los Consejos Municipales de Protección y las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes se determina en el siguiente orden de prelación:
a) Domicilio o residencia de la familia natural.
b) Domicilio o residencia de la familia sustituta o domicilio de la entidad de atención donde el niño, niña o adolescente se encuentre, según sea el caso.
c) Lugar de ubicación del niño, niña o adolescente.

d) Lugar de la situación, acción u omisión que ocasiona la apertura del procedimiento.” Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (L.O.P.N. N.A.)

PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO ANTE LAS DEFENSORIAS DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El procedimiento Administrativo que se debe llevar ante una defensoría debe seguir los siguientes pasos:

- Inicio del Procedimiento
- Denegación de la solicitud
- Aceptación
- Notificación de las partes
- Fase Preliminar
- Opinión del Niño, Niña y Adolescentes
- Fase Final
- Envió para homologación ante el Tribunal
- Seguimiento y solicitud de copia de la Homologación al Tribunal
- Archivo del Procedimiento

Inicio del Procedimiento. El procedimiento conciliatorio tiene carácter voluntario se inicia a petición de parte o a instancia de la Defensoría del Niño, Niña y Adolescentes ante la cual se tramite un asunto de naturaleza disponible que pueda ser materia de conciliación.

En este último caso, la Defensoría del Niño, Niña y Adolescentes, en su condición de conciliador, instará a las partes involucradas a iniciar tal procedimiento, mediante notificación personal escrita u oral

Requisitos:

1) Copia de las cedulas de identidad
2) Partidas de Nacimiento Original (Obligación y Régimen)
3) Copias de las planillas respectivas
4) Demás que la Defensoría considere

Denegación de la Solicitud: La Defensoría del Niño, Niña y Adolescentes que actúe como conciliador, puede denegar el procedimiento conciliatorio, si estima que existe impedimento legal para que el objeto del mismo sea resuelto en esta vía.

En caso de que se deniegue la solicitud se debe remitir de manera inmediata según lo estime el Defensor de Los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes a las instancias C.P.N.N.A, C.M.D.N.N.A. y/o Ministerio Público

Aceptación: Aceptada la solicitud la Defensoría del Niño, Niña y Adolescentes debe Notificar a parte denunciada de forma personal y nuca a terceros

Comparecencia: Una vez que las partes comparecen se establecerá la naturaleza del conflicto y los extremos sobre los que versará el acuerdo conciliatorio en el cual el Defensor actúa siempre como Conciliador nunca imponiendo acuerdos ya que las partes deben de buscar su propia solución.

Fase Preliminar: La conciliación se inicia con una entrevista a las partes en la cual el conciliador les informa sobre los elementos que caracterizan el procedimiento conciliatorio y la conveniencia de llegar a un acuerdo de naturaleza extrajudicial.

El conciliador puede entrevistarse por separado con cada una de las partes, reuniéndolas luego para establecer lo extremos del conflicto y las posibles soluciones.

Opinión del Niño, Niña y Adolescentes:

El niño, niña o adolescentes involucrados deben ser siempre oídos y su opinión tomada en Cuenta por el conciliador y las partes a los efectos del acuerdo a los artículos 8, Parágrafo Primero, 80 y 311 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (L.O.P.N. N.A.)

Tipos de Acuerdos Conciliatorios:

Los acuerdos realizados ante la Defensoría pueden ser Parcial y/o Total

Parcial: Si el acuerdo conciliatorio es de carácter parcial, se debe dejar constancia de tal hecho en el acta conciliatoria en la cual deben indicarse, además, los puntos sobre los que no hubo acuerdo. En este último caso, las partes conservan la posibilidad de acudir a las instancias judiciales correspondiente o continuar con los litigios pendientes, a los efectos de ventilar los extremos sobre los que no hubo acuerdo.

Fase Final. El acuerdo conciliatorio celebrado surtirá de inmediato, efecto entre las partes y se consigna en un acta que debe contener:

a) Indicación de los datos necesarios para identificar a las partes y al proceso;

b) Naturaleza del asunto sobre el cual versa el acuerdo;

c) Relación sucinta de lo acontecido en el proceso;

d) Acuerdos a que llegaron las partes;

e) Lugar y fecha del acuerdo;

f) Firma de las partes y del conciliador,

Envió para homologación ante el Tribunal : Lograda la conciliación total o parcial, el Defensor enviará al Tribunal de Protección del Niño, Niña y Adolescentes, dentro de los **CINCO(05) DIAS HABILES** siguientes el acta respectiva y sus anexos, para su homologación. El juez debe tomar la decisión dentro de los tres (03) días siguientes a la recepción del acuerdo conciliatorio

No Homologación del Acuerdo Conciliatorio: El juez no homologará el acuerdo conciliatorio cuando éste vulnere los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, trate asunto sobre los cuales no es posible la conciliación, por estar referidos a materias no disponibles o derechos Irrenunciables, o verse sobre hechos punibles

Seguimiento y solicitud de copia de la Homologación al Tribunal:

Una vez consignado el expediente ante el Tribunal el Defensor debe acudir a mismo y verificar en el libro índice el número de expediente y dejar constancia en el procedimiento. Homologada ante

la autoridad judicial competente, se debe pedir copia de auto del Tribunal y consignarlo en el expediente

INCUMPLIENDO DE LOS ACUERDOS CONCILIATORIOS CELEBRADOS ANTE LAS DEFENSORÍAS DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SEGÚN LO ESTABLECE LA LOPNNA

> **"Artículo 245. Incumplimiento de los acuerdos conciliatorios.**
> **Quien incumpla un acuerdo conciliatorio realizado ante una Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes, será sancionado o sancionada con multa de quince unidades tributarias (15 U.T.) a noventa unidades tributarias (90 U.T.)." Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (L.O.P.N. N.A.)**

FUNADMENTO JURIDICO DE LAS DEFENSORIAS DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El fundamento Jurídico en el que se deben enmarcar las Defensorías de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes es el siguiente:

a) Artículo 78 de Constitución Nacional de la República de Venezuela (C.N.R.B.V).
b) Artículos. 6, 8, 80, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 245, 289, 290, 291, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316 y 317 de la de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (L.O.P.N. N.A.).
c) Artículos 15 al 26 de la Ley Sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes **(L de P.E.M.P.F. N.N.A)**

Propuestas:

1) Las Defensorías de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes deben de recibir el apoyo por parte de los estados y dotarlas de espacios físicos con la finalidad que siendo estos servicios los que están más cercanos a los Niños, Niñas y Adolescentes consigan

desjudicializar las acciones y que la sociedad pueda ayudar a resolver la problemática de la Niñez y Adolescencia.

2) Se deben crear la mayor cantidad de Defensorías de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, en todos los estados para brindar un mejor servicio.

3) Se debe motivar a los Defensores y a su vez buscar la forma de como cancelarles un sueldo y salario por el servicio prestado, por cuanto los Defensores que están en las Defensorías creadas por la sociedad civil, no cobran nada por su servicios, lo cual hace que estos abandones sus funciones.

BIBLIOGRAFÍA:

a) ASAMBLEA NACIONAL, 1.999 "Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela CRBV", aprobada el 20-12-1.999 y Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, viernes 24 de marzo de 2000

b) ASAMBLEA NACIONAL, 2.007, "Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes", publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.859 del 10 de diciembre de 2.007, Caracas, Venezuela

c) b) ASAMBLEA NACIONAL, 2.015, "Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes", publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria 6.185 de fecha 08 de junio del 2015, Caracas, Venezuela

d) ASAMBLEA NACIONAL, 2.010 "Ley Sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes", (L de P.E.M.P.F. N.N.A) publicada en la Gaceta Oficial N° 39.570 del 09 de diciembre de 2.010, Caracas, Venezuela

e) AUTORES Venezolanos, 1.994, "Diccionario Jurídico Venezolano D&F", Ediciones Vítale 2000, C.A., Caracas, Venezuela 1.994.

f) BREWER-CARIAS, Allan R, 2.004, "La Constitución de 1.999, Derecho Constitucional Venezolano", Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2.004

g) BREWER-CARIAS, Allan R, Rondón De Sanso, Hildegard y Urdaneta Troconis, Gustavo, 2.006, "Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y Legislación Complementaria", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2.006

h) CONGRESO NACIONAL, 1.990 "Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño", Gaceta Oficial N° 34.541 de fecha 29 de agosto de 1.990, Caracas, Venezuela.

i) CONGRESO NACIONAL, 1.998 "Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes LOPNA", aprobada el 02 de octubre de 1.998 y publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.266 del 02 de octubre de 1.998, Caracas Venezuela.

j) OSSORIO, Manuel, 1.998, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Editorial Heliasta S.R.L, Buenos Aires, Argentina 1.998.

k) PEÑARANDA Q, Héctor R., 2.009 “Fundamentos del Derecho de la Niñez y de la Adolescencia”, La Universidad del Zulia (EDILUZ), Maracaibo, Venezuela, 2.009
l) SOJO BIANCO, Raúl, 2.000, “Breve Análisis de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Propuesta para una Nueva estructura Organizativa”, Móvil-Libros, Caracas, Venezuela, 2.000
m) ZULETA DE MERCHÁN, Carmen, 2.012, “El Derecho de la Niñez y la Adolescencia en la doctrina de la sala Constitucional Enero 2.009-Abril 2.012”, N° 57, Colección Doctrina Judicial, Tribunal Supremo de Justicia, Fundación Gaceta Forense, Edición y Publicaciones, Caracas, Venezuela, 2.012

Ponencia 11 – Comisión 2

Título: Inconstitucionalidad del art. 590 del Código Civil Argentino. Necesidad de derogación del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad del padre matrimonial, y los terceros legitimados (padre biológico).

Autor/es: Maria Aurora Roch Benitez

Contacto:

Domicilio: Calle España Nº 654.Corrientes.Argentina. Teléfono: (054) 3794-423620 Email: estudioroch@hotmail.com .

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 590 DEL CÒDIGO CIVIL ARGENTINO. "NECESIDAD DE DEROGACION DEL PLAZO DE CADUCIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL PADRE MATRIMONIAL, Y LOS TERCEROS LEGITIMADOS (PADRE BIOLÓGICO).

ANTECEDENTES:

El derogado Artículo 259 del Código Civil, establecía legitimaciones procesales limitadas, para la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, ya que la misma no concedía legitimación activa a la madre, al padre biológico, además de imponer un plazo de caducidad a la acción del padre matrimonial.

El Art. 590 del Código Civil, que lo reemplaza, si bien otorga acción para impugnar la paternidad matrimonial al o la Cónyuge de la madre, a la madre, al hijo y a cualquier tercero que invoque interés legítimo; conserva la restricción al ejercicio de la acción del padre matrimonial, y del padre biológico, estableciendo un plazo de caducidad de un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

Sostenemos la inconstitucionalidad de estas restricciones legales, en función de los derechos consagrados en la Constitución nacional y en los tratados internacionales que adquirieron jerarquía

constitucional al ser incorporados con la reforma del artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional, en el año 1994.

Concepto y Referencia Histórica: Las acciones de impugnación de la filiación estaban incluidas antes de la reforma, conformando el capítulo IX, desde el art.258 al 263 y abarcando la impugnación de la paternidad matrimonial, de la maternidad matrimonial y del reconocimiento del hijo extramatrimonial.

Su especie, la acción de Impugnación de la paternidad matrimonial, estuvo reglada en el art. 259 del Código Civil Argentino y actualmente está reglada en el Art. 590 del Código Civil.

A la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, fue concebida en principio como la que se confiere al marido para desvirtuar, mediante prueba en contrario, la presunción iuris tantum de paternidad de los hijos que da a luz la mujer casada desde la celebración del matrimonio hasta los trescientos días posteriores a su disolución o anulación. Se la definió como una acción declarativa, de contestación de estado, y de desplazamiento del estado de familia; su progreso implica que el hijo queda en la condición de hijo extramatrimonial de la madre, y puede ser reconocido por su verdadero padre. Así lo establece el artículo 258, primer párrafo, 1º y 2º parte, Código Civil, texto según la ley 23264," el marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. …"

En tanto la primera parte del derogado artículo 259 (ley 23264/1985), innovó en cuanto a la legitimación activa en esta acción, al establecer que "la acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste, y por el hijo", ya que el Código Civil en su redacción originaria otorgaba legitimación activa solamente al padre matrimonial.

El citado artículo confería acción al ***marido***; a los herederos del marido, si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en éste artículo y al ***hijo***. Pero es de advertir que su acción no tenía ni tiene plazo de caducidad como la del padre, caduca por su muerte, ya que no se prevé su transmisión a sus herederos.

El plazo de caducidad de un año establecido en el artículo 259 del Código Civil, también constituía una innovación de la ley 23264, ya que conforme la redacción originaria del Código Civil, el padre matrimonial tenía un plazo de sesenta días a contar desde que el padre tenía conocimiento del parto.

El proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la nación del año 2012, en el Capítulo 8 del Título sobre Filiación, previó la regulación de las acciones de Impugnación de la Filiación. Unificó

la legitimación y plazos de caducidad de las acciones de filiación. Por cuanto, en todas las acciones de filiación, se otorgó legitimación al hijo, al cónyuge, a la madre y a todo tercero que invoque interés legítimo; la legitimación de la impugnación de la paternidad matrimonial, que conforme la redacción actual queda restringido al marido y al hijo, quedó ampliada.

En cuanto al plazo de caducidad, el proyecto mantuvo la redacción actual en lo que hace al hijo cuya acción no caduca, extinguiéndose por su muerte. Se advierte innovación con respecto a los demás legitimados, para los que mantiene el plazo de un año, a contarse desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien ha quedado emplazado como padre.

EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, establece en el Artículo 590 del Código Civil, que "la acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que impone un interés legítimo."
"El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume."

Nos preguntamos: ¿Se deben mantener las restricciones legales a la acción de impugnación de la paternidad, manteniendo el plazo de caducidad?

Para responder esta pregunta debemos preguntarnos a su vez si esta norma es válida, justa; además de preguntarnos, ¿qué consecuencias sociales e individuales acarrea su vigencia?..¿Porque debe derogarse el plazo de caducidad?

Afirmamos que esta norma no es válida, por ser incompatible con la C.N. norma jerárquicamente superior, al impedir el ejercicio de derechos fundamentales. En efecto a raíz de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al art 75 inc.22 C.N. , el artículo 590, ha caído en la invalidez por contrariar :Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 10 que garantiza el derecho de acceso a la justicia -la Convención de los derechos del niño que consagra en el art. 3 el Interés superior del niño y en los artículos 7 y 8 el derecho a la identidad del niño comprensiva no solo del nombre, la nacionalidad sino que también de las relaciones familiares; al tiempo que reconoce al niño el derecho a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos. –El Pacto de San José de Costa Rica que garantiza a las personas, el pleno ejercicio de sus derechos sin discriminación alguna, además de consagrar el principio de que todas las personas son iguales, e incluye el derecho de toda persona de presentarse en condiciones de plena igualdad ante tribunales

independientes . Además de contrariar el art.16 y 17 de la C.N. que garantizan la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad respectivamente.

Ello ocurre al establecer un plazo de caducidad a la acción de impugnación del padre matrimonial y del padre biológico, afectando no solo el derecho a la identidad del niño sino que también del padre quien además se ve obligado a la prestación alimentaria a una persona que falsamente se le atribuyó como su hijo; soslayando por otro lado, que los mayores de edad también gozan de la protección constitucional a su identidad (Art. 33 y 75 inc. 17 y 19 de la C.N.).

El Art. 590 impone un trato discriminatorio por cuanto irrazonablemente reconoce la potestad de impugnar la paternidad matrimonial solo por un término; pero esta limitación temporal no está prevista también para el hijo pese a que la filiación es una relación recíproca. La misma discriminación ocurre con el padre biológico.

Nos preguntamos ahora si es justa la norma. La respuesta es lógica. No puede ser justa una norma que contraria el orden natural, impidiendo la realización en la faz jurídica de la realidad biológica. Acaso puede existir y ser acatada por todos, una norma moral que burle el orden natural; imponiendo a los seres humanos una existencia falsa, e hipócrita y todo ello "en pos de la paz de una familia legítimamente constituida". Por supuesto que no.

¿Qué consecuencias trae el mantenimiento de la norma en las actuales condiciones ¿y ¿ cuál ocasionaría su modificación?

El establecimiento de un plazo de caducidad es un resabio de la antigua legislación en la cual el hombre era dueño y señor en el manejo de los intereses familiares, quedando toda la familia sometida a esas potestades, inclusive anteriormente a la ley 23264 el marido era quien tenía el poder de poner de manifiesto que los hijos que tenía su esposa eran o no suyos. Para dicha concepción la organización social se funda en la familia basada en el matrimonio por lo que en consecuencia no puede quedar expuesta la filiación del hijo a la acción de cualquier interesado y es solo al cabeza de la familia a quien el cuerpo social delega la decisión de aceptar o rechazar al recién nacido, originado en una relación adúltera de su mujer.

En el tema de filiación entran a jugar repercusiones de tipo personal y social: toda persona tiene el derecho a un emplazamiento filial acorde con la verdad biológica, entendiendo que es indispensable el respeto el derecho a la identidad familiar, como un antecedente que posibilita la formación de los aspectos dinámicos de la identidad , relacionado con la personalidad, el desarrollo psico-emocional, educación, formación religiosa, ética, ideas; en fin todo lo que el ser humano aprende de su entorno; su cultura. El hombre proyectado socialmente.

Ello no ocurriría si la norma mantiene este menoscabo en el derecho a la identidad del individuo.

El derecho moderno ha excluido esta idea de que el marido es el único que puede poner de manifiesto la discordancia con la realidad biológica, juzgándose que existe un interés legítimo de otros miembros de la relación filial. Hoy se reclama el reconocimiento de todos los miembros de la familia como sujetos de derechos en igualdad de condiciones para el ejercicio de los derechos. Protección del interés superior del niño y de la familia verdadera por encima de la familia fundada en la ficción. La protección de la familia fundada en la verdad, sin límites temporales al ejercicio del derecho a la identidad es indispensable para el desarrollo humano digno y sano.
Por otra parte existen en la actualidad avances científicos que de no posibilitarse el acceso a la verdadera identidad se verían neutralizados e imposibilitados de beneficiar al ser humano; ello ocurre con la posibilidad de prevenir y tratar precozmente enfermedades hereditarias, la posibilidad de ser dador o receptor de órganos a efectos de salvar la vida propia o la de un familiar; como también es importante el conocimiento de vínculos a efectos de evitar la formación de parejas consanguíneas.

La ley no puede ir contra el derecho a la libertad, dignidad e igualdad establecida por ella misma, en pos de una moral caprichosa y prejuiciosa de algunos.

PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCION DEL MARIDO PARA IMPUGNAR LA PATERNIDAD MATRIMONIAL.

Argumentos a favor de la existencia del plazo de Caducidad:
Enseña Zanoni, (1) que según ha acordado la doctrina tradicional, la presunción de paternidad del marido no debe quedar demasiado tiempo expuesta a la acción de impugnación.

Se tiende a obtener, en lapso prudencialmente breve, la consolidación del estado de familia de que el hijo goza, lo cual constituye, a su vez, un requerimiento de estabilidad de las relaciones jurídicas familiares.
En este orden de ideas, dice el mencionado autor, que "por eso se ha considerado que la caducidad de la acción logra que el estado de un hijo que se presume legítimo, no permanezca por mucho tiempo en la incertidumbre. (2)
García Goyena, (3) agrega que el silencio del marido permite presumir fundamentalmente que el ha reconocido la paternidad o que ha preferido no accionar por desconocimiento.
En congruencia con lo anteriormente señalado, señañaBelluscio (4); la caducidad se inserta en la teoría general de las acciones de estado de familia, procurando que el posible ejercicio de acciones

de desplazamiento del estado-como es el de la impugnación de la paternidad no afecte indefinidamente, ni siquiera por demasiado tiempo, la certeza del estado mismo.

(1)Zanoni, Eduardo, Manual de Derecho de Familia.

(2)Planiol-Ripert-Rouast, Tratado de derecho Civil Francés, TII p.620, nº 792, citado por Zanoni, Eduardo A., Op.cit.

(3)GarciaGoyena , citado por Zanoni, op.cit.

(4)Belluscio, Augusto Cesar, Derecho de familia t. 1.citado por Mazzinghi, Derecho de Familia.tI, pág.61. Perrino

(5), entiende que evidentemente se trata de un plazo de caducidad que pone fin al derecho a impugnar la paternidad y torga con ello estabilidad al estado de familia que no puede permanecer sujeto a plazos indeterminados.

.<u>Argumentos a favor de la Derogación del Plazo de Caducidad y que cuestionan la Denominación.</u>

Para Bertoldi de Fourcade(6) el mantenimiento del plazo de caducidad del 259, contraviene el principio de libertad del padre, igualdad con relación al hijo, y dignidad de los sujetos de la relación potestativa, de lo que deviene su inconstitucionalidad".

Para Dansey, (7) el aludido plazo de caducidad es en realidad un plazo de prescripción extintiva del derecho, al cual se le ha dado un nombre que no responde a la idea de lo que la ley misma establece como caducidad; es que en materia de acciones de estado, el criterio de distinción está dado, además del transcurso del tiempo (que es básico en ambos casos), por el acaecimiento de un hecho concomitante en el caso de la caducidad.

Argumentando que el Art. 590 no requiere ningún acaecimiento que concurra en el transcurso de un año, para que podamos calificar a dicho plazo como de caducidad. La inacción del interesado por sí sola no basta, puesto que es un hecho aislado, sin la concurrencia de un suceso diferente.(8)

(5)Perrino, Jorge Oscar, Derecho de Familia, Tomo II, página 1417.Lexis Nexis. Agosto de 2006. Bs. As.

(6) Bertoldi de Fourcade ponencia publicada en Libro de Ponencias de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, p.171.Editorial La Ley , Buenos Aires, Septiembre de 2005.

(7)Dansey, Carlos A. Inédito. Corrientes. Argentina.

(8)Dansey Carlos, op.cit.

Asimismo se afirma que contraría los Derechos Constitucionales de igualdad, no discriminación y derecho de propiedad, e identidad, tanto del padre matrimonial, como del hijo. (9)

Mazzinghi, (10) critica la terminología empleada por la norma, en cuanto luce "caduca" la acción confundiendo caducidad con prescripción, pues la acción prescribe y el derecho caduca; preguntándose qué es lo que ha querido decir el legislador.

Llovera, y Salomon(11), opinan que la limitación temporal incluida en los plazos de caducidad para imponer las acciones de filiación deviene inconstitucional, tanto produce un bloqueo procesal para materializar un derecho fundamental en un reclamo judicial , sin razón axiológica de peso, más allá del argumento que no comparten de la nominada estabilidad familiar o situación consolidada en las relaciones familiares de los actuantes o protagonistas. Asimismo afirman que limitar temporalmente la posibilidad de investigar la filiación contradice los principios del derecho a la identidad y de la verdad biológica.

"La incoherencia y contradicción del plazo de caducidad vigente con los principios fundamentales de derechos humanos no se neutralizan con el argumento de que se afecta la seguridad jurídica al modificarse el Cº Civil.-(12)

"Se hace necesaria una reforma del Art. 259 del Cº Civil, ya que el mismo vulnera el art. 16 de la C.N. Que por otra parte, el artículo respondía a otra realidad social.(13)

(9). Dansey Carlos A. Y Roch Benitez, Maria A. "Necesidad de derogación del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial", en libro de ponencias presentadas en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, pág. 240. Buenos Aires 2005.

(10)Mazzinghi, Jorge citado por Perrino, Jorge Oscar, Derecho de Familia Tomo II, P. 1416.

(11)Lloveras, Nora y Salomon Marcelo, Derecho de Familia desde la C.n., p.240. Edit.UBA.2009.

(12)Maria Virginia B. de Fourcade XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil L.L.2005.-

(13)Dansey Carlos Alberto y Roch Benitez, Maria Aurora. Libro de Ponencias de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.-Editorial L.L.

Mizrahi, entiende que el plazo de caducidad es inconstitucional por la incorporación de los tratados internacionales a la C.N. a través de la reforma de 1994.

Azpiri, al analizar el nuevo Art. 590, objeta el mantenimiento de la caducidad de esta acción para algunos legitimados porque al poder el Hijo demandar en todo tiempo, se produce una desigualdad ante la ley y el emplazamiento no queda definitivamente consolidado.

-LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DURANTE LA VIGENCIA DEL DEROGADO ARTÍCULO 259 DEL CODIGO CIVIL ANTECEDENTE DELACTUAL ART. 590.

La jurisprudencia del Art 259 antecedente del actual Art. 590, ofrece valiosos elementos de juicio. Es así que la resolución del Juzgado Civil y Comercial y Familia 3º nominación, San Francisco, en autos J.J.R.R. c.L.S.V. y L.M. en sentencia dictada el 12 de noviembre de 2001, estableció que corresponde declarar la inconstitucionalidad del Art.- 259 del Código Civil, párrafo 2º y 3º en cuanto establece un plazo de caducidad para imponer la acción de impugnación de la paternidad del marido.

Ello, por encontrarse en pugna con los derechos y garantías consagrados en la Convención sobre los derechos del niño, de rango constitucional, toda vez que de sostener que ha operado dicha caducidad quedará consolidado el estado de hijo matrimonial y en consecuencia se le impondrá al menor un padre que no es tal –en el caso, se practicó una prueba hematológica denominada HLA, la cual permitió concluir que el actor no es el padre biológico del menor - atentando contra la

dignidad del menor , al considerarlo no como sujeto de derecho sino como objeto de contienda. (14)

La Cámara de Familia 1º nominación de córdoba en autos T.D., J.E.c. R.D.Q. el 23 de octubre de 2002, (15) hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del art 259 inc.2º, en función de los siguientes argumentos : El plazo de caducidad para que el padre promueva la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, (art. 259, párrafo 2º, Código Civil) configura un ataque injustificado a su derecho de propiedad (art 17 de la Constitución Nacional), pues el mantenimiento del estado de familia le acarrea desventajas patrimoniales tales como la derivada de la obligación alimentaria .(14) J.Civ., Com. Y Familia 3º Nom. , San Francisco, 2001/12/11.J.J.R.R.c.L.S.V. y L.M. cit. en colección de Análisis Jurisprudencial Familia La Ley.

(15) Cámara de Familia 1º nominación de córdoba en autos T.D., J.E.c. R.D.Q. el 23 de octubre de 2002) L.L. 2003-C- 300.

Al mismo tiempo que afirmó la inconstitucionalidad de dicho artículo por cuanto prevé un término de caducidad anual para que el padre promueva la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, pues no es razonable reconocer la potestad de indagar sobre dicho estado solo por un término, negándola si la necesidad de conocer la verdad aparece con posterioridad a su vencimiento- Vulnerando normas constitucionales (75,inc.22 y 16C.N.)

BIBLIOGRAFÍA

- Azpiri, Jorge.- “La Reforma de la ley 23264 en materia de filiación.”. En L.L. 1985- E-845.
- Belluscio, Augusto Cesar, “Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia”, L.L. 1995-A-945.
- Belluscio, Augusto Cesar. “La unificación del régimen de filiación en el Código Civil Francés”, en L.L., ejemplar del 8 de septiembre de 2005.
- Berizonce, Roberto O. “Necesidad de una ley nacional de bases sobre garantías del efectivo acceso a la justicia” J.A. 15 de noviembre de 1989.
- Bidart Campos, Germán.”Una sentencia ágil en busca de la verdadera filiación de un menor”. En L.L. 2002-c- 719.
- Bidart Campos, German.”Las realidades biológicas y las normas jurídicas, en E.D. 145-881.
- Caivano, Roque C. “El acceso a la justicia” L.L. 17 de marzo de 1989.
- Ferreyra de la Rúa, Angelina, “Un fallo que declara la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil y que efectúa una interesante interpretación del derecho a la identidad. L.L.2003-C-299.
- Gil Domínguez, “¿Existe una familia basada en la hipocresía? La discriminación prevista en el art. 259 del Código Civil y un fallo de la Corte Suprema que llama a la reflexión. L.L. 2000-B-24.

- Grosman, Cecilia P., ”El interés superior del niño, en “Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.
- Grosman, Cecilia P., Significado de la Convención de los derechos del niño”, en la Ley 1993-B- 1089.
- Méndez Costa, María Josefa, “Sobre la legitimación activa de la impugnación de la paternidad matrimonial”, D.J. 1989-II-498-506.

CONCLUSION:

El Art. 590 del Código Civil Argentino, conserva la restricción al ejercicio de la acción del padre matrimonial, y crea idéntica limitación al padre biológico, estableciendo un plazo de caducidad de un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

Este plazo anual, constituye una restricción inconstitucional, vulneratoria de los tratados internacionales incorporados con la reforma de 1994, del artículo 75, inciso 22 de la C.N., como son el Pacto de San José de Costa Rica, Art.8 que garantiza el acceso a la justicia y la Convención de los Derechos del Niño, Artículos 7, 8 y9, que consagran el derecho a la identidad del niño.

Contradice además la Constitución Nacional, en sus artículos 14 que consagra el derecho a peticionar; y 16, que establece el principio de igualdad, por cuanto irrazonablemente reconoce al padre matrimonial y al biológico la potestad de impugnar la paternidad matrimonial solo por un término, negándola si la necesidad de conocer la verdad aparece fuera de ese término, no estableciendo idéntica limitación para el hijo; advirtiendo además que pese a que la filiación es una relación recíproca, por lo que esta norma consagra un trato discriminatorio generando un obstáculo procesal que impide el pleno ejercicio de derechos humanos fundamentales, por lo que deviene su inconstitucionalidad, no pudiendo pasar asimismo el control de convencionalidad.

Por lo expuesto anteriormente, proponemos una reforma del Art.590 del Cº Civil, ya que el mismo vulnera normas de jerarquía superior.

Ponencia 12 – Comisión 2

Título: La tutela judicial eficiente en los procesos de familia, en la actualidad.

Autor/es: María Marta Nieto

Contacto y datos autora:

Abogada. Jueza Juzgado de Familia n. 1 de Comodoro Rivadavia. Miembro de la Escuela de Capacitación Judicial del Superior Tribunal de Justicia. Profesora integrante de las Cátedras de Derecho Civil V —Familia y Sucesiones— y Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Patagonia S.J.B

- Nombre y Apellido: María Marta NIETO
- Dirección: Calle Carlos Pellegrini N° 663, Comodoro Rivadavia, Chubut, Argentina
- Teléfono: 54-02974470164
- e-mail: marianieto@juschubut.gov.ar
- AUTORIZO A PUBLICAR la presente ponencia en edición impresa, digital a través de Internet o cualquier formato electrónico, documentos institucionales.

MEDIDAS EXCEPCIONALES BAJO LA MIRADA DEL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL TIEMPO DEL PROCESO

"*Medidas excepcionales bajo la mirada del principio de tutela judicial efectiva y el tiempo del proceso*

"*Tienes que hacer que suceda*" (Denis Diderot)

I.- INTRODUCCION

Compartiendo una afirmación de la Dra. Patricia Bermejo, podemos comenzar sosteniendo que "es una aspiración de todo jurista lograr soluciones para la comunidad, ya sea a través del derecho o de la jurisprudencia se ambiciona resolver de manera rápida y adecuada los conflictos llevados a la jurisdicción". Esta afirmación no es extraña al ámbito de las medidas excepcionales que puedan adoptarse, sea por los órganos administrativos de protección de derechos creados a tal fin o por la justicia de familia. Por ello, en el presente trabajo, procuraré introducirnos en el análisis del principio de tutela judicial efectiva, su impacto en el proceso de resolución de las medidas excepcionales, poniendo especial énfasis en el principio de oficiosidad y el tiempo del proceso.-

En tal sentido podemos partir de la premisa que los principios generales del proceso contenidos en el nuevo texto del CCyC constituyen un criterio normativo para los jueces, de los cuales no sólo no pueden apartarse ninguno de los operadores del derecho de familia, sino que deben constituirse en firmes directivas por mandato de la ley (art. 706 y ccdtes. del CCyC) y responden a un mandato convencional, a través de los arts. 7, 8, 9 y 25 de la Convención Americana.

A fin de cumplir con ese propósito, como veremos seguidamente, desde el moderno derecho procesal se han efectuado diversos aportes, siendo creativos al momento de imprimir eficacia al principio de tutela judicial efectiva. En efecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina, hemos repetido en innumerable cantidad de veces que en estos tiempos, el rol primordial de los operadores judiciales frente a la comunidad, es dar oportuna seguridad jurídica, brindando protección en los casos de indefensión, garantizando el acceso a la jurisdicción y el respeto por las libertades fundamentales a todos los habitantes, proceso al que hemos llamado "constitucionalización del derecho de familia".

De conformidad con estas pautas, se reconoce a toda persona –sin distinción alguna- el derecho a ser oída, con las debidas garantías y *dentro de un plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Específicamente en el proceso de familia, esta necesidad de actuar en pos del acceso a la justicia, se ha visto particularmente destacada ya en el XXV Congreso de derecho Procesal Argentino celebrado en Santa Fe en el año 2009 cuando se afirmo que "Los procesos de familia por su naturaleza exigen principios diferenciados y propios. El conflicto de familia implica la intervención judicial en el ámbito más privado de cualquier individuo, por lo que la bilateralidad del contradictorio tradicional toma características particulares. No debieran haber vencedores ni vencidos sino la constitución de un nuevo orden de familia por medio de una justicia no dirimente sino de acompañamiento" (LL 16-2-2010). Conclusiones a las que nuevamente se arriba en el XXVIII Congreso Argentino de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Jujuy en septiembre del año 2015, ya vigente el texto del nuevo CCyC.

En virtud de este principio es que Morello habla de la justicia de "colaboración" y no duda en afirmar que debemos pasar de un juez "clásico" para dar lugar a un juez de "acompañamiento", un juez empujado a salir de su rol pasivo de árbitro para adoptar la función de juez entrenador, protector, preventor, que *asiste al juego de partes e interviene cuando advierte que este juego*

corre el riesgo de llevar a decisiones injustas por estar fundadas sobre una comprobación inadecuada" ([197]).

Afirmaciones que también comparte el Dr. Edgard Baracat quien respecto a la tutela anticipada ha afirmado en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Jujuy 2015 que "no sólo tiende a evitar un daño, sino también a evitar el recrudecimiento de un daño ya provocado. Previene un daño que va a producirse y el agravamiento del producido", cuestiones también aplicables a los procesos de resolución de medidas excepcionales, concretando la filosofía de nuestro Código Civil y Comercial de prevención de daños

Y en este sentido, como sostiene la Dra. Mabel Alicia de los Santos "*el C.C.yC. ha puesto un punto final a la discusión entre los partidarios del "activismo procesal" y los autodenominados "garantistas" quienes entienden que el autismo del juez lesiona garantías procesales de las partes" ([198])*, postura esta última que sólo da lugar al exceso de rigor formal, permitiéndose el operador judicial descansar en una zona de confort como pueden resultar los viejos códigos procesales de la nación y las provincias, privilegiando las formas sobre el fondo.

Así, analizaremos cómo deberían tramitar ante la jurisdicción, los procesos donde se controla la legalidad de las medidas excepcionales adoptadas por los órganos administrativos de protección de derechos o las tramitadas desde su inicio ante los tribunales de familia, conforme la legislación local y nacional, a la luz del principio de tutela judicial efectiva, comprensivo de la oficiosidad, bajo la luz de los instrumentos internacionales a los que hemos adherido, las específicas mandas contenidas en el nuevo Código Civil y Comercial, haciendo especialmente hincapié en la duración razonable del proceso.

II.- ACTIVISMO JUDICIAL Y ADMINISTRATIVO, ESPECIALIDAD Y OFICIOCIDAD

Sabido es que el derecho a un pronunciamiento judicial rápido, en tiempo razonable, es un derecho humano básico y se entronca con la efectiva tutela judicial de los derechos como garantía explícita (arts. 18 y 33 de la CN y pactos incorporados según art. 75 inc. 22 CN) al punto que el derecho al debido proceso, incluso el de "igualdad de armas" debe enmarcarse en la celeridad y economía procesal.

La jurisprudencia señala que la tutela judicial efectiva surge también a través de los arts. 18 DADDH y 81 CADH entre otros, *"que descarta, por incompatible, toda dilación perjudicial o indebida del*

[197] Taruffo Michele, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa" trad. Eduardo Oteiza en Revista de Derecho Procesal 2006-2-431 Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe).

[198] "Las formas y la efectividad de la justicia de familia" Ponencia en XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Jujuy 2015

proceso y cuya virtualidad jurídica no se agota en el acceso al control judicial sobre la Administración y en el derecho al debido proceso en igualdad de armas procesales, sino que trasciende a la etapa misma de la ejecución de sentencia en los propios términos del derecho sustancial en ella reconocido" ([199]). El Código Civil y Comercial recepta y profundiza esta regla de adecuación constitucional/convencional y, en consecuencia, se constituye como un cuerpo jurídico diseñado y testado bajo la lupa de los derechos humanos.

Con claridad lo expresan los Fundamentos del entonces Anteproyecto al decir: "Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo".

La consecuencia central que se deriva de la vigencia de este paradigma humanitario es el examen permanente de las leyes internas a la luz de las normas convencionales/constitucionales involucradas. Así, el llamado control de constitucionalidad y convencionalidad de las normas reglamentarias verifica su correspondencia o compatibilidad tanto con los tratados internacionales de derechos humanos como con las decisiones emanadas de los órganos regionales autorizados para su interpretación.

Con esta lente humanitaria que asegura la legitimidad de la visión aplicada a la hora del armado o construcción del nuevo texto civil y comercial, se diseña —entre tantos temas— la declaración de adoptabilidad a partir del art. 607 del CCyC, recogiendo así la profusa jurisprudencia nacional. Ahora bien, el triunfo de la visión publicista, activista del derecho procesal, caracterizada por la confianza del operador jurídico en sus magistrados ([200]), encuentra su fundamento a través del reconocimiento por parte de la ley, la jurisprudencia y doctrina, de una serie de facultades y deberes que habilita al juez a fin de mejorar su cometido de "dar a cada uno lo suyo", siendo esto lo que demanda el servicio de justicia, amparado en los preceptos constitucionales y supra constitucionales ya mencionados, donde las formas deben ser medios y nunca un fin en sí mismas –CSJN *"caso Colalillo"*-.

Y en que se traduce este principio de impulso? en la actividad oficiosa del juez, ahora expresamente contemplada en el texto del CCyC. En efecto, a poco que se avanza sobre su

---

[199] Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sala Laboral 09/11/2004 "Lázzari, Julián E.v. Consejo Nacional de Educación Técnica dependiente del Ministerio de Cultura y Educación de la Provincia" Lexis 70020655.

[200] Peyrano Jorge "Sobre el activismo judicial" en "Activismo y galantismo judicial" Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", Córdoba, 2009 p. 11 y ss.

articulado, puede observarse dentro de su normativa el reemplazo de la palabra “puede” por “debe”, así al regular en materia cautelar, o sobre la participación y escucha de niños, niñas y adolescentes, como de las personas sujetas a un proceso de determinación de su capacidad jurídica.

En el plexo normativo del CCyC, este activismo judicial se ha reforzado de modo genérico en el art. 706 y específicamente en el art. 709 del C.C.y C. que establece el principio de oficiosidad, pero también surge por ejemplo del art. 607, cuando dispone que el juez *debe* resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días, o en el caso del art. 612 en cuanto dispone que el juez debe discernir la guarda con fines de adopción inmediatamente a declarar la situación de adoptabilidad y más específicamente el art. 616 en cuanto obliga al juez a iniciar, ya sea a pedido de parte o de oficio el proceso de adopción, una vez cumplidos los tiempos de la guarda con fines de adopción.

Ahora bien, cuando hablamos de efectividad de la justicia de familia nos referimos a la exigencia de que la tutela jurisdiccional haga operativo el derecho de fondo y permita el dictado de sentencias que resuelvan con justicia el conflicto, en el menor tiempo posible, y que esas resoluciones se cumplan oportunamente.

Teniendo en cuenta que este principio comprende a los restantes principios, en tanto se trata de un derecho “fundamental”, es decir un derecho que tiene su base en el derecho constitucional y en los derechos humanos ([201]) podemos señalar que principios como la inmediación, oralidad, buena fe, etc. no resultan ajenos al proceso de control de legalidad de las medidas excepcionales adoptadas por el órgano administrativo de protección de derechos, ni al proceso de declaración de adoptabilidad.

Con mucho más énfasis, afirmamos que tampoco resultan ajenos el principio de economía procesal, comprensivo de la celeridad, abreviación de plazos, siendo el juez, quien como director del proceso tiene el deber ineludible de propender a que el proceso sea diligenciado con la mayor celeridad evitando un costo económico innecesario en tiempo y dinero, procurando que la administración de justicia sea realizada en forma eficiente y sin desgastes jurisdiccionales estériles, cuestiones tan analizadas por la CIDH en los casos *“Furlan*” y *“Forneron*”.

En efecto, si bien se trató de un proceso de daños y no de una medida excepcional, resulta sumamente clarificador a los fines de comprender la importancia del principio oficioso y el activismo judicial, lo resuelto el 31 de agosto de 2012 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, oportunidad en que declaró al Estado Argentino internacionalmente responsable por haber excedido el plazo razonable en el proceso civil por daños, vulnerar el derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada y por el incumplimiento de la obligación de garantizar,

[201] Ver Kemelmajer de Carlucci, A. Principios procesales y tribunales de familia” JA 1993-IV-676

sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal, en perjuicio de Sebastián Claus FURLAN.

En la sentencia dictada en el caso Furlan la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue enfática al considerar que el Estado, en ejercicio de su función jurisdiccional, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe quedar exclusivamente supeditada a la iniciativa procesal de la parte actora, observación que implica una clara desentronización del principio dispositivo infraconstitucional que rige el proceso en Argentina, al menos en la mayoría de las legislaciones procesales provinciales, y hasta la entrada en vigencia del nuevo CCyC, momento en el cual todas ellas debieran ser readecuados conforme los principios allí sentados.

En dicho antecedente, el órgano jurisdiccional regional atribuyó responsabilidad al Estado Argentino sobre la base de considerar que, no obstante tratarse de una pretensión orientada a obtener una indemnización derivada de la discapacidad física sobreviniente de una persona menor de edad, el juez no había hecho uso de las que identifica como facultades ordenatorias e instructorias para resolver este asunto objeto de su conocimiento. El pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este considerando parece operar una suerte de caracterización de las potestades jurisdiccionales como obligaciones que reconocen como sujeto pasivo al juez nacional. Además, adujo que en el caso era imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó que cuando el transcurso del tiempo repercuta de manera relevante en la situación jurídica de un individuo en situación de vulnerabilidad, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.

Advierto aquí que, en este contexto fáctico, la Corte identifica al plazo razonable con un lapso que califica como breve y prescinde para esta calificación de las precisiones que al respecto contuvieran las normas procesales infraconvencionales aplicables a los procesos de conocimiento. Finalmente, el organismo jurisdiccional regional puntualizó que de la brevedad del proceso dependía el objetivo primordial del proceso judicial, cual era en dicho caso, el de obtener una indemnización orientada a satisfacer las erogaciones indispensables para su rehabilitación y que la prolongación del proceso en este caso incidió de manera relevante y cierta en la situación jurídica de la víctima con carácter irreversible por cuanto al retrasarse la indemnización que necesitaba, tampoco pudo recibir los tratamientos que hubieran podido brindarle una mejor calidad de vida.

En atención a su naturaleza cautelar y protectoria de los niños, niñas y adolescentes, cuanto más aplicables resultan estas premisas sentadas por la Corte a los controles de legalidad de las medidas

excepcionales o al proceso de declaración de adoptabilidad previstos en el nuevo texto del CCyC, donde el sujeto del proceso siempre se encuentra en situación de vulnerabilidad y afectado en cuanto a su derecho a la convivencia familiar.

En dicho precedente, una vez analizados los cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo, la Corte Interamericana concluyó que las autoridades judiciales a cargo del proceso civil por daños y perjuicios y del cobro de la indemnización no actuaron con la debida diligencia y el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Sebastián FURLAN, razón por la cual excedieron el plazo razonable, violación que vulneró el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Furlan. ([202])

Así parece incuestionable que el proceso de conocimiento no configuró en el caso una garantía idónea para el cumplimiento de la exigencia convencional contenida en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por cuando no tuteló efectivamente los derechos de Sebastián Claus FURLAN.

Ahora bien, cómo podemos relacionar dicho antecedente, dictado en el marco de un proceso de conocimiento de daños y perjuicios con la declaración de estado de adoptabilidad del niño o el control de legalidad de las medidas excepcionales? Deberíamos principiar definiendo la declaración de adoptabilidad como la "*decisión judicial previa a la entrega en guarda preadoptiva dirimida tras la audiencia con los progenitores en la que el tribunal dispondrá o no la suspensión del ejercicio de la autoridad parental de éstos ([203]).*

Al respecto sostiene la doctrina que *en la declaración judicial de adoptabilidad la finalidad probatoria está dirigida a evidenciar que el menor se encuentra en condiciones de ser adoptado y que dicha institución es la más adecuada y conveniente, conforme la situación del menor ([204]).-*

Esta figura de origen jurisprudencial y doctrinal, aparece en la mayoría de los casos judiciales donde se han ventilado las medidas excepcionales, como integraciones provisorias de niños niñas y adolescentes en grupos familiares alternativos, o medidas de protección de persona. Trámites excepcionales, donde existe una intensa actividad prejudicial proveniente de organismos administrativos, orientada a restablecer los derechos vulnerados y procurar, a través de los programas de fortalecimiento familiar, que los NNyA permanezcan conviviendo en el seno de su familia de origen (art. 595 y 607 del CCyC).

---

[202] Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246

[203] Wagmaister, Adriana citada por Catalina Elsa Arias de Ronchietto, en La Adopción, Ed. Abeledo Perrot, pág.104

[204] conf. D'antonio, Daniel Hugo, Régimen legal de la Adopción, Ed. Rubinzal Culzoni

Ahora bien, con la sanción del CCyC, estas actuaciones prejudiciales, administrativas, también se encuentran alcanzadas por el principio de celeridad procesal, primando el factor tiempo al momento de dictaminar, estableciéndose un plazo máximo de ciento ochenta días, vencido el cual, el órgano administrativo de protección de derechos *debe dictaminar* y comunicar al juez de familia competente el resultado de las acciones positivas oportunamente adoptadas.

Estas normas tienen su origen, en idéntico sentido, en la Ley 26.061 *(art. 33),* de protección integral de niños, niñas y adolescentes, en cuanto expresamente dispone que como toda medida de esta índole y de naturaleza excepcional, *su duración es limitada en el tiempo y tendiente a salvaguardar en forma inmediata los derechos vulnerados de los menores de edad involucrados en la conflictiva familiar, hasta tanto puedan arbitrarse las medidas necesarias para despejar el interrogante, acerca de la viabilidad o no respecto a la idoneidad, sea de los progenitores o de la familia extensa, para asegurar el retorno de los niños a su grupo familiar.* Dicho de otro modo, las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias *(art. 34).-*

Cuando esto resulte imposible, opera la excepción legal permitiendo que los niños sean puestos a resguardo, temporal o definitivamente, fuera de su medio familiar, de acuerdo a las circunstancias de la causa, priorizando para ello la búsqueda de personas que resulten vinculados a los mismos, sea por parentesco o por alguna situación de afinidad, y si tampoco esto resultara posible, su integración en grupos familiares alternativos, preservando siempre y en la medida de lo aconsejable, los vínculos familiares y contacto con los hermanos y familia extensa, no constituyendo en ningún caso la falta de recursos económicos, del padre, la madre, tutor o guardador, el fundamento de una medida excepcional, debiendo la familia ser obligatoriamente incluida en programas de asistencia y orientación.

Por su parte, el *art. 9* de la CDN establece la obligación de los estados partes de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de la revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus progenitores.

A su vez el *art. 20* de la CDN se refiere al derecho de los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en este medio, a gozar de la protección y asistencia especiales del Estado, el que garantizará otro tipo de cuidado para los mismos, entre los cuales figurarán entre otros, la integración en hogares de guarda…la adopción o de ser necesario la incorporación en instituciones adecuadas de protección de menores.

En un reciente artículo publicado, y en opinión que comparto, la Dra. Silvia Eugenia Fernández afirma *"En este último aspecto, la propia interpretación convencional que incluye en la conceptualización del derecho a la vida familiar el estándar de prevalencia o "prioridad de la familia de origen" exige que el Estado despliegue injerencias positivas lícitas en la vida familiar, es decir, acciones concretas y eficaces dirigidas a garantizar la permanencia del niño en el ámbito de su familia; estas acciones son prioritariamente de índole administrativas pero también jurisdiccionales. Es ésta la perspectiva de la doctrina de protección integral, que habilita la intervención estatal a partir de la noción de "vulneración de derechos" del niño, disponiendo la intervención de los organismos administrativos pertinentes, cuya misión es el restablecimiento de derechos"* ([205]).

Ahora bien, en el marco de las medidas excepcionales donde los NNyA han sido privados temporalmente de su derecho a la convivencia familiar en su grupo de origen, conforme el principio de tutela judicial efectiva, y lo sostenido en cuanto a prevenir el daño que se ocasiona en este tipo de medidas urgentes, ¿cuál es el plazo razonable o el tiempo que debiera durar el proceso de resolución sobre la procedencia de las medidas dictadas y, sobre todo, sobre la eficacia de las acciones implementadas en pos de reestablecer los derechos vulnerados?.

Para responder debemos tener especialmente en cuenta el respeto a la garantía constitucional de debido proceso, por medio de la cual, debe definirse la situación de niños, evitando que los procesos donde se encuentran involucrados sus intereses, se prolonguen indebidamente en el tiempo.

Es que corresponde resolver sobre la situación legal de los NNyA a efectos de hacer operativos los derechos contenidos en los Pactos Internacionales, Convención de los Derechos del Niño (Derecho a la convivencia Familiar y Comunitaria, para que se desarrolle en plenitud); en un tiempo razonable, conforme los parámetros brindados por la Corte Interamericana en el caso Furlán, en el menor tiempo posible, optimizando los recursos judiciales y extrajudiciales a fin de que la decisión judicial sobre lo que pueda acontecer en el futuro al NNyA respecto del cual se dirige la tutela legal, de acuerdo a su superior interés (*arts. 2º y 5º, Convención sobre los Derechos del Niño, y art. 75, inc. 22, Const. Nac.)* Se constituya en el mejor resultado que la actividad del Estado pueda brindar al caso concreto.

En efecto, como desmembramiento de la garantía al debido proceso contenida en el artículo 18 de la CN, es preciso resaltar que todo individuo no debe estar sujeto a un proceso judicial en forma prolongada. El principio de un juzgamiento en un plazo razonable debe tener mayor observancia en el caso de que quienes vean inciertos sus derechos y su situación, sean menores de edad. Así se ha afirmado con total acierto que *"La jerarquía de los derechos vulnerados (…) y la consideración*

[205] La prevención del daño. Principio de prevención y derechos personalísimos. Una mirada desde la protección del derecho a la vida familiar en el Código Civil y Comercial de la Nación. Cita: AR/DOC/949/2016

primordial del interés del menor deben guiar la solución del caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible -entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales-, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces ([206]).

Tanto en doctrina como jurisprudencia, hemos repetido innumerable cantidad de veces que la formula "el interés superior del niño" no puede sustentarse vacía de contenido, sino que debe fundarse en miras a reconocer a los niños como sujeto de derecho. Por más que en una resolución judicial y/o administrativa se invoquen el interés superior del niño, siempre que se arribe a una sentencia que ponga fin a una cuestión en que se debate la situación de NNyA desamparados en un plazo exageradamente prolongado, en realidad no se cumple con la tutela de ese interés supremo, por el contrario, sólo causan el efecto de sobredimensionar su padecimiento, puesto que permanecen inmersos en una situación de incertidumbre en cuanto a su pertenencia e identidad familiar. Cuantiosos son los casos en que lo prolongado del proceso vulnera la necesidad de seguridad y arraigo ([207]).

Y es en los procesos de control de legalidad de las medidas excepcionales o de declaración de adoptabilidad, donde adquiere mayor relevancia el cumplimiento de estos plazos ahora expresamente previstos en el texto del CCyC, por cuanto al dilatarse la resolución de la situación de los NNyA innecesariamente más allá de lo que se considera un plazo razonable, evadiendo el activismo judicial, donde surge manifiesta la responsabilidad del Estado sea a través del accionar de los juzgados o de los órganos administrativos, por no haber previsto el daño que su demora ocasiona al derecho de los NNyA.

Y es entonces cuando adquiere relevancia los ordenamientos procesales provinciales, quienes debieran responder a esta demanda de celeridad y tutela judicial efectiva. Sin embargo, la realidad nos muestra que la mayoría de los textos procesales provinciales y nacionales, sólo han recepcionado normas que responden al principio dispositivo, de impulso de parte, en franca contradicción con el nuevo texto del CCyC. Son pocas las provincias que han actualizado los procesos de familia y solo una –Córdoba- quien los ha actualizado luego de la entrada en vigencia del CCyC-.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo suyas las expresiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en el caso "Almonacid Arellano vs. Chile", expresó que: "…Es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello,

---

[206] Dra. Kogan Ac. 56.535 sent. del 26/10/1996 Ac. 71.303 Sent. del 12/04/2000 Ac. 78.726 Sent. del 19/02/2002

[207] Mariel Schneider *"El tiempo como factor de respeto al Interés Superior del niño".* Revista de Derecho de Familia N° 2011-V página 109.

están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos…".

El principio según el cual los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales se aplica no sólo con relación a las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos, sino también con relación a las normas procesales, las que deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía por ella prevista sea eficaz.

Pero cómo establecer un término, o sobre qué bases, lo mas objetivas posibles orientar al juzgador o bien generar un parámetro previsible para así tornar exigible, por elementales razones de justicia, una decisión que ponga fin al estado de incertidumbre generado por la medida excepcional, evitando así que el proceso genere un perjuicio irreparable para NNyA amparado por la garantía contemplada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, más allá del evidente y lógico derivado del tramite mismo.

Entiendo que los plazos dispuestos por el CCyC, en materia de control de legalidad de medidas excepcionales y proceso de declaración de adoptabilidad, garantizan el derecho a una resolución inmediata, adoptada en un tiempo razonable, y en concordancia con el bien jurídico que se pretende tutelar, minimizando el impacto que la injerencia del Estado provoca en la vida y relaciones familiares. De su cumplimiento por parte de los órganos estatales y judiciales, depende la real satisfacción del interés superior de NNyA-.

III.- CONCLUSION

Es deber del juzgador de familia pronunciarse en cada caso ajustando el resultado de su sentencia en la protección de aquél que ha sido privado de un derecho fundamental, como el derecho a la convivencia familiar. Entender lo contrario implica desvirtuar la misión específica de los Juzgados de Familia si éstos se limitaran a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desatendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente a valorar ([208]).

Así, compartimos el postulado que afirma que el juez de familia es un verdadero director del proceso con amplios poderes de impulso y de prueba. Por ello el Código le impone el deber de impulsar el procedimiento, y le reconoce una actividad investigativa autónoma. Por la propia naturaleza del problema que se ventila en las medidas excepcionales, es menester que el juez

[208] Conforme CSJN 15/02/2000 Cámara de Apelaciones de Esquel- Chubut SD 33/2012

pueda ordenar el procedimiento, adecuándolo, instando el trámite, pues de ello no solo derivara un conocimiento más certero del conflicto, sino el respeto por la duración razonable del proceso.

Por lo demás, ese pareciera ser el horizonte hacia el que se dirige la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en autos "PARDO, Héctor Paulino y otro c/ DI CÉSARE, Luis Alberto y Otros/ art. 250 del C.P.P.", dictada en el año 2011, enseñó que "…Una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor eficacia de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía…" En ese pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también recordó la necesidad de que los jueces asuman su responsabilidad de fallar los casos conforme a las particulares circunstancias de cada uno de ellos.

Cómo sostuviera, los principios generales de los procesos de familia, tal como se encuentran incorporados al texto del C.C.yC. Constituyen en la actualidad un texto normativo al cual se encuentran sujetos los jueces, de allí la obligatoriedad de adecuar sus intervenciones a la efectiva prestación del servicio de justicia, utilizando las formas sólo en cuanto organizan el proceso.

BREVE SÍNTESIS DE SU PROPUESTA:

Bajo la mirada atenta del principio de tutela judicial eficiente, deben readecuarse, actualizarse las normas que regulan los procesos administrativos ventilados ante los organismos de protección de derechos y los procesos judiciales de familia. Así, deben eliminarse los formalismos que obstaculizan la búsqueda de la verdad, premiando al hábil litigante y no la verdad objetiva que el conflicto de familia debe resolver, sea en instancia administrativa o judicial.

Para ello, debe priorizarse el activismo judicial u funcional, la inmediación y la oralidad en todos los procesos donde se ventilen cuestiones reguladas por el derecho de familia, optimizando los tiempos del proceso y las medidas –acciones positivas- tendientes al cumplimiento de las resoluciones administrativas y judiciales.

Ponencia 13 – Comisión 2

Título: Las Medidas cautelares y anticipadas en Derecho de la niñez.

Autor/es: M. Margarita Renteria D.

LAS MEDIDAS CAUTELARES Y ANTICIPADAS EN DERECHO DE LA NIÑEZ

Sumilla: 1.-El conflicto familiar, 2.-. De las medidas cautelares en el Derecho de familia. 3. Las medidas anticipadas sobre el fondo,4.-Las medidas anticipadas en los procesos de niñez: 4.1. Alimentos, 4.2. Patria potestad, 4.3 Violencia en agravio del niño(a) y adolescente, 4.5. Medidas cautelares en los procesos de aplicación de la Convención de sustracción de menores – Convención de la haya. Conclusiones y Anexos

1.-EL CONFLICTO FAMILIAR

El origen de los procesos en Familia también se encuentra en un conflicto familiar o una incertidumbre jurídica, en cuanto al conflicto familiar puede darse por la negativa a prestar alimentos o en el monto , la necesidad de mantener relación parento-filial a través de un régimen de visitas aun no determinado, en un caso como el divorcio se expresa en la determinación o comprobación de la causal o causales que se pretenden, y en un caso conocido de incertidumbre el de la filiación, impugnación de la paternidad u otro.

A diferencia de otros conflictos, el de familia en la mayoría de los casos **no significa la terminación de la relación sino el reordenamiento de la relación,** en casos de divorcio se mantiene la relación parento-filial, dejando la relación de cónyuges por la de padres. En varios casos pese al divorcio algunos(as) se vinculan por la violencia familiar.
El conflicto familiar tiene diversas complejidades debido a que en el mismo se observa relaciones en el Sistema parento-filial, filial, conyugal, convivencial.

En el Derecho de familia ocurre que no es posible predecir la respuesta de la persona ante el sistema judicial en tanto las personas llevan involucradas en el incumplimiento de obligaciones como enamorados, novios , esposos muchos años, con relaciones de dependencia afectiva, económica , una u otra o las dos, además del machismo que es practicado no solo por quiénes

participan del problema conciliar y otros que no , no es posible conciliar las agresiones físicas, verbales, que causan daño emocional o físico en tales casos la persecución es de oficio. En tales casos si existe relación familiar ,hijos en muchos casos solo es posible ponerse de acuerdo ante una autoridad respecto de cómo se van a pasar los alimentos y en qué cantidad, que días se llevara a cabo el régimen de visitas o no, y quién va a estar a cargo de los niños.

Es necesario señalar aquí que para que un acuerdo sea viable debe existir reconocimiento del error o de los errores, y como aprendíamos cuando éramos niñas "el propósito de enmienda ", basado en la verdad, sin ello **no es posible** . Al respecto, no basta con desgañitarse pidiendo perdón , sino tener conciencia de porqué se pide y tener la voluntad de evitar su repetición, y como decíamos en los cursos de conciliación **descubrir cuáles son los intereses de cada uno respecto a la situación de conflicto, para ello la técnica de la pregunta** , resultara muy importante, así como el empoderamiento de los problemas en aquellos casos incluso las personas pueden acordar no vivir juntos, y relacionarse bajo un orden mejor para ambos, lo cual hace justo el acuerdo.

En muchos casos una de las partes se presenta con expresión del problema, de su intereses, pero la otra parte no, **se mantiene en su posición** , y no presenta ningún tipo de posibilidad para llegar a ningún acuerdo que no sea lo que a el o ella le parece. En los juzgados de familia llegan casos pasibles de arribar a acuerdos, con personas que rescatan en cuanto a la situación de sus hijos lo que a ellos les conviene , más también se presentan los casos de padres en su mayoría varones que se llevan a sus hijos y ejercen **alineación parental**. La alienación parental no significa hablarle mal del padre que no convive , sino que **esa comunicación sea injusta** o incluso **peyorativa.** Por ejemplo puede pasar que un padre no llego a las visitas y la madre diga."El nunca viene …."; O la madre llegue tarde a las visitas o no lleve un regalo muy grande y se le diga al niño (a) :! Ella no te quiere , nunca te quiso!, en ambos casos notamos que lamentablemente el padre o madre que vive con el niño no será la persona idónea para vivir con el niño (a) , porque **la patria potestad no es para mentirle al niño**, **o peor aún evitar que el niño gane en criterio y posibilidad de toma de decisiones. No se puede mantener a las hijas o hijos con una persona bajo las mentiras**. Algunos también piensan que la madre o el padre le dice cosas al niño (a) y es por ello que el hijo de 10 , 12, 14 años los rechaza , a veces ello no es así debido a que olvidan que los niños y niñas crecen , **se dan cuenta de las cosas , saben si su padre pasa o no los alimentos o si pasa poco y no alcanza…Si les lleva regalos en Navidad o si en su cumpleaños los llaman o no y si los llaman les dicen que no tienen tiempo . No sé a quién pretenden engañar….los niños (as) son sujetos de derecho…**

Finalmente, cabe precisar que **no todo conflicto es negativo**, hay parejas o miembros de la pareja que ante el conflicto dicen "Nosotros nunca discutimos, nunca peleamos", existe en tales casos un **acomodamiento al otro**, poca libertad personal . Pero, no debe existir temor al conflicto, en tanto cabe precisar que el conflicto puede ser **funcional y disfuncional**. Puede haber conflicto para

crecer para mejorar, algo no gusta , algo no sale como queremos … hay conflicto, se conversa, se dialoga, se redefinen las metas, y el porqué de los errores, y …se mejora el desempeño, **ello ocurre en las empresas , pero también en las familias, el conflicto no la convierte en disfuncional, la separación y el divorcio tampoco .** El conflicto puede ser disfuncional y se expresa en la confusión de metas, poca capacidad de logro de los miembros, obstaculización en las metas, insatisfacción y desorden. **Las familias no son permanentemente disfuncionales, como escuché alguna vez a una psicóloga del equipo multidisciplinario dijo : "Ellos son divorciados , entonces son disfuncionales"** esto no es así. En muchos casos, la separación o el divorcio permite la redefinición de metas, entre las personas que quedan conviviendo, su capacidad de logro, en tanto el padre o la madre que vivía conjuntamente no permitían tal orden y al contrario generaba los obstáculos o conflictos al mantenerse en su posición o era una carga familiar. También entonces se redefinen los roles. La judicatura especializada de familia debe ayudar a definir roles tanto en los procesos de divorcio y determinación de la patria potestad como en aquellos casos en que "están de acuerdo en todo ",y también ello ocurre cuando se dicta las resoluciones judiciales de estado como las medidas cautelares y las anticipadas sobre el fondo, allí se hace uso de Ius imperium , de la coertio y se dispone un régimen de visitas, una tenencia provisional ,una asignación anticipada y **con ello se reordenan los roles y el poder en la relación. El incumplimiento no es otra cosa que el ya conocido a mi no me importa lo que diga el juez o la jueza, ¡yo hago lo que yo quiero![209]**

2.-. DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO DE FAMILIA

En el Derecho de Familia se presentan diversas medidas cautelares según la finalidad que se pretenda proteger. Por ejemplo en el divorcio las anotaciones de demanda, la misma en los casos de interdicción y su anotación en el registro personal, para proteger los alimentos medidas de carácter personal y real, embargos y retenciones, captura de vehículos u otros, impedimentos de salida, y medidas anticipadas sobre el fondo entre ellas : la Asignación anticipada de alimentos , y

[209] En el proceso 254-2007 -Caso Roca Rey-Allison H, incluso el Tribunal constitucional se pronunció ante el ocultamiento del niño, la falsa información sobre el colegio al que iba el hijo común , y los golpes proferidos por el padre a la otra hija, haciendo mención a la correcta medida cautelar dictada por la jueza del décimo octavo juzgado de familia y a pesar de ello no se quería cumplir . Es de resaltar , que en esta sentencia el TC-(Exp.n-01817-2009-PHC-TC) hace referencia a la familia , y cómo es necesario cuidar el bienestar del niño. El poder del padre movió revistas "Caretas ",diarios "expreso" ," autoridades", para ocultar sus hechos ,denunció a dos juezas, a una la amenazó con la vida de sus hijos y a la ultima " ayudo a su no ratificación". A pesar de que tuvo habeas corpus en su contra , a pesar de que sus más de tres Habeas corpus en contra de las Magistrados fueron declarados infundados, así como las denuncias penales que realizó ante el Ministerio Público en todas sus instancias,

régimen provisional de visitas, tenencia provisional . Además de las disposiciones de protección que existen en diversos países en los procesos sobre violencia familiar[210]

3. LAS MEDIDAS ANTICIPADAS SOBRE EL FONDO.-

Consiste en la ejecución anticipada de lo que el juzgador va a decidir en la sentencia en su integridad o solo en aspectos sustanciales por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de su acción y prueba que aporta.

La medida cautelar tiene como objetivo garantizar la efectividad de la sentencia que resolverá el fondo del asunto, lograr la igualdad entre las partes y la celeridad procesal, requisitos primordiales para el logro de la paz social en justicia.[211]

El Código procesal civil peruano señala que: Art.618º "además de las medidas cautelares reguladas el juez puede adoptar **medidas anticipadas** destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.

A este efecto si una medida se hubiere ejecutado sobre bienes perecibles o cuyo valor se deteriore por el transcurso del tiempo u otra causa, el juez, a pedido de parte puede ordenar su enajenación previa citación a la contraria. La enajenación puede sujetarse a las estipulaciones que las partes acuerden .El dinero obtenido mantiene su función cautelar pudiendo solicitarse su conversión a otra moneda si se acreditara su necesidad….."

Las medidas anticipadas sobre el fondo en el derecho de familia no requieren en todos los casos que exista ya un proceso previo. En tanto es posible solicitar por ejemplo la tenencia provisional de un hijo aún cuando no se ha iniciado el proceso y se indica que el proceso se va a iniciar a la brevedad. Este fue el caso de la madre de un bebé de meses de nacido, que le era retenido por los abuelos , padres del padre. La madre era la empleada doméstica, y pidió la tenencia provisional para atender a su hijo , en este caso el otorgamiento de la tenencia provisional , fue sustentada en el sagrado derecho del niño a la lactancia, derecho fundamental , quizá no para un adulto pero si para el bebé . Al respecto la norma del CNA **Art.87º señala que:" No procede la tenencia**

---

[210] En Uruguay en julio del 2002 se dictó la leyN- 17,514 del 02 de julio que pone énfasis en las medidas de protección en casos de violencia familiar .El juez de oficio o a pedido del Ministerio Público debe disponer medidas tendientes a la protección de la vida, la integridad física o emocional de la víctima, a libertad , así como la asistencia económica e integridad patrimonial del núcleo familiar. Entre las que se disponen se encuentran: El retiro del agresor(a),el reintegro al domicilio cuando la persona debió salir por razones de seguridad personal.; la restricción de la persona del agresor en el domicilio o en los lugares de trabajo ámbitos que recuenta la víctima, prohibición de comunicaciones .la incautación de armas, fijación de pensiones provisionales, asistencia a programas de rehabilitación,

[211] Exp.N- 251-94-4 Sala Ejecutora del 23 de Febrero de 1995.

provisional fuera de proceso....” y entonces el[212] niño debía esperar a que se admita la demanda?. Es por ello que si bien en su generalidad, no es recomendable otorgar medidas anticipadas sobre el fondo fuera de proceso, ello no es así en todos los casos. La naturaleza de las pretensiones en el derecho de familia y en el derecho de los niños(as) hace que la judicatura analice los pedidos no solo desde la literalidad de la norma procesal sino a través de sus principios y desde su bloque de constitucionalidad. Ello indudablemente tiene que ver con la postura adoptada en el derecho una **puramente positivista o de vigencia de los derechos fundamentales.**

Las medidas anticipadas sobre el fondo no deben limitarse a lo que es materia de la pretensión sino también a sus efectos, como por ejemplo en el caso del pedido de autorización de viaje en un proceso de suspensión de la patria potestad. Puede una madre pedir una autorización de viaje si en la sentencia el juez (a) va a disponer la suspensión de la patria potestad o debe realizar su trámite por el pedido de autorización de viaje. Al respecto, no existe claridad, sin embargo, es de considerar que si se va a disponer la suspensión de la patria potestad , y es la madre quién tiene a su cargo al niño, el padre no cumple con el niño , no pasa los alimentos, no lo cuida, no está atento a sus necesidades, porqué no puede dictarse la medida cautelar sobre el fondo de autorización de viaje?[213]

Hay quienes piensan que la judicatura sólo puede dictar tal disposición vía nueva demanda. **Ello no es correcto en tanto debe distinguirse los supuestos en que existe un proceso judicial instalado y aquellos casos en los que no existe proceso.** En los procesos de tenencia, régimen de visitas con necesaria salida al extranjero como en el caso del país de residencia del padre o de la madre en el extranjero, suspensión de patria potestad , perdida de la patria potestad es posible dictar la medida cautelar sobre el fondo de autorización de viaje porque si uno pide la tenencia es probable que pueda con ello realizar viajes ,y si se pide un régimen de visitas que deba ejecutarse con salida del niño al extranjero nada obstaculiza para realizarlo. Lo mismo ocurre cuando se solicita la suspensión de la patria potestad o la perdida de la patria potestad. En estos casos lo que se decide no coincide con la pretensión principal, es decir no se trata de un pedido de tenencia provisional, ni de régimen de visitas provisional, y tampoco del ejercicio provisorio de la suspensión de la patria potestad , **pero sí de sus efectos** porque uno de los efectos será que se ejercite la patria potestad unilateralmente y con ello se decida cuando, donde salir de viaje o no.

En el Derecho de familia existe una medida que no requiere de proceso previo y que sin embargo tiene una eficacia muy amplia en cuanto a la libertad de tránsito es la **oposición de viaje de niños**

[212] Por esta decisión fui maldecida por los abuelos del niño. La Sala de familia confirmó la resolución y la Corte Suprema la revoco indicando que el juez debía resolver tales pedidos dentro de un proceso , porque siempre le será necesaria la documentación . Ello no es tan cierto en tanto , este pedido fue amparado al haberse recabado la petición con el certificado de nacimiento vivo y el DNI de la madre.

[213] La ODECMA señaló que la juez había incurrido en irregularidad al disponer una medida cautelar de autorización de viaje al interior del proceso de suspensión de la patria potestad y señaló que lo que debió hacer la juez es declarar improcedente el pedido para que la señora inicie un trámite de autorización de viaje como una nueva demanda

y adolescentes. Un padre o madre solícita la oposición de viaje y la judicatura lo tramita y dispone la oposición sin mayor trámite[214] . La oposición de viaje en muchos casos tiene un debido fundamento como aquel caso en que la madre logra recuperar a su hijo , y el padre luego se opone al viaje al extranjero. Sin embargo, ello nos lleva al otro asunto de vital importancia la buena fé en las medidas cautelares.

LA BUENA FE EN LAS MEDIDAS CAUTELARES EN DERECHO DE FAMILIA.-

Las medidas cautelares deben solicitarse, disponerse y ejecutarse bajo el principio de la **buena fé.**

En algunos supuestos esa buena fé no se ha presentado; como el caso del padre de familia que al amparo de un proceso de régimen de visitas y solicitud de medida cautelar –anticipada sobre el fondo pide un régimen de visitas provisional y luego de acreditar que paga los alimentos y el colegio, en el cumplimiento del régimen de visitas se lleva al niño[215] . Hay quienes señalan que tal comportamiento no constituye secuestro porque la madre no tenía la tenencia determinada judicialmente, más ello no es así , en tanto la madre tenía la **tenencia de hecho** , reconocida por el padre al haber solicitado en su demanda un régimen de visitas, y por ende se configura el secuestro. Pero volviendo a nuestro tema, la **buena fé** entonces debe acompañar la conducta de los padres y de cualquier peticionante. La judicatura deberá solicitar la acreditación de los alimentos, del pago del colegio ambos o solo el primero, y en su caso verificar si existe proceso de violencia familiar entre los padres, más ello no resultará suficiente si el padre o la madre es inescrupuloso(a).

LA BUENA FÉ COMO PRINCIPIO.

La buena fe como principio se encuentra regulada en nuestro ordenamiento civil en el artículo IV del título preliminar del CPC, al establecer:

Art.IV.-…Las partes, sus representantes, sus abogados y en general, todos los participes en el proceso, adecúan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fé…" . A su vez el artículo 109º señala como deber de las partes, abogados y apoderados:

"1.- Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe[216] en todos sus acto e intervenciones en el proceso".

---

[214] El articulo112º del Código del niño y del adolescente ha precisado que la oposición se registra en el libro de oposiciones de viaje de los juzgados y tiene un plazo de caducidad de un año.

[215] El niño de cuatro años, cuyos padres son Roberto y Maria apareció luego de dos meses, se entrego el niño a la madre y se levanto la medida de régimen de visitas.

[216] Se considera que ha habido mala fé cuando: Art.112º:1.-Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio.2.-Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad, 3.-..4.-Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o

La medida temporal sobre el fondo debe otorgarse verificando la verosimilitud, el peligro en la demora, la adecuación y la razonabilidad.

Gozaine[217]precisa que la buena fe puede ser entendida como un hecho (creencia de obrar con derecho) o como un principio (lealtad y probidad ante el juez y su contraparte).Entre ambas una configuraría la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva.

En el Derecho de Familia puede presentarse el abuso de la medida cautelar, el concierto de voluntades o la simulación de un proceso para afectar a un tercero como cuando la madre del padre afecta la remuneración de éste con un porcentaje y luego deja al hijo de su hijo con un monto menor de pensión embargable.

EL ABUSO DE LA BUENA FÉ.-

La judicatura de familia y en nuestro caso peruano la de paz, deberá apreciar debidamente este posible abuso en el ejercicio de un derecho. El ejercicio abusivo puede darse respecto del monto, respecto de los bienes , respecto de la pretensión en sí, veamos:

LA BUENA FÈ RESPECTO AL MONTO EN LAS PENSIONES ALIMENTICIAS

En la Justicia Familiar es posible solicitar la retención de remuneraciones, bonificaciones, gratificaciones utilidades, y demás ingresos, en tal caso la judicatura deberá apreciar si el monto de lo que se va a embargar guarda relación con las necesidades y las posibilidades del obligado(a) . En muchos casos, si efectivamente, el monto de la remuneración no resulta suficiente para garantizar las necesidades y el nivel de vida que corresponde a los hijos, a la cónyuge de conformidad con los ingresos del obligado. En el Perú, la judicatura de familia ha tenido en sus manos la posibilidad de resolver medidas cautelares respecto de padres futbolistas, gerentes de empresas exportadoras, viceministros etc. Allí el concepto de lo necesario para la sobrevivencia resulta un concepto caduco. Más aun considerando que tanto la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño(a) y adolescente precisa en su artículo 27° como vimos que es responsabilidad de los padres atender al desarrollo integral, y el CNA peruano precisa en su artículo 92º " Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación vestido, educación , instrucción, capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño…

Algunos jueces teniendo en consideración esta idea equívoca incluso no han otorgado y no otorgan el monto de la **bonificación por escolaridad** y en pleno inicio del año escolar la niegan haciendo

---

fraudulentos,5.-Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios,y6.-Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso,7.-Cuando por razones injustificadas las partes no asistan a la audiencia generando dilación."

[217] Gozaine, Alfredo. La buena fe en el proceso civil.

que el obligado cobre la escolaridad y dejando al niño y a su madre con el gasto de los útiles y los uniformes.[218]

Respecto a los montos también se aprecia mucho temor en otorgar medidas cautelares que efectivamente garanticen los derechos de las personas , como el embargo de las cuentas existentes en el sistema financiero, el retardo en días en el dictado de la medida cautelar también opera a la falta de tutela jurisdiccional efectiva, el caso de embargo de cuentas no puede adolecer de días entre el pedido y el otorgamiento de la medida y menos aún entre este y los oficios, ello perjudica gravemente el derecho de las personas, en muchos casos deberá dictarse la medida cautelar al día siguiente de peticionada con la entrega de los oficios, lo contrario puede significar que ya no se encuentre nada que embargar. Recuerdo el caso de los alimentos dictados a favor de una hija menor de edad, cuyos padres se estaban divorciando , se dictó la medida cautelar por un monto de Cien Mil dólares, monto que sirvió para los alimentos y estudios de la hija. El padre se dedica a la transformación de autos de gasolina a gas.

Se puede presentar un pedido de asignación anticipada de alimentos en la cual se aprecie que el padre no cuenta con una alta remuneración, pero si cuenta con utilidades derivadas de una empresa en la que es el único accionista o principal. El monto de las utilidades será entonces el que nos determine a establecer el monto sobre el cual recaerá la medida cautelar. En algunos casos se puede hasta prohibir la reinversión de utilidades. En tanto la reinversión si bien incrementa el patrimonio, disminuye la liquidez y la libre disponibilidad.

LA BUENA FÈ RESPECTO DE LOS BIENES:

Se puede presentar el caso que se pretenda no lograr hacer efectiva una acreencia sino más bien perjudicar a la otra parte como cuando se pide el embargo diminuto en varios bienes, pudiendo solicitarse respecto de uno o dos.

También se presenta el supuesto de embargo de bienes cuya propiedad es de terceros. En muchos casos, los litigantes de familia donan , y trasfieren por otros medios la propiedad como cuando ceden sus acciones con ello cometen el **delito de fraude procesal**, pero logran imposibilitar el embargo en sus bienes, se valen de simulaciones etc.

LA BUENA FÈ EN LAS PRETENSIONES:

Dependiendo de las pretensiones se puede presentar el abuso de la buena fe en las pretensiones:

[218] En la judicatura que desempeñé y por los años en que lo hice (2002-2010) uno de los aspectos a tener en cuenta en todos los procesos de separación convencional con hijos (as) fue el acuerdo sobre el pago de los útiles y los uniformes, quien iba a asumir el mismo: El padre, la madre, ambos etc.

1.-El caso del padre que dice que quiere ver a su hijo y señala que se le fije un régimen de visitas provisional para los días de lunes a viernes de ocho a ocho y para los fines de semana igual. En estos casos la judicatura debe apreciar en qué horario estudian los niños (as)[219], su tiempo de almuerzo, el tiempo de sus tareas , con su otro padre etc. No todo lo que nos pidan se puede dar…

2.-También en este caso respecto al régimen de visitas la judicatura debe advertir si una parte solicita un régimen de visitas muy limitado para quién no tiene al niño. Como ese de visitas sin externamiento, en algunos casos será necesario, pero en otros no.

3.-Se pide asignación anticipada sin indicar que el obligado tiene otras obligaciones de igual naturaleza. Ello puede ocurrir por desconocimiento o por mala fe.

4.-Se pide un régimen de visitas, sabiendo que al ejecutarse me lo voy a llevar.

5.-Se pide un régimen de visitas, cuando en realidad yo no me voy a vincular con el niño sino terceras personas porque en tal horario yo trabajo.

6.- Se pide una medida cautelar de designación de curador a quién si bien esta en edad avanzada, pero conserva la lucidez para expresar su voluntad

4.-MEDIDAS CAUTELARES Y ANTICIPADAS EN LOS PROCESOS DE NIÑEZ

4.1. MEDIDAS ANTICIPADAS EN EL PROCESO DE ALIMENTOS.

El Derecho de alimentos es ante todo un derecho humano, que forma parte del derecho público y que responde a las necesidades esenciales de vida , protección y desarrollo .

Por lo dicho el proceso de alimentos tiene por finalidad otorgar alimentos a quién lo necesite solicitándoselos a quién se encuentra obligado por ley a prestarlos,

Antes del proceso, **la solicitante en su mayoría mujer ha intentado diversas formas para hacer que los alimentos se otorguen ya sea para sí o para también en la mayoría de los casos para su hijo, hija o hijos**. No es lejano afirmar que en muchos casos diversos conflictos, riñas, peleas se originaron en el pedido de los alimentos, y en varios de ellos la expresión de hechos de violencia familiar.

[219] ¿En qué horario irán al colegio? El pedido es irracional. El padre que no asume la tenencia podría llevar a los niños al colegio ,todos los días, interdiario, según convenga al interés de los niños(as) y adolescentes

En el Perú, la **irresponsabilidad por los hijos se expresa en la cantidad de procesos por alimentos**[220]. La mayoría son por los hijos sean matrimoniales, extramatrimoniales o producto de relaciones sexuales sin reconocimiento, más también existe alimentos de la cónyuge , los padres, los hermanos.

No ha bastado que se establezca un proceso especial, ágil , y que en la norma ya sea constitucional , o legal se establezcan diversas formas de protección, en tanto en la práctica ocurre que no existe tal protección y celeridad.

Las medidas cautelares entonces se suman a una serie de medidas adoptadas legalmente para garantizar el derecho de alimentos, entre ellas tenemos:

Ley n-28970 Ley que crea el registro de deudores alimentarios morosos

Ley N-29279 11.11.2008, que modifica los artículos 563º,564º y 575º del Código procesal civil

Las medidas cautelares tiene como finalidad garantizar la efectiva prestación de los alimentos, y evitar que la persona obligada disperse su patrimonio, oculte sus ingresos. Por su parte las medidas anticipadas buscan garantizar **el derecho alimentario inmediatamente** por que esperar a la terminación del proceso, no garantiza la finalidad del proceso; la tutela jurisdiccional efectiva[221]

Como medida cautelar se encuentra ligada al pedido efectuado en el principal, por ello al solicitarse la medida cautelar deberá considerarse qué se ha pedido en la demanda, **no se podrá pedir más de lo que se solicito,** y deberá acreditarse la legitimidad , en el caso peruano con la partida de nacimiento , y como en la demanda deberá precisarse el monto que se solicita, y las capacidades (posibilidades) del obligado y si existen cargas de igual naturaleza.

Hay quienes piensan que las medidas cautelares deben ser diminutas, o para lo mínimo, ello no es así; la medida de asignación anticipada de alimentos es inaudita parte y debe garantizar que se cumplan todas las necesidades del solicitante ya sean primarias como secundarias. El juez o la jueza debe ponerse en la situación de quién pide y para quién lo pide , evaluar cuanto se gasta en el colegio, cuanto se gasta en vivienda, cuanto en servicios , cuanto en recreación según el gasto

[220] El observatorio del Ministerio Público indica que en el 2010 y 2011 el delito de mayor incidencia es el de omisión de asistencia familiar.

[221] El artículo primero del título preliminar del Código procesal en el Perú señala:
"Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses , con sujeción a un debido proceso".

cotidiano de la familia[222]. La cautela judicial no puede hacer que custodie el dinero del obligado y con ello perjudique al peticionante.

TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE ALIMENTOS

Las medidas cautelares en materia de alimentos más conocidas son :

-La prohibición de ausentarse

-El embargo preventivo

-La anotación de demandas en los bienes

-Medidas cautelares de protección de pensiones futuras

-Medidas cautelares de no innovar

MEDIDAS ANTICIPADAS SOBRE EL FONDO:

-La Asignación anticipada

PROHIBICIÓN DE AUSENTARSE. Art.563º

Ha pedido de parte y cuando se acredite de manera indubitable el vínculo familiar, el juez puede prohibir al demandado ausentarse del país mientras no esté garantizado debidamente el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaría.

Esta prohibición se aplica independientemente de que se haya venido produciendo el cumplimiento de la asignación anticipada o pensión alimentaria.

Para efectos de dar cumplimiento a la prohibición, el juez cursa oficio a las autoridades competentes

INFORME DEL CENTRO DE TRABAJO Art.564º

El juez solicita el informe por escrito del centro de trabajo del demandado sobre su remuneración, gratificaciones, vacaciones y cualquier suma de libre disponibilidad que provenga de la relación laboral de éste. Para otro caso, el informe es exigido al obligado al pago de la retribución

[222] Ello no significa que deba precisar montos fijos de dinero por cada concepto.

económica por los servicios prestados por el demandado. En cualquiera de los supuestos indicados el informe es presentado en un plazo no mayor de siete días hábiles, bajo apercibimiento de denunciarlo por el delito previsto en el artículo 371° del Código penal.

Si el juez comprueba **la falsedad del informe, remitirá al Ministerio Público** copia certificada de los actuados pertinentes para el ejercicio de la acción penal correspondiente.

ASIGNACIÓN ANTICIPADA DE ALIMENTOS –Art.575°C.P.C.

En el Perú en el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida de asignación anticipada[223] de alimentos cuando es requerida por los ascendientes ,por el cónyuge , por los hijos menores con indubitable relación familiar o por los hijos mayores de edad, de acuerdo con lo previsto en los artículos 424°,473° y 483° del código civil .El juez señala el monto de la asignación que el obligado pagará por mensualidades adelantadas , las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva.

La asignación anticipada es en realidad una medida anticipada sobre el fondo, que no pretende cautelar el resultado del proceso sino que constituye una resolución sobre el objeto del proceso.

La asignación anticipada es variable si bien puede estar vigente hasta la sentencia, también puede variarse ,sin que ello suponga un abuso del derecho , en tanto como es apelable, no debe ser variada cuando se encuentra en apelación, en tanto ello hará ineficaz lo que se resuelva en apelación y la alimentista deberá impugnar nuevamente la variación efectuada con posterioridad a la apelación[224]

MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN A LAS PENSIONES FUTURAS.

En el Perú se dictan diversas medidas cautelares de protección de las pensiones futuras, principalmente por la idiosincrasia de incumplimiento de las pensiones, renuncias a los centros de trabajo y viajes al extranjero y abandono de la familia y los hijos. Por ello se justifica el embargo de diversos montos que recibe el obligado entre ellos la retención o embargo de la compensación por tiempo de servicios, impedimentos de salida, etc.

---

[223] El artículo 375° del Código civil argentino se refiere a los alimentos provisorios:
"El procedimiento en la acción de alimentos, será sumario, y no se acumulará a otra acción que deba tener un procedimiento ordinario; y desde el principio de la causa o en el curso de ella , el juez (a) ,según el mérito que arrojaren los hechos podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito , si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo.

[224] En apelación del impedimento de salida y de la asignación anticipada de alimentos el Juzgado de Surco y San Borja modificó sus resoluciones en el caso del futbolista Farfán.

En otras legislaciones se prevé también la inhibición general de bienes, la intervención judicial[225]

EL EMBARGO PREVENTIVO.- Se diferencia del embargo ejecutorio porque se dicta de manera anterior al dictado de la sentencia, puede referirse a bienes inmuebles, bienes muebles, depósitos en cuentas bancarias, salarios y cualquier otro ingreso o renta.

MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR.- Se busca que la situación de hecho o de derecho no se modifique y que ello perjudique a quién solicita los alimentos .Que pasaría si se piden alimentos y el obligado que era dueño de una empresa constructora y contaba con 80 bienes inmuebles , sin la existencia de la cautelar hipoteque todos sus bienes a favor del hijo de su primer matrimonio .Con ello aparenta que no tiene ingresos y además presenta los inmuebles como hipotecados, es decir modifica la situación jurídica de los bienes, aunque mantiene la propiedad hace aparecer que los inmuebles existen pero disminuidos a su favor , cuando en realidad lo que existe es un fraude.[226]

INTERVENCIÓN JUDICIAL.-Por la intervención judicial la judicatura a través de una persona será quién verificará cuantos son los ingresos, mensuales, diarios del obligado o de su empresa. Se han presentado procesos en los cuáles le obligado dice que si tiene una empresa pero que no le genera ingresos…, o que la misma ya no le pertenece…, pero que tratándose de una empresa de oftalmología, ya no le pertenece al deudor , sino a su madre y hermano que no tienen conocimientos de oftalmología, y el oftalmologo ex-dueño pasa a ser únicamente un empleado de la empresa de la madre.

La doctrina acepta dos formas de intervención.

1.-El interventor recaudador.- Se designa a una persona para hacer efectivo un embargo

2. El interventor informante.-informa al órgano jurisdiccional del estado de los ingresos , bienes ,o de actividades, transacciones de una persona jurídica o persona natural.

ANOTACIÓN DE LA DEMANDA

[225] El Código civil argentino así lo establece……

[226] Caso Hayashida-Ungaro-Exp.N- 183518-2003-00443-18° Juzgado de familia de Lima.

Busca comunicar que los bienes de determinada persona, el obligado, la obligada se encuentra sujetos a la resultas de un proceso. En el caso de los alimentos, ello puede ser muy útil en los procesos de divorcio con pretensión accesoria de alimentos.

SECUESTRO

Es la medida cautelar que recae sobre los bienes muebles del obligado(a) mediante la desposesión de su tenedor y entrega a una persona que hace de **custodio.**

Por este medio se secuestra por ejemplo los vehículos del obligado

Otras legislaciones regulan la inhibición general de bienes que persigue evitar que el obligado(a) venda, grave o en general enajene sus bienes.

El artículo 619° del Código procesal peruano precisa: "… la ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito..."

MEDIDAS ANTICIPADA EN LOS PROCESOS DE PATRIA POTESTAD

La patria potestad comprende sus atributos entre ellos, la tenencia , el régimen de visitas o de comunicación .

LA PETICIÓN DE TENENCIA PROVISIONAL

La petición de tenencia provisional incorpora varios aspectos: la conducta de los padres, si uno de ellos es violento o violenta, por ello muchas veces se solicita la evaluación psicológica, y la evaluación de los niños para determinar cómo se encuentran en su desarrollo , y en su relaciones parento-filiales,etc, También existe la opinión del niño(a) o adolescente , en tal caso no se trata únicamente de tener una opinión del niño(a)o adolescente sino que la judicatura aprecie cómo se encuentra el niño , si el niño (a) o adolescente es una persona franca, alegre, desenvuelta, en la casa de uno de sus padres, qué sentido tendría cambiarlo (a) de allí??

En los pedidos de tenencia, variación de tenencia regímenes de visita se presenta en muchos casos el abuso de la autoridad paterna no solo respecto de los niños sino entre los padres, generalmente el niño es abusado en su razón , en su relación, en su memoria, y en sus afectos , y en muchos casos se produce **la alienación parental**, aun cuando algunos señalen que es quién tiene la tenencia la que asume la alienación , en varios casos he comprobado que los padres cuando cuentan con un régimen de visitas aprovechan ello para : llevar y someter al niño a constantes evaluaciones psicológicas, preguntarle con quién sale su madre, en que se gasta el dinero, estar con otra pareja y olvidar al niño (a), etc. En la judicatura también se presentan varios casos de personas que ocultan a los hijos no solo por meses sino años, perjudicando la relación con el otro(a) padre o madre. Recuerdo el caso de una señora que debía ver a sus hijas en el colegio y con mandato especial del juzgado a fin de que el colegio respete la patria potestad[227]. También el caso de una niña que fue recuperada en los techos de las casas vecinas, con segundo mandato de allanamiento. Asimismo el caso de la abuela que se llevo a la niña a las "vacaciones útiles "y el padre ocultó a la niña llevándosela a Bolivia de donde fue rescatada por su madre en el año 2011.[228]

REGIMEN DE VISITAS(régimen de relación) PROVISIONAL.

El régimen de visitas provisional se regula de conformidad con los artículos 3° y 9° de la Convención de las Naciones unidas.

En tal pedido la judicatura debe apreciar las relaciones pre.-existentes entre el padre o madre solicitante y el hijo (a). Además el cumplimiento de sus obligaciones parento-filiales, entre ellas las de pago de colegio o de gastos escolares como los útiles, no se puede solo abanderar el derecho al régimen de visitas del padre o madre sino se considera el derecho de los hijos(as).

MEDIDAS CAUTELARES Y ANTICIPADAS EN LOS PROCESOS DE VIOLENCIA

En el Perú se ha tenido como vigente la ley 26260, la misma que en el mes de Noviembre del 2015 fue modificada por la ley 30364, la misma que ha dispuesto diversas medidas cautelares y anticipadas sobre el fondo .Nos ocuparemos de las que se refieren a la violencia en agravio de los niños. Aun cuando reconocemos que varias medidas a favor de la madre, mujer victima favorecen a la niñez en su derecho primordial a vivir en familia y con tranquilidad.

---

[227] En este caso caso-Señora Ojeda: el padre dejo de llevar a las niñas al colegio desde Noviembre, el colegio se coludió y "tomó las pruebas en la casa", y la madre no vió a las niñas por varios meses. El padre denuncio a la juez por el mandato por prevaricato y abuso de autoridad, interpuso Habeas corpus, etc. La madre tuvo que aceptar una tenencia compartida, y luego vivir ella y sus hijas en el primer piso y el padre en el segundo piso de la vivienda, con ingreso independiente.

[228] Caso de Paula en el proceso entre Torreblanca y Santolalla -18º juzgado de familia.

La ley 30364 precisa:

"……ante la denuncia , el juzgado de familia o su equivalente procede a evaluar el caso y resuelve en audiencia oral la emisión de las medidas de protección requeridas que sean necesarias .Asimismo , de oficio o a solicitud de las víctima, en la audiencia oral se pronuncia sobre medidas cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia ,suspensión o extinción de patria potestad ,liquidación de régimen patrimonial y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las victimas….[229]

En el art. 22° se señala como medidas de protección:

1.-Retir del agresor del domicilio

2.-Impedimento de acercamiento.

3.-Prohibición de comunicación.

4.-Prohibición del derecho de tenencia y porte de armas.

5. Inventario sobre sus bienes

6.-Cualquier otra requerida para su protección de la víctima o sus familiares.

Los casos de violencia revisten gravedad en el Perú, en donde muchos niños quedan privados de su madre por el feminicidio realizado por el padre.

También muchos niños han sido objeto de malos tratos, violaciones etc. Las reformas legislativas resultan insuficientes para esta violencia constante.

En el caso de niñez y violencia, las medidas anticipadas garantizan el derecho a la integridad de los niños , sus vínculos afectivos y sus necesidades.

4.5. MEDIDAS CAUTELARES Y ANTICIPADAS EN LOS PROCESOS DE APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE SUSTRACCIÓN DE MENORES – CONVENCIÓN DE LA HAYA

La Convención de sustracción de menores del 25 Octubre de 1980, se aplica a los casos en que el padre o madre retire a su hijo de un país de residencia habitual para llevarlo a otro, contando con

[229] Art.18 Ley 30364.

autorización por un periodo de tiempo luego del cual se convierte en ilegal o sin tener autorización .

OBJETO DE LA CONVENCIÓN

El objeto del convenio es asegurar la restitución inmediata de los niños (as) trasladada o retenida ilícitamente en cualquiera de los países contratantes y que los derechos de custodia y de visita vigentes en dichos países sean respetados en los demás estados contratantes.

LAS MEDIDAS CAUTELARES, FACILIDADES Y LA CONVENCIÓN DE SUSTRACCIÓN

El artículo 7º de la Convención de la Haya establece que las Autoridades centrales deberán colaborar entre si y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin garantizar la restitución inmediata de los menores, y establece diversas medidas.

a.-Localizar al menor traslado o retenido de manera ilícita

b.Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicados las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;

c.Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable,

d.Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;

e.Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación de la convención.

f.Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;

g.Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluyendo la participación de un abogado,

h.Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor en peligro, si ello fuese necesario y apropiado,

i) Mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación de la presente convención y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a su aplicación.

De estas algunas son solo facilidades y otras permiten la posibilidad de solicitar medidas cautelares.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN A LA SUSTRACCIÓN.

Las medidas cautelares deberán garantizar la integridad del niño, niña o adolescente, las decisiones jurisdiccionales y eficacia , la relación del niño(a) con sus afectos.

La ley precisa:

b.- **Prevenir que el menor sufra mayores daños** o que resulten perjudicados las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten **medidas provisionales**. La protección de la integridad de los niños es de suma importancia en la Convención, en la disposición se garantiza la protección tanto de los aspectos **físicos, psicológicos y de cualquier otra índole.** Incluso es de anotar que la protección de la integridad psicológica y física constituye una de las excepciones para que no opere la restitución, está prevista en el artículo 13º de la Convención[230].

Las medidas cautelares no pueden ser irracionales como aquella dictada por una juez que dispuso el retiro de la niña del lado materno, y de su entorno para colocar a la niña en un albergue.

c.Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable.

Es posible disponer la imposibilidad de abandonar el país, o el impedimento de salida o pedirle a la autoridad del país en donde se encuentra el niño que se dicten tales medidas entre ellas la retención del pasaporte etc. Sin embargo existe el límite en relación a la restitución cuando el menor ha quedado integrado en su medio. Así lo establece el artículo 12º.

F. Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita.

---

[230] El articulo13º establece como excepciones a la restitución.
a.-La persona ,institución u organismo que se hubi3se hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención,
b.Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro psíquico de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.
La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.
Al examinar la circunstancia a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la autoridad central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

En los procesos de restitución es posible solicitar **la medida de régimen de visitas** a fin de poder relacionarse con el niño (a) o adolescente.

h.Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor en peligro, si ello fuese necesario y apropiado,

Los entes administrativos deben garantizar la restitución de los niños , la ineficacia del sistema perjudica el retorno como cuando solamente se inicia la búsqueda con Estados Unidos y no se realiza una búsqueda simultánea en varios países. Ello demora la ubicación física incluso de niños que son llevados desde el Perú.

CONCLUSIONES

1.- El origen de los procesos en Familia también se encuentra en un conflicto familiar o una incertidumbre jurídica. El conflicto familiar involucra a los niños(as) y adolescentes.

2.- Los conflictos en familia no significa la terminación de la relación sino el reordenamiento de la relación. Los niños no conforman familias disfuncionales por la existencia de un conflicto, separación o divorcio, por el contrario , luego del divorcio sus familias pueden ser más bien , funcionales .

3.-Ante los conflictos, se concluye que la patria potestad no es para mentirle al niño, o peor aún evitar que el niño gane en criterio y posibilidad de toma de decisiones. No se puede mantener a las hijas o hijos con una persona bajo las mentiras, ni la alienación parental. Los niños (as) son sujetos de derecho…

4.- La medida cautelar tiene como objetivo garantizar la efectividad de la sentencia que resolverá el fondo del asunto, lograr la igualdad entre las partes y la celeridad procesal, requisitos primordiales para el logro de la paz social en justicia.[231]

5.-El Código procesal civil peruano señala en el Art.618º que: “además de las medidas cautelares reguladas el juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva. En niñez las medidas anticipadas sobre el fondo son: Asignación de alimentos, tenencia provisional, régimen provisional de visitas, autorización de viaje.

[231] Exp.N- 251-94-4 Sala Ejecutora del 23 de Febrero de 1995.

6.-El principio de la buena fé resulta muy importante en las medidas cautelares y anticipadas sobre el fondo. En el Derecho de Familia puede presentarse el abuso de la medida cautelar, el concierto de voluntades o la simulación de un proceso para afectar a un tercero.

7.-Las medidas anticipadas sobre el fondo tienen como finalidad Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicados las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales.

8.-Las medidas cautelares y las medidas anticipadas sobre el fondo garantizan los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya sea en su integridad como en sus necesidades básicas afectivas, económicas y de vida.

ANEXOS:

1.-Sentencia del Tribunal constitucional. Medida cautelar dictada por el 18º juzgado de familia .exp.n-1817-2009 PHC/TC.

2.-Medida anticipada de entrega de hija . Expediente Nº 183518-2002-00794

3.-Medida anticipada de no innovar . Exp. Nº 183518-2008-00254-93

4.-Medida cautelar 1443-2008 tenencia provisional.

5.-Medida cautelar tenencia provisional para niño de dos años de edad .Exp.n-178-2003.

6..-Medida cautelar –autorización de viaje en proceso de suspensión de patria potestad.exp.n-289-2007.

7.-Medida cautelar – caducidad de alimentos : no caduca la medida cautelar a favor de los niños y adolescentes en tanto la inactividad de la representante no puede perjudicarlos.–Exp.n-19-2002

8.-Medida cautelar - Embargo de bienes beneficios sociales ExpN-356-2003.

18JFL

JURISPRUDENCIA –MEDIDAS ANTICIPADAS

EN RELACIÓN A LA PATRIA POTESTAD:

1.-SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR DICTADA POR EL 18º JUZGADO DE FAMILIA .EXP.N-1817-2009 PHC/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Expediente Nº 01817-2009-PHC/TC

LIMA

J.A.R.R.A. Y V.R.R.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de octubre de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Media Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Beaumont Callirgos, que se adjunta

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña XXX Allison Hoefken contra la sentencia de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 821, su fecha 31 de octubre del 2008, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Mediante demanda de fecha 19 de diciembre de 2007 y escrito ampliatorio de fecha 14 de febrero de 2008, doña Allison Hoefken interpone demanda de hábeas corpus a favor de sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.. y V.R.R.A., contra don XXX Roca Rey Ruíz, padre de los menores, solicitando que en cumplimiento del régimen de visitas establecidos por la resolución judicial de fecha 29 de diciembre de 2006 y confirmado por la resolución judicial de fecha 06 de julio de 2007, se ordene al emplazado que les permita a sus menores hijos interactuar con ella, toda vez que de manera reiterada les impide que puedan verla, lo cual afecta sus derechos a la libertad individual y a vivir pacíficamente.

Asimismo, solicita que en virtud del **interés superior del niño se le ordene al emplazado que cese la violación del derecho a la integridad moral, psíquica y física de sus menores hijos**, pues estos son objeto de reiterados maltratos psicológicos y físicos, conforme se prueba con la denuncia de fecha 22 de mayo de 2007 y con el examen médico legal de fecha 22 de mayo de 2007, en el que se consigna que la menor identificada con las siglas V.R.R.A. presenta huellas de lesiones traumáticas recientes.

Refiere que en el proceso de divorcio hincado por el emplazado, el Juzgado y la Sala de Familia correspondientes fijaron a su favor un régimen de visitas progresivo, abierto y libre, que no ha venido siendo cumplido por el emplazado, pues desde el 25 de febrero de 2006, fecha en la que se le entregó a sus dos menores hijos, éste no les ha permitido que puedan interactuar con ella, según se puede comprobar con las actas de verificación policial respectivas. Añade que mediante la resolución judicial de fecha 9 de mayo de 2006, se requirió al emplazado para que en el plazo perentorio de tres días naturales cumpla con el régimen de visitas ordenado, bajo apercibimiento de variarse la tenencia en caso de incumplimiento, y que, ante el incumplimiento del régimen, mediante la resolución judicial de fecha 6 de junio de 2006 se resolvió hacer efectivo el apercibimiento; empero el emplazado ha seguido incumpliendo el régimen de visitas ordenado.

En sentido similar, refiere que mediante la resolución de fecha 29 de diciembre de 2006, se precisó los días y las horas del régimen de visitas en los que podría ver a sus menores hijos, lo que fue confirmado mediante la resolución de fecha 6 de julio de 2007; y que, a pesar de ello, el

emplazado viene incumpliendo las resoluciones judiciales referidas afectando el derecho que tiene como madre para ver a sus menores hijos.

Con fecha 21 de febrero de 2008, el Juez del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, junto con dos médicos legistas, se constituyeron en el domicilio del emplazado a fin de realizar la inspección ocular respectiva para verificar las alegaciones de la demanda.

Con fecha 25 de febrero de 2008, se tomó la declaración de doña XXX Allison Hoefken, quien se ratificó en la demanda, añadiendo que lo que pretende es que el emplazado le permita restablecer una vida normal y de afecto con sus menores hijos, ya que desde hace dos años le está impidiendo que pueda relacionarse normalmente con ellos, por lo que solicita al Juzgado que retire a los menores del domicilio del emplazado y los entregue al Vigésimo Juzgado de Familia.

Con fecha 25 de febrero de 2008, el emplazado contesta la demanda alegando que ésta resulta improcedente debido a que los problemas relativos al régimen de visitas o la variación de la tenencia de sus menores hijos han sido resueltos en el proceso judicial respectivo, y que sus menores hijos se están desarrollando en un hogar que les brinda todas las atenciones y comodidades.

El Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 5 de agosto de 2008, declaró infundada la demanda, por considerar que el proceso de hábeas corpus no es la vía idónea para resolver la pretensión planteada, toda vez que existe un proceso judicial en trámite en el que se viene dilucidando el régimen de visitas de los menores.

La sala revisora confirmó la apelada, por estimar que los supuestos maltratos a los menores favorecidos con la demanda, la tenencia de los menores y la negativa del emplazado de permitir a éstos que interactúen con su madre, son cuestiones que tienen que ser resueltas en el proceso que se viene desarrollando en la jurisdicción ordinaria.

Con fecha 6 de enero de 2009, doña XXX Allison Hoefken interpone recurso de agravio constitucional alegando, entre otras cosas, que con fecha 28 de febrero de 2008, el Décimo Octavo Juzgado de Familia de Lima ha emitido una medida cautelar de variación de tenencia, en la que ha dispuesto que sus dos menores hijos pasen a su custodia; y que, sin embargo, a pesar de que existe

dicha resolución judicial, ésta no ha sido ejecutada por el Juzgado referido en sus propios términos ni cumplida por el emplazado, pues en la diligencia de fecha 3 de marzo de 2008 sólo le fue entregada su menor hija con las siglas V.R.R.A., mientras que su menor hijo, identificado con las siglas J.A.R.R.A., aún se encuentra en custodia del emplazado.

FUNDAMENTOS

I. Delimitación del petitorio y de las materias constitucionales relevantes

Antes de entrar a analizar el fondo de las vulneraciones alegadas en la demanda, resulta necesario delimitar su petitorio, así como los beneficiarios con ella, pues los hechos han variado desde que la demanda fue interpuesta.

Así, se tiene que la demanda tiene por objeto que, en cumplimiento del régimen de visitas establecido en la resolución de fecha 29 de diciembre de 2006 y confirmado por la resolución de fecha 6 de julio de 2007, se ordene a don XXX Roca Rey Ruíz que permita a sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A. interactuar con doña XXX Allisón Hoefken.

Dicho lo anterior, debemos subrayar que la demandante en su recurso de agravio constitucional ha señalado que su menor hija, identificada con las siglas V.R.R.A, ya le ha sido entregada en virtud de la medida cautelar de fecha 28 de febrero de 2008, por lo que sólo solicita que se le entregue a su menor hijo identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues éste aún continua bajo la custodia del emplazado.

Teniendo presente los sucesos relatados, este Tribunal estima que, en principio, la demanda tendría como único beneficiario al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues, aparentemente, en el caso de la menor identificada con las siglas V.R.R.A. habría operado la sustracción de la materia, al haber sido entregada a la madre. No obstante ello, y teniendo presente que la entrega de la menor se produjo luego de presentada la demanda, este Tribunal considera pertinente precisar que en virtud del segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal

Constitucional, los efectos de la presente sentencia alcanzará a los dos menores beneficiarios con la demanda.

2. Habiéndose precisado los efectos de la presente sentencia, debe recordarse que en la demanda se alega que los derechos a la libertad individual, a vivir pacíficamente y a la integridad moral, psíquica y física de los dos menores habrían sido vulnerados por el emplazado, debido a que éste, en su condición de padre, les impide que puedan ver a su madre, a pesar de que judicialmente se ha determinado un régimen de visitas a su favor, y porque son objeto de reiterados maltratos psicológicos y físicos.

Sobre la base de dichos alegatos, este Tribunal estima que a pesar de que en la vía judicial ordinaria se ha determinado un régimen de visitas a favor de la demandante, por las particulares circunstancias que rodean el presente caso, por los derechos cuya protección se solicita y por los sujetos beneficiarios, el proceso de hábeas corpus resulta ser la vía idónea para resolver la controversia planteada, toda vez que se encuentra en riesgo la libertad personal e integridad personal de los menores; así como su desarrollo armónico e integral.

Asimismo, por los hechos alegados, este Tribunal, en virtud del principio *iura novil curia* previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del CPC Const… , estima que no sólo los derechos a la libertad individual e integridad personal habrían sido supuestamente vulnerados, sino también los derechos de los menores a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, así como el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Ello porque, de lo expuesto en la demanda y del recurso de agravio constitucional, se desprende que existe más de un acto lesivo, a saber:

Por acción, el emplazado, al haber impedido a sus menores hijos que vean y mantengan contacto directo con su madre, habría vulnerado sus derechos a tener una familia y no ser separado de ella y a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

Por acción, el emplazado, al haber agredido a sus menores hijos, habría vulnerado su derecho a la integridad personal.

Por omisión de acto de cumplimiento obligatorio (resolución judicial), el emplazado al no haberle entregado a la demandante a su menor hijo identificado con las siglas J.A.R.R.A., ha vulnerado su derecho a la libertad individual, debido a que existe una medida cautelar que dispone ello.

3. Así las cosas, la cuestión que se plantea en el presente proceso consiste en determinar si se han vulnerado los derechos de los menores por no habérsele permitido ver a su madre y por ser objeto de constantes maltratos físicos y psicológicos, por lo que este Tribunal considera necesario abordar las siguientes materias:

El principio de protección especial del niño.

El principio del interés superior del niño.

El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

El derecho al desarrollo armónico e integral.

II. El principio de protección especial del niño.

El principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental. Fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos.

De una manera más amplia y precisa este principio fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 señala que el "niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (…) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad".

Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaratoria Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al señalar que la infancia tiene "derecho a cuidados y asistencia especiales". En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los "Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar".

Finalmente, el artículo 19º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que 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". En línea similar, el principio de protección especial del niño es reconocido por los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Teniendo presente el sentido normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos transcritos, este Tribunal estima que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el niño, entendido como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, es un sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento.

Este énfasis tuitivo se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos.

De ahí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH), partiendo de la premisa de que el niño es un sujeto de derecho de protección especial para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haya destacado que la "protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos".

Sobre esta base normativa supranacional, el artículo 4º de la Constitución reconoce que "la comunidad y el estado protegen especialmente al niño". Así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral.

En buena cuenta, en virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de un atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad. Por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4º de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado.

III. El principio de interés superior del niño.

En esta especial orientación proteccionista se encuentra también el principio del interés superior del niño, que a decir de la Corte IDH, 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 estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño".

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece:

"El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño". (Subrayado nuestro).

En sentido similar, este principio se reitera y desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

"El todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". (Subrayado nuestro).

Teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4º de la Constitución.

De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social.

Ello se justifica no sólo en los instrumentos internacionales reseñados, sino también en el artículo 16º del Protocolo de San Salvador, el cual establece que todo "niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado".

Por dicha razón, este principio también impone que la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deban

estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad.

En este contexto, a través de sus diferentes órganos, asume el deber positivo de adoptar todas las acciones y medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias y eficaces orientadas a proteger a los niños contra cualquier clase de violencia (abuso físico o mental, descuido, trato negligente, malos tratos o explotación) de que sean víctimas, ya sea éste proveniente de autoridades públicas, de sus familiares o de terceros, tales como el maltrato de uno de los padres o el descuido de los padres para satisfacer sus necesidades sociales básicas. En estos casos, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.

De otra parte, conviene precisar que para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte IDH, es preciso "ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño"3

IV. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

El derecho del niño a tener una familia se encuentra implícitamente consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que "el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión", así como en su artículo 9.1, que establece que "los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos".

En contrapartida a dicho reconocimiento implícito, tenemos que precisar que en nuestro ordenamiento jurídico este derecho se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 8º del Código de los Niños y Adolescentes, al señalar que "el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia".

A consideración de este Tribunal, el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad

de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución.

En buena cuenta, el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños.

De ahí que el desfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aún cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar.

En este orden de ideas, resulta válido concluir que la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y bienestar del niño. Por ello, cualquier decisión familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño. Y es que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud.

Hechas estas precisiones sobre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, este Tribunal estima oportuno enfatizar que si bien este derecho garantiza que los niños deban permanecer bajo la custodia de sus padres, por ser lo que más se ajusta a su interés superior, existen situaciones en las cuales la separación de los niños de sus padres se convierte en una necesaria excepción a la regla general.

Así, en el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se dispone que el niño, con garantía del debido proceso, podrá ser separado de sus padres contra su voluntad cuando ello sea necesario para tutelar el interés superior de aquél, en los casos en que, por ejemplo, el niño sea

objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos vivan separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Por tanto, este derecho se vulnera cuando por razones ajenas a la voluntad y al interés superior del niño, éste es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, como por ejemplo con su madre. Ello porque, como es obvio, el niño necesita para su conocimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedírselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia.

V. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material se encuentra reconocido en el Principio 6 de la Declaración de Los Derechos del Niño, que establece que el "niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material".

De este modo, en virtud de este derecho, la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos.

De ahí que la unidad y estabilidad familiar sean indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño, así como la presencia activa, participativa y permanente de los padres. Por ello, el cuidado y amor que los padres le prodigan y el respecto a sus cualidades, defectos y talentos especiales, aseguran que el derecho del niño a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material sea satisfecho.

Sin embargo, ello no significa que el Estado tenga que imponer a los padres la obligación de convivir o de mantener relaciones conjuntas como único mecanismo de protección del niño; pero sí comporta que, ante la ruptura de la relación entre los padres y a falta de acuerdo entre ellos, resulte necesaria la intervención del Estado para definir la estabilidad familiar del niño, a través de la fijación de la custodia y del régimen de visitas, conforme al proceso establecido para tal efecto.

Y es que, cuando las relaciones entre los padres generen actos de violencia familiar, la medida más adecuada e idónea a fin de tutelar el interés superior del niño es la separación de los padres, para que el niño pueda desarrollarse en un ambiente armonioso y de de afecto. Sin embargo, ello no puede impedirle ni restringirle su derecho a mantener de modo regular relaciones personales y contacto directo con el padre separado.

En ese sentido, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes tiene el deber de respetar "el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". Al respecto, es necesario precisar que el deber de respeto referido no sólo debe ser cumplido por el Estado, sino también por la familia, la sociedad y la comunidad.

VI. El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

Para evaluar los alegatos de la demanda, es preciso determinar desde qué fecha el emplazado tiene la tenencia de sus menores hijos, y si ésta ha sido ejercida en forma arbitraria, pues se acusa que ha impedido de manera injustificada que sus menores hijos puedan ver a la madre. Para determinar ello se procederá a evaluar el comportamiento del emplazado a partir del día siguiente en que asumió efectivamente la custodia de sus dos menores hijos.

Así se tiene que en el proceso de divorcio por causal que le inició el emplazado a la demandante, se determinó que éste se quedaba con la tenencia de sus menores hijos identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.A.R.R.A. y se le fijó a la demandante un régimen de visitas progresivo, abierto y libre. Así, en el segundo punto resolutivo de la sentencia Nº 326-2005-20 JFL, de fecha 18 de agosto de 2005, obrante de fojas 601 a 612, se resuelve:

"Declaro FUNDADA (…) la pretensión accesoria del demandante de TENENCIA de sus hijos (…) fijándose un Régimen de visitas progresivo, abierto y libre para la demandada XXX Allison Hoefken; sin externamiento al principio, teniéndose en cuenta el deterioro de las relaciones personales entre ambos justiciables, y el interés superior de los niños". (Subrayado nuestro).

Dichos mandatos (tenencia y régimen de visitas) fueron confirmados por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima, mediante la sentencia de fecha 19 de enero de 2006, obrante de fojas 616 y 617.

A la vista de las resoluciones judiciales referidas, resulta evidente que la demandante perdió la tenencia y custodia de sus menores hijos, siendo éstas asumidas por el emplazado, pues a ella se le estableció un régimen de visitas progresivo, abierto y libre. Aún más, con fecha 25 de febrero de 2006, según se desprende del acta de entrega, obrante a fojas 621, en mérito de las resoluciones judiciales referidas, los menores fueron entregados en custodia a su padre.

Hechas estas precisiones, corresponde determinar cómo se ha venido desarrollando el comportamiento del emplazado a partir del día siguiente al 25 de febrero de 2006, es decir, si respetó el régimen de visitas progresivo, abierto y libre ordenado o lo incumplió de manera arbitraria e injustificada. Ello a fin de poder determinar si efectivamente vulneró el derecho de sus menores hijos a tener una familia y a no ser separado de ella.

Así, con fecha 4 de marzo de 2006, la demandante se constituyó junto con un efectivo de la Policía Nacional en el domicilio del emplazado a fin de verificar que éste no le permitía ver a sus menores hijos. En efecto, de la constancia policial de fecha 5 de marzo de 2006, obrante a fojas 637, se desprende que la demandante el 4 de marzo de 2006 no pudo ver a sus menores hijos porque, según le indicaron, ellos no se encontraban en el domicilio.

En sentido similar, la constancia policial de fecha 10 de marzo de 2006, obrante a fojas 638, certifica que el 9 de marzo de 2006 la demandante se constituyó en el domicilio del emplazado a fin de ver a sus menores hijos, pero tampoco los pudo ver porque éste le informó que ellos no se encontraban en el domicilio.

Ante estos comportamientos obstructivos del emplazado, la demandante, con fecha 13 de marzo de 2006, presentó un escrito al Juzgado correspondiente poniéndole en conocimiento lo sucedido para que adopte las medidas correctivas correspondientes, toda vez que se estaba incumplimiento el régimen de visitas que se le había fijado para ver a sus menores hijos.

Sobre la base de las constancias policiales referidas y otras, el Vigésimo Juzgado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 24 de marzo de 2006, obrante de fojas 642 a 645, requirió al emplazado a fin de que dentro del término máximo de tres días cumpla con el régimen de visitas ordenado.

A pesar de que con fecha 24 de marzo de 2006 el Juzgado correspondiente le requirió al emplazado el cumplimiento del régimen de visitas, éste lo ha continuado incumpliendo de manera reiterada y sistemática, afectando de este modo el derecho de sus hijos a tener una familia y a no ser separado de ella, al no permitirles interactuar con su madre. En la constancia policial de fecha 28 de marzo de 2006, obrante a fojas 652, se certifica que el 26 de marzo de 2005, es decir, dos días después de emitida la resolución judicial referida, la demandante se constituyó en el domicilio del emplazado a fin de ver a sus menores hijos, pero no fue posible debido a que nadie le abrió la puerta.

Nuevamente, esta conducta obstructiva del emplazado fue puesta en conocimiento del Juzgado correspondiente para que tome las medidas correspondientes, y éste mediante resolución de fecha 9 de mayo de 2006, obrante a fojas 676, requirió por segunda vez, al emplazado, a fin de que dentro del término máximo de tres días cumpla con el régimen de visitas ordenado, bajo apercibimiento de variarse la tenencia.

Esta conducta reacia y reiterada, a consideración de este Tribunal, pone en evidencia no sólo que el emplazado ha vulnerado el derecho de sus menores hijos a tener una familia y a no ser separado de ella, al habérseles impedido sin justificación alguna que puedan ver a su madre, sino también que ha vulnerado el derecho de la demandante a la efectividad de las resoluciones judiciales, pues se ha mostrado renuente en ejecutar en sus propios términos las sentencias que fijaron un régimen de visitas progresivo, abierto y libre, toda vez que, conforme se comprueba con las constancias policiales referidas, no le ha permitido a la demandante que pueda ver a sus menores hijos.

No obstante haberse verificado en la ejecución del proceso de divorcio el incumplimiento del régimen de visitas fijado a favor de la demandante, la Sala Permanente de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la resolución de fecha 6 de octubre de 2006, resolvió convocar a audiencias especiales para poder establecer sobre la base de las sentencias judiciales que fijaron el régimen de visitas, los períodos progresivos, días y horarios de aquél.

Durante el desarrollo de las audiencias especiales que se realizaron para fijar los períodos progresivos, así como los días y horarios del régimen de visitas, se presentó un hecho relevante que debe destacarse, a fin de poner de relieve que el emplazado, desde que tuvo la custodia efectiva de sus menores hijos, ha adoptado un comportamiento obstructivo para que ellos no pudieran ver a su madre. Así, se advierte que:

Durante la audiencia especial realizada el 26 de diciembre de 2006, obrante de fojas 708 a 710, el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., mientras rendía su declaración, denotó que tenía conocimiento que el día 25 de diciembre de 2006, el Vigésimo Juzgado de Familia de Lima le había otorgado a su madre una visita para verlos, pero que no se pudo concretar debido a que se quedó en el patio de la casa del emplazado porque éste no la dejó ingresar al interior.

Este hecho, a consideración de este Tribunal, demuestra que el emplazado ha vulnerado de manera manifiesta el derecho de los menores a tener una familia y no ser separado de ella, pues como se ha señalado, este derecho garantiza a los hijos a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores, aún cuando éstos estén separados.

Con la declaración del menor referido se demuestra fehacientemente que el emplazado, en ver de permitirle a la demandante que pueda ver a sus dos menores hijos y permitirles a éstos que se desarrollen de manera normal, ha obstaculizado e impedido sin justificación alguna que ello se produzca, pues a pesar de que existía un mandato del Juzgado correspondiente, se mostró renuente en acatarlo, ya que no dejó ingresar a la demandante a su domicilio para que pudiera ver a sus menores hijos el 25 de diciembre de 2006, lo incumplió, al no haber permitido que la demandante pudiera ingresar al interior de su domicilio para ver a sus menores hijos ni permitirles a ellos que salieran al patio de su domicilio para poder verla.

Debe destacarse que el emplazado, durante la tramitación de la medida cautelar temporal sobre el fondo (variación de tenencia) solicitada por la demandante, en vez de asistir a las audiencias especiales convocadas para tal efecto, insistía con su dos menores hijos, retardando no sólo de esta manera que se resuelva la medida solicitada sino también impidiendo que sus menores hijos pudieran interactuar y relacionarse, aunque sea durante el desarrollo de las audiencias, con su madre. Así del acta de las audiencias especiales, obrantes de fojas 117 a 123, se demuestra que el emplazado junto con sus menores hijos no asistieron a las audiencias especiales realizadas los días 17 de agosto y 6 y 15 de setiembre de 2006.

De otra parte, el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 29 de diciembre de 2006, obrante a fojas 144, precisó, entre otras cosas, que el régimen de visitas progresivo de la demandante sería los días martes y jueves a partir de las 3:00 p.m. hasta las 7:00 p.m. en el domicilio paterno, que a partir del segundo mes sería con externamiento y que a partir del sexto mes comprendería el período vacacional de medio año y de fin de año, a fin de mejorar las relaciones familiares.

Dicha resolución fue apelada por el emplazado y confirmada por la Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha 6 de julio de 2007, obrante a fojas 145, por lo que debía ser acatada por el emplazado, toda vez que su incumplimiento no sólo afecta el derecho de sus menores hijos a tener una familia y no ser separado de ella, sino también el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Sobre el particular, debe subrayarse que a pesar de que se precisó los días y horas del régimen de visitas de la demandante, el emplazado continuó incumpliendo con éste. Así se tiene que el Vigésimo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 18 de julio de 2007, obrante a fojas 725, nuevamente requirió al emplazado para que cumpla con el régimen de visitas.

Por dicha razón, y por las particulares circunstancias del presente caso, resulta válido concluir que el demandante, al haber impedido que sus menores hijos puedan ver y relacionarse directamente con su madre, no sólo ha vulnerado su derecho a tener una familia y no ser separado de ella, sino también que ha ejercido abusivamente la tenencia y custodia de los menores, lo cual no puede ser permitido, ni avalado por encontrarse proscrito por el artículo 103º de la Constitución.

En este orden de sucesos, se debe señalar que el Décimo Octavo Juzgado Especializado de Familia de Lima, mediante resolución de fecha 28 de febrero de 2008, obrante de fojas 33 y 36 del cuadernillo de este Tribunal, resolvió:

“Conceder la medida anticipada sobre el fondo de variación de la tenencia de los menores (…), debiendo el padre de los menores proceder a la entrega inmediata de los menores de edad referidos a su madre XXX Allison Hoefken, a cuyo efecto se dispone autorizar el descerraje y allanamiento en caso de ser necesario, y hacer uso de la fuerza pública en caso de ser necesario”.

Al respecto, debe enfatizarse que dicha medida cautelar fue adoptada porque se demostró que el interés superior de los menores beneficiados con la demanda imponía que estuvieran bajo la tenencia y custodia de su madre y no de su padre, debido a que no tienen estabilidad emocional. Así, este Tribunal considera importante destacar las principales razones que llevaron al Juzgado referido a adoptar la decisión contenida en la medida cautelar mencionada, que son las siguientes:

“(…) cuando los niños pasan a vivir con el padre los mismos empiezan a mostrar problemas emocionales, y de malos tratos directos la menor hija de las partes (…)”.

“(…) el régimen amplio de visitas (…) no se cumple a cabalidad por el padre de los menores, siendo que la madre no ve a uno de sus hijos dentro de un régimen de vivitas normal (…) y sale con la hija, cuando el padre quiere (…)”.

Sobre la base de los fundamentos transcritos, resulta válido concluir que la medida cautelar de variación de la tenencia se adoptó porque se comprobó que el emplazado no le garantiza a sus menores hijos las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos, como lo son el amor, la integridad, el cuidado y la protección que demanda el desarrollo de su personalidad. Además, debe tenerse presente que la decisión de variar la tenencia se adoptó también porque los menores en una audiencia expresaron que querían vivir con su madre.

Con relación a la medida cautelar, debe precisarse que con fecha 3 de marzo de 2008, se llevó a cabo la diligencia respectiva, en la que solamente fue entregada a la demandante la menor identificada con las siglas V.R.R.A., más no el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., a pesar de que la medida cautelar transcrita dispuso expresamente que los dos menores sean entregados a la demandante.

Este hecho reitera, una vez más, que en autos se encuentra plenamente acreditado el comportamiento arbitrario, ilegítimo e irrazonable del emplazado, pues a pesar de que existe un mandato judicial que le ordenó la entrega de sus dos menores hijos a su madre, éste incumplió dicho mandato.

Dicho comportamiento también pone en evidencia que el emplazado ha vulnerado el derecho a la libertad personal del menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., pues en vez de cumplir la medida cautelar y entregarlo a su madre para que éste se desarrollo y se desenvuelva plenamente en un

ambiente de amor y armonía, lo ha retenido injustificadamente en contra de su voluntad. Ello en razón de que, como se ha señalado en los fundamentos precedentes, el menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. manifestó en una audiencia que deseaba vivir con su madre.

Y es que debe tenerse presente que si bien los niños son titulares del derecho a la libertad individual, su ejercicio puede ser objeto de limitación por los padres en función de su interés superior, como por ejemplo cuando los padres les prohíben a sus hijos que acudan a determinados lugares que puedan poner en riesgo su integridad personal. En dicho supuesto, resulta legítima la limitación del ejercicio del derecho a la libertad, pues lo que se busca es proteger el interés superior del menor.

En cambio, no resulta legítimo que los padres limiten el ejercicio de la libertad individual de los niños cuando no se tenga por finalidad proteger su interés superior o cuando exista un mandato judicial, como, por ejemplo, cuando los padres, en vez de enviar a sus hijos a la escuela para que se eduquen, los retienen para que trabajen con ellos o los envían a la calle a mendigar. En estos supuestos, el Estado tiene la obligación de intervenir y adoptar las medidas necesarias para proteger su interés superior, pues no solamente se restringe arbitrariamente el ejercicio del derecho a la libertad individual de los niños sino también el ejercicio de los derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad; además que se incentiva de manera encubierta el trabajo forzoso.

Todo lo dicho, entonces, pone en evidencia que al emplazado no le interesa preservar y tutelar el interés superior de sus menores hijos, pues los comportamientos descritos en los fundamentos precedentes, en vez de general la integración familiar generada por el divorcio con la madre de ellos, han ocasionado que éste se acreciente.

En consecuencia, resulta procedente ordenar al emplazado que le entregue a la demandante al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A., y disponer que el Juez de ejecución adopte todas las medidas previstas en la ley para que se cumpla la entrega del menor.

Por otro lado, este Tribunal considera que, con los sendos protocolos de pericia psicológica que obran en autos, se encuentra demostrado que el comportamiento del emplazado también ha vulnerado el derecho de sus menores hijos a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, pues del contenido de ellos se puede concluir que la personalidad de los menores no se están desarrollando de manera plena, armoniosa e integral, pues sus actos, además de no respetar las normas básicas de convivencia, han ocasionado que tampoco estén creciendo en un ambiente de afecto y comprensión, pues no les ha permitido ver e interactuar con su madre.

Para llegar a la conclusión de que los menores bajo la tenencia del emplazado no están creciendo en un ambiente de afecto y comprensión, este Tribunal ha tenido presente el comportamiento violento de éste, pues en autos se encuentra demostrado no sólo con los exámenes médicos

legales respectivos sino también con declaraciones de la agraviada y los fundamentos de la medida cautelar citada, que el emplazado ha agredido físicamente a la menor identificada con las siglas V.R.R.A.

Sobre la base de lo señalado en los fundamentos precedentes, puede concluirse que el emplazado también ha vulnerado el derecho a la integridad personal de los menores identificados con las siglas J.A.R.R.A. y V.R.R.A., pues además de haber agredido físicamente a la menor identificada con las siglas V.R.R.A., con su comportamiento ha dañado la integridad psíquica de sus dos menores hijos, conforme se desprende de los informes psicológicos obrantes en autos.

Teniendo presente los comportamientos descritos, este Tribunal reitera que contraviene rotundamente la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos agredir física y/o psicológicamente a los niños so pretexto de educarlos o corregirlos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, a la integridad personal, a tener una familia y no ser separado de ella a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material y a la efectividad de las resoluciones judiciales.

2.. Ordenar a don XXX Fernando Roca Rey Ruíz que entregue, de manera inmediata, al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. a dona XXX Allison Hoefken, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del Código de Procesal Constitucional y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad.

3.. Oficiar al Juez del Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima para que, conforme a lo resuelto por este Tribunal, ejecute de manera inmediata la presente sentencia conforme al artículo 22º del Código Procesal Constitucional y con todas las garantías que le otorga la ley; así como los apremios en caso de resistencia.

Ordenar al Director General de la Policía Nacional para que ésta preste de manera inmediata al Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima el auxilio de ley, a fin de ubicar al menor identificado con las siglas J.A.R.R.A. para que éste sea entregado a doña XXX Allison Hoefken, facultándosele el allanamiento y descerraje del domicilio del emplazado o cualquier otro domicilio en donde se pueda encontrar el menor, o cualquier otra medida a fin de que la presente sentencia se ejecute de manera inmediata en sus propios términos.

Remitir copia de los actuados al Fiscal Penal para los fines pertinentes.

Publíquese y notifíquese.

SS

MESIAS RAMIREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ

2.-MEDIDA ANTICIPADA DE ENTREGA DE HIJA

Corte Superior de Justicia de Lima

18º Juzgado de Familia de Lima

Expediente Nº 183518-2002-00794

Lima, Doce de Diciembre

Del Dos Mil Dos.-

Dado cuenta en la fecha, el escrito que antecede; Al principal y otrosíes; **y Atendiendo**: A que mediante la presente solicitud, doña: Noemí Zuaznabar Palomino en su condición de madre del menor XXX Polo Zuaznabar de once meses de edad solicita como procedimiento cautelar fuera del proceso, se disponga la entrega inmediata de su menor hijo, la misma que la dirige contra XXX César Enrique Polo Sirvas padre del menor, XXX y XXX ; **Primero:**

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo seiscientos diez del Código Procesal Civil, para la concesión de una medida cautelar es exigible el cumplimiento de los siguientes requisitos: **a-** Apariencia en el derecho invocado, lo que la doctrina conoce como el "fomus bonis Iuris", es decir la apariencia, rasgo o aspecto exterior del derecho, la llamada verosimilitud; **b.-** peligro en la demora denominado "peliculum in mora" y **c.-** La contracautela que tiene por finalidad prever el resarcimiento de los presuntos daños que pudiere generar la medida cautelar peticionada; **Segundo:** Que toda medida cautelar es provisoria, instrumental y variable, conforme a lo dispuesto por el artículo 612 del Código Procesal Civil; **Tercero**: Que, además de conformidad con lo que dispone el artículo 636ª del Código Procesal Civil, el juez puede dictar medidas fuera del proceso, debiendo el beneficiario interponer su demanda dentro de diez días; **Cuarto:** Que, en el caso de autos, la verosimilitud del derecho se encuentra debidamente acreditada con el mérito de la partida de nacimiento que aparece como anexo 1-A; estando acreditado el vínculo de parentesco que une a la solicitante con el titular de la partida, quién cuenta actualmente con un año de edad, habiendo nacido el 04 de diciembre del año Dos Mil Uno; **Quinto:** Que, además con el mérito de las denuncias policiales que se acompañan se acredita el dicho de la solicitante de haber sido maltratada y que se le ha arrebatado su menor hijo; **Sexto:** Que, en atención a la Convención de las Naciones Unidas es de advertir que los hijos no pueden ser separados de sus padres en perjuicio de ellos, advirtiéndose de la corta edad del menor, que quién ha ocasionado tal hecho ha privado al menor de la lactancia, derecho reconocido universalmente; **Séptimo:** Que, corresponde a la Administración de Justicia garantizar el interés superior del niño (a) y en el presente caso habiendo el Perú ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño dictar las medidas necesarias que garanticen su superior interés, que siendo esto así y en aplicación a lo dispuesto por el artículo 636º del Código Procesal Civil, **Se Resuelve:** Conceder medida cautelar fuera del proceso, y se dispone la entrega inmediata del menor XXXX a su madre, doña XXX Zuaznabar, verificándose la referida medida cautelar con el allanamiento en el interior del inmueble ubicado en la Manzana b lote31,tercera etapa de la urbanización Las Praderas de Pariachi, la que se ejecutará por los órganos de auxilio judicial del Juzgado, y con el auxilio de la fuerza pública, autorizándose el descerraje en caso de ser necesario, para la recuperación del niño y entrega a la madre y solicitante, fórmese el cuaderno cautelar con las copias simples de los documentos que se precisan; A Primer Otrosí: **Concédase auxilio judicial**, Al Segundo Otrosí: Téngase por ofrecida; al Tercer Otrosí: Devuélvanse- los documentos acompañados una vez verificada las diligencias señaladas, dejándose las copias certificadas correspondientes en el cuaderno cautelar; Al Cuarto Otrosí: Téngase presente; Avócase al conocimiento de la presente causa la Juez titular que suscribe.

Dra. M. Margarita Renteria D

Juez

3.-MEDIDA ANTICIPADA DE NO INNOVAR

Exp. Nº 183518-2008-00254-93

Resolución Nº 01-CAUT.

Lima, Doce de mayo del dos mil diez

Dado cuenta, con el escrito por el cual la demandante interpone medida cautelar; **Al Principal, AUTOS Y VISTOS Y ATENDIENDO: PRIMERO:** Que, mediante escrito de fecha diez de mayo doña XXX Allyson interpone medida cautelar de no innovar: consistente en la permanencia de su menor hija a su lado y en su casa materna; **SEGUNDO:** Que, la peticionante interpuso acción de suspensión de la patria potestad del padre respecto de sus menores hijos XXX XXX Roca Rey Allyson y XXX XXX Roca Rey Allyson, proceso que se encuentra en trámite; **TERCERO:** Que, la peticionante refiere que han transcurrido dos años y medio que se ordenó la entrega de sus dos menores hijos cumpliéndose a través de mandato de allanamiento sólo la entrega de su hija XXX XXX el día 03 de marzo del dos mil ocho, y que con los anexos que acompaña se encuentra acreditada la evolución favorable en todo aspecto y en forma integral de la recuperación de XXX tanto en su estado emocional como educativo, según se puede apreciar de su desarrollo en su colegio, en sus actividades de deporte y en su continuidad en terapia psicológica; que tal y como precisa es evidente el desarrollo alcanzado por la niña en el transcurso de los dos años tres meses que se encuentra a cargo de la madre, se aprecia por la judicatura el mérito de la pericia psicológica Nº 027947 a fojas cincuenta y seis de este pedido en el cual la adolescente XXX cuando contaba con solo 10 años de edad precisó **" hace dos semanas mi papá me pateó estaba en el carro ellos querían ir a la granja azul como me llevaron a la fuerza yo patee el carro entonces mi papá me pateó, me bajó del carro y me siguió pateando, después cuando me llevó al cuarto de la mano me metió a la ducha con ropa y se fue……**" En la misma pericia de fecha dos de junio del dos mil siete el servicio de Medicina Legal del Ministerio Público señala en el punto IV Análisis interpretación de resultados **"Emocionalmente la menor presenta regular desarrollo de su autoestima, de ánimo apagado …a nivel afectivo con necesidades de atención, protección. Ante situaciones de tensión presenta marcada ansiedad, inseguridad y en el aspecto social algo tímida; requiere continuar con psicoterapia"**, que asimismo respecto al ambiente familiar en el cual se desarrollaba la niña se aprecia del mérito de la pericia psicológica ordenada en el proceso de violencia familiar y que corre a fijas cuarenta y nueve de este pedido que la niña ha narrado cómo el padre y el entorno familiar de éste le han producido violencia cuando llegaba la madre a verla, le cerraban la puerta, insultaban a la amiga como lesbiana, y recibía daño personal tanto en el colegio como por los miembros de la familia paterna, habiendo narrado que en el colegio

cuando la madre iba a verla la colocaban en el tópico y cerraban las cortinas para que no vea, e indica respecto de la esposa de su padre se **"sentía sola e infeliz"**, y que recuerda que alguna vez su madre le obsequió un teléfono para comunicarse y ellos se lo quitaban" y reitera que su padre le golpeó, asimismo señalaba llorosa que quería a su hermano, que la niña ha evolucionado **muy favorablemente al vivir con la madre** lo que se aprecia de la libreta de calificaciones del colegio "Los Reyes Rojos" del año dos mil nueve correspondiente al primer año de secundaria, siendo sus calificaciones promedio anual Matemática: 11, Inglés: 16, Historia del Perú: 13, Historia Universal: 12, Geografía: 15, Ciencias Naturales: 18, Plan Lector: 17, Lenguaje: 13, Literatura: 18, Producción Escrita: 16, Educación Física: 17, Arte: 15, Computación: 19 y Cívica: 17, siendo la apreciación de la Tutora que aparece a fojas sesenta y ocho que se trata de **"una muy linda chica, capaz, seria y responsable"**. Además te veo "con mejor ánimo, más contenta…", ello constituye un gran avance que no debe modificarse, más aún cuando la niña ha recalcado en relación a los malos tratos, al deficiente entorno familiar anterior y que es la madre quien viene cubriendo todas las necesidades de la niña, en tanto el padre no le pasa alimentos y tampoco le compra sus útiles, siendo de apreciar por esta Judicatura también que se ha reevaluado a la niña XXX XXX según consta del informe psicológico de foja setenta y tres realizado por la licenciada en psicología Katia González Becerra siendo de relievar**: "que presenta sentimiento negativos a la figura del padre, desconfianza, ansiedad, miedo e inseguridad. No lo desea ver, no tener cerca de ella ni de su madre. Al igual que presenta sentimientos ambiguos frente a la figura materna, dado que si bien confía en ella y expresa el cariño que siente por ella, no se entrega completamente por miedo a perderla o que se aleje de ella**, como ha ocurrido antiguamente, habiendo la madre continuado con la terapia de apoyo según aparece de la constancia de fojas setenta y cinco. Aunado a ello es de apreciar que XXX ha vivido muchos momentos de felicidad tal y conforme se puede advertir de las fotos que se acompañan en número veinticinco fotografías a este pedido, fotos con sus mascotas, con sus amigos en el coro, haciendo tarea, nadando, con sus familiares maternos, excursiones en el colegio, con sus amigos del colegio con su madre en la piscina con sus amigas, haciendo prácticas deportivas, una foto en la que se encuentra su madre y su hermano con ella, otra en la que está el hermano, la profesora y la niña, a ambos se les ve contentos (campeonato nacional de atletismo), y a la niña en noviembre del 2009, en una competencia nacional en Chimbote; **CUARTO:** Consideración especial de esta judicatura merecen la sentencia del Tribunal Constitucional en el proceso 0052-2004-AA/TC, en la cual se aprecia que tanto en los asuntos sustantivos como en lo procesal los jueces y los entes administrativos deben garantizar el interés superior del niño y la sentencia dictada también por el Tribunal Constitucional en el proceso sobre habeas corpus a favor de los niños, hijos de la solicitante y del señor XXX XXX Roca Rey, ha precisado: en relación al **principio de protección** especial del niño se erige en el derecho internacional de los derechos humanos como un principio fundamental, que fuera enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos, y …. precisa

también lo dispuesto en el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño que señala: "El niño (a) gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios… para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad; **QUINTO:** Que, del mérito de los documentos que se adjuntan se aprecia la existencia de una sentencia dictada en el Décimo cuarto Juzgado de Familia de Lima, y que fuera confirmada por la Segunda Sala de Familia de Lima, apareciendo de la sentencia que a la demanda de suspensión de patria potestad interpuesta por el padre de la niña XXX y de su hermano XXX contra la madre y peticionante debe declararse **infundada** en tanto de la imputación de haber llevado a los niños y haberles enseñado a mentir, la Sala refiere que no se acredita medio probatorio alguno que sustente lo alegado, y en cuanto a la imputación de maltrato físico y mental y por el contrario señala que el hermano XXX presenta la existencia de desestabilización emocional y rechazo a la figura materna, pero también dicha actitud se encontraría influenciada por la circunstancia de ahora únicamente con el padre. En la misma sentencia se precisa en el considerando décimo que: "la peticionante es una mujer que evidentemente le tiene mucho afecto a sus hijos por lo cual lucha para tenerlos a su lado, sin percatarse de su vehemencia e impulsividad al querer recuperarlos, indicando que sus características no la incapacitan para ejercer el rol materno. Corre, asimismo, a fojas seiscientos diez y seiscientos noventa y siete, el informe y ampliación de la pericia psiquiátrica, efectuada a la demandada, en el año dos mil siete, en el Hospital Víctor Antonio Larco Herrera, indicando como diagnóstico trastorno límite de la personalidad, recomendándosele psicofarmacoterapia, terapia individual, terapia de pareja y psicoterapia familiar; así como que sea instalada en un centro hospitalario con la finalidad de garantizarle un tratamiento psiquiátrico a sus hijos; a páginas ochocientos cuarenta y ocho obra la ratificación médica del profesional a cargo de la referidas pericias, indicó en ese entonces que la demandada debe realizar tratamiento psiquiátrico y lo ideal sería que la demandada esté internada; sin embargo, posteriormente a páginas mil cuatrocientos veintiséis aparece una evaluación psiquiátrica de la demandada efectuada en el Instituto de Medicina Legal, en el mes de enero del año dos mil ocho, la que fue incorporada como prueba y concluye indicando que la evaluada presenta personalidad dentro del rango normal con rasgos histriónicos, inteligencia clínica normal, no psicopatología de psicosis, siendo que los profesionales a cargo del doctor Laguerre Gallardo y Guzmán Negrón se ratificaron en su informe, conforme se aprecia del acta de audiencia complementaria que corre a páginas mil cuatrocientos ochenta y tres; indicando asimismo que: "al momento de nuestro examen hemos apreciado la presencia de rasgos pero no con la intensidad para diagnosticar un trastorno sino como una personalidad dentro del rasgo, ellos consideraron que están dentro del rango, no consideran que está fuera, que amerite tratamiento psicofarmológico inmediato", "él considera que la persona merece recibir tratamiento, porque se trata de cautelar la salud mental de la señora, (…) la señora XXX no necesita hospitalización, necesita de personas que le informen como psicólogos, psiquiátricos, necesita tratamiento psicofarmocológico". "De repente la señora puede requerir de un

tratamiento, pero para los efectos que se busca establecer **no la invalida para tener su familia, su trabajo…"**; incluso en la misma audiencia el doctor Boggiano, profesional a cargo de la evaluación psiquiátrica de la demandada en el Hospital Víctor Larco Herrera, manifestó **que en ningún momento ha dicho que la señora esté impedida de ejercer a plenitud sus vínculo afectivos en especial con sus hijos.** Asimismo, tanto este profesional como los mencionados precedentemente coinciden que la evaluada puede tener algún descontrol de impulsos, agresividad mal contenida, ésta no es suficiente para recomendar un internamiento o un tratamiento especializado inmediato. Por lo expuesto, **se concluye que los menores no han sido víctimas de maltrato físico o psicológico por parte de su progenitora"**; **SEXTO: Que**, el artículo 687º del Código Procesal Civil, señala: "ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional, por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la Ley"; **SEPTIMO:** Que, en este orden de ideas se tiene que se ha cumplido con acreditar los requisitos de la medida cautelar, tales como son el "FOMUS BONI JURIS", "PERICULUM IN MORA", por lo que; **SE RESUELVE:** Conceder la medida cautelar de NO INNOVAR interpuesta por doña XXX Allyson madre de la menor de edad XXX XXX Roca Rey Allyson a fin de que se mantenga el status quo de permanencia con su madre XXX Allyson y siga viviendo en la casa materna. Notifíquese.-

Dra. M. Margarita Rentería D.

Juez de Familia

4.-MEDIDA CAUTELAR 1443-2008 TENENCIA PROVISIONAL : CONFIRMA ENTRE OTROS :LA VIVIENDA DE LA MADRE REÚNE LAS CONDICIONES PARA UNA VIDA ADECUADA , EL PADRE SE LLEVO AL NIÑO Y LA MADRE REÚNE LAS CONDICIONES PARA LA CRIANZA.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

SALA ESPECIALIZADA DE FAMILIA

S.S CAPUÑAY CHAVEZ

CABELLO MATAMALA

DONAYRE MAVILA

Expediente : Nº 01443-2008

MATERIA: Tenencia Provisional

Resolución Nº

Lima, seis de abril

Del año dos mil ocho.-

AUTOS Y VISTOS, interviniendo como Vocal Ponente la señora Cabello Matamala; con lo expuesto por el señor Fiscal Superior en su dictamen de fojas doscientos cuarenta y tres a doscientos cuarenta y cuatro; y **CONSIDERANDO ADEMAS**:----------

Primero.- Que viene en apelación la resolución número seis, de fecha veinte de marzo del dos mil siete, copiada a fojas ciento noventa y uno a ciento noventa y dos, que resuelve otorgar la Tenencia Provisional del menor XXX Guerra Mostacero, de seis años a favor de doña XXX Mostacero----------

Segundo.- Que, don XXX XXX Guerra sustenta su recurso impugnatorio, indicando que no está conforme con el informe psicológico número 1-2006-MCF-PSI, que la resolución le causa agravio toda vez que no existe peligro en la demora para la aplicación de la tenencia provisional, debido a que actualmente su cónyuge tiene al niño en su poder, sin permitirle que se acerque e impidiendo toda atención al padre, que el informe psicológico número 1291-05-MCF-EM-PSI, obvia de manera absoluta cualquier referencia a descubrir la verdad sobre la imputación de la madre acerca de que su hijo habría sido víctima de abuso sexual por parte del hermano del apelante y pese a obvias omisiones el informe concluye que el menor merece vivir en un ambiente adecuado para su edad, lo cual no sólo está cubierto por el ámbito material si no social que él necesita, como lo es tener la compañía constante de su progenitor a fin de que no se desnaturalice su propia personalidad influenciada únicamente por la compañía de su madre y parientes de ella.----------

Tercero.- Que, conforme a lo señala el artículo 612º del Código Procesal Civil aplicable al caso por extensión, estando a lo permitido por el artículo VII del Código de los Niños y Adolescentes, la naturaleza de las medidas cautelares es ***provisoria***, instrumental y variable.----------**Cuarto.-** Que, antes de emitir pronunciamiento respecto a la medida cautelar solicitada, se ha procedido conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 87º del Código de los Niños y Adolescentes, por lo que se realizó las respectivas evaluaciones por el Equipo Multidisciplinario (Asistenta Social y Psicólogos designados por la Corte Superior de Justicia de Lima a los Juzgados de Familia); apreciándose de autos que obra el Dictamen Fiscal correspondiente.----------

Quinto.- Que, el artículo 87º del Código acotado precedentemente, dispone en su tercer párrafo que la Tenencia Provisional "sólo procede a solicitud del padre o de la madre que no tenga al hijo baso **su custodia**". Que revisado el presente cuaderno de apelación, se aprecia de la solicitud cautelar que corre de fojas ciento veintitrés a cinto veintiséis, que la peticionante cuando formuló su solicitud de Tenencia Provisional no tenía al niño XXX Guerra en su poder, señalando como fundamento de hecho de su petición: "…el demandado fugó raudamente con mi hijo y hasta la fecha no tengo noticias…", lo que se corrobora con las denuncias número doscientos veintitrés y novecientos ochenta y uno sentadas ante la autoridad policial que en copia certificada obran a folios cincuenta y tres a cincuenta y cuatro respectivamente, en tal virtud, la petición cautelar fue solicitada bajo los alcances de la norma de la especialidad acotada.----------

---------- **Sexto.-** Que, de fojas ciento sesenta y seis a ciento sesenta y ocho del cuaderno que se tiene a la vista, corre el informe social practicado en el domicilio materno, en dicho documento se informa que la vivienda de la peticionante es adecuada para desarrollar vida familiar, aunado a ello es de verse de fojas ciento sesenta a ciento sesenta y uno, la pericia psicológica practicada a la solicitante, señalándose que la madre del menor sub-litis tiene capacidades para una crianza adecuada en cuanto al campo físico y emocional, y a fojas ciento cincuenta y seis a ciento cincuenta y ocho, la evaluación psicológica practicada al menor, determina que se advierte *"temor, miedo y estados nerviosos y ansiosos que manifiesta frente al alejamiento de la madre"*, por lo que resulta conveniente por ahora que la tenencia provisional del menor XXX Guerra Mostacero sea ejercida por su progenitora, hasta que la A-quo en base a evaluaciones tales como pericias psiquiátricas en ambas partes y demás medios probatorios determine mediante sentencia la tenencia legal.----------

Sétimo.- Que, los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las **relaciones familiares** de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, de acuerdo a lo prescrito en el inciso 1) del artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño.----------

Octavo.- Que, teniendo en cuenta el precepto citado en el considerando precedente, principio incorporado también el artículo IX del Título Preliminar de la Ley 27337, el Interés Superior del

Niño, supone la vigencia y satisfacción de todos sus derechos, alude a la protección simultánea de su desarrollo integral y a una calidad de vida adecuada, debiendo en ese aspecto proveerse a los niños y adolescentes de un ***ambiente familiar favorable***, que les brinde seguridad, siendo ello deber de ambos padres aunque estén separados, es decir debe prevalecer el dialogo alturado entre los progenitores anteponiendo los intereses de su hijo; por cuyas razones: **CONFIRMARON** la resolución número seis, de fecha veinte de marzo del dos mil siete, copiada a fojas ciento noventa y uno a ciento noventa y dos, que resuelve **OTORGAR** la Tenencia Provisional del menor XXX Guerra Mostacero, de seis años a favor de doña XXX Mostacero, con los demás que contiene; notificándose.-

5.-MEDIDA CAUTELAR TENENCIA PROVISIONAL PARA NIÑO DE DOS AÑOS DE EDAD .EXP.N-178-2003

DECIMO OCTAVO JUZGADO DE FAMILIA DE LIMA

Cuaderno Cautelar

Expediente Nº 183518-2003-00178-0

Resolución Nº 01

Lima, Dos de Abril

del Dos mil tres.-

Por presentado el escrito que antecede y estando a lo solicitado; **ATENDIENDO: PRIMERO:** Que, mediante escrito de fecha veintisiete de marzo último la demandante solicita la tenencia provisional de su menor hijo XXX XXX Takashi García, fundamentándola en el hecho de que el menor cuenta con dos años de edad, y por ende le corresponde asumir la tenencia y custodia debido a que requiere de una atención idónea, apropiada, oportuna y permanente, que el demandado no se encuentra en condiciones de poder atender; **SEGUNDO:** Que, de la calificación del recurso que antecede, se desprende que doña XXX García, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 610º del Código Procesal Civil; **TERCERO:** Que, toda medida cautelar es de carácter instrumental, provisoria y variable; **CUARTO:**

Que, para la procedencia de la medida cautelar es necesario los presupuestos de Fumus Bonis Juris "Apariencia del derecho invocado" y Periculum im mora "Peligro en la demora" que concurran de manera eficaz conjunta y determinante en relación directa con el petitorio de la acción, a fin de que aquella pueda sufrir efectos de manera concreta y directa; **QUINTO:** Que, conforme es de verse de la partida de nacimiento del menor que obra en el principal a fojas tres, éste cuenta con dos años de edad, dada la edad de la menor éste se encuentra en edad "lacto dependiente"; **SEXTO:** Que, conforme es de verse, en la Audiencia de Conciliación de fecha once de abril de año dos mil dos, llevada a cabo en la Fiscalía Provincial de Familia Santa Anita por Violencia Familiar el cónyuge XXX acuerda que el menor habido de la relación conyugal queda a cargo de la madre; **SEPTIMO:** Que, no obstante ello el demandado ha cometido una serie de infracciones en su contra y su menor hijo y con fecha trece de mayo del dos mil dos se lleva al menor con engaños por haberle exigido que cumpla con el pago de su obligación alimenticia; **OCTAVO:** Que, conforme lo señala el artículo 87º del Código del Niño y del Adolescente se puede solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuera menor de tres años y estuviera en peligro su integridad física, y en los demás casos el Juez resolverá teniendo en cuenta el Informe del Equipo Multidisciplinario previo dictamen fiscal, procediendo solo a solicitud del padre o de la madre que no tenga al hijo bajo custodia, configurándose tales hechos con las instrumentales de fojas nueve a catorce; **NOVENO:** Que, en este orden de ideas se tiene que este despacho debe resolver garantizando el Interés Superior del Niño y Adolescente reconocido en los artículos 1º y 4º de la Constitución Política del Estado principio recogido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del Código de los Niños y Adolescentes; **SE RESUELVE: OTORGAR LA TENENCIA PROVISIONAL** del menor **XXX XXX TAKASHI GARCÍA**, de dos años de edad a favor de su madre doña XXX GARCÍA y ORDENO que XXX TAKASHI NAKATSUKA, cumpla con entregar al menor al poder de su madre dentro del término de veinticuatro horas de notificado; bajo apercibimiento de ley; y fórmese el cuaderno de tenencia.-

Dra. M. Margarita Rentería D

Juez de familia

6.-MEDIDA CAUTELAR –AUTORIZACIÓN DE VIAJE EN PROCESO DE SUSPENSIÓN DE PATRIA POTESTAD.EXP.N-289-2007. PROCEDE LAS MEDIDAS CAUTELARES RESPECTO DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DE SUSPENSIÓN DE PATRIA POTESTAD.

DECIMO OCTAVO JUZGADO DE FAMILIA DE LIMA

Expediente Nº 183518-2007-00289

Resolución Nº 01-CUAD. CAUT.

Lima, catorce de diciembre del dos mil siete.-

AUTOS Y VISTOS Y ATENDIENDO: PRIMERO: Que, la accionante, madre del menor XXX Salinas Raspa, de quince años de edad, solicita se le otorgue la autorización de viaje a fin de poder pasar unos días con su hijo en los Estados Unidos en el proceso seguido sobre suspensión de patria potestad; **SEGUNDO:** Que, los requisitos para concede una medida cautelar son: **"EL PERICULUM IN MORA", "EL FOMUS BONI JURIS"**; y, **"LA CONTRACAUTELA"**, siendo que en el presente caso, se encuentra acreditado el derecho de la demandada en el sentido de ser ella quien se encuentra a cargo de su hijo, tal y como lo ha precisado el adolescente, quien además se encuentra en período de vacaciones escolares, que la medida cautelar en este caso es una medida anticipada sobre el fondo en tanto al declararse la suspensión de la patria potestad respecto al padre es la madre quien asumirá en forma exclusiva la patria potestad.; **TERCERO:** Que, en el expediente principal corre la declaración del hijo de las partes indicando que es su madre quién cuida de él, y quien cubre sus necesidades, que siendo así estando a lo previsto por el artículo III de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño que establece la prevalencia del interés superior del niño, así como a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su sentencia emitida en el proceso Nº 0052-2004-AA/TC, y lo dispuesto por los artículos IX y X del Título Preliminar del Código del Niño y del Adolescente, y artículos 9º, º12º y 74º del citado Código sustantivo en tanto no debe negársele la posibilidad de conocer otro país, viajar con su madre y compartir con su familia; **SE RESUELVE:** Conceder medida cautelar de autorización de viaje a la accionante XXX Raspa Ramos a fin de que pueda viajar con su hijo XXX Salinas Raspa en el período del dieciséis de diciembre del dos mil siete al dieciséis de enero del dos mil ocho, con destino a los Estados Unidos de Norteamérica. Notifíquese.-

Dra. M. Margarita Rentería

Juez de Familia

ALIMENTOS:

1.-MEDIDA CAUTELAR – CADUCIDAD DE MC ALIMENTOS: NO CADUCA LA MEDIDA CAUTELAR A FAVOR DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN TANTO LA INACTIVIDAD DE LA REPRESENTANTE NO PUEDE PERJUDICARLOS.–EXP.N-19-2002

Expediente Nº 183518-2002-00019-0

RESOLUCIÓN NÚMERO: OCHO

Lima, Veintidós de Setiembre

Del año dos mil dos.-

Puesto a despacho; a fin de resolver el pedido de **caducidad de la medida de retención de la compensación por tiempo de servicios del demandado,** ordenada mediante resolución de fecha tres de abril de mil novecientos noventa y dos y cuatro de diciembre del mismo año; Atendiendo: **Primero:** Que, el actor señala que su pedido tiene como fundamento que la medida se dictó en 1992; y que a la fecha al amparo de los artículos segundo de la Ley Nº 26639, que establece: "Los Embargos definitivos y otras medidas de ejecución trabadas bajo las normas del Código de Procedimientos Civiles caducarán en el plazo de cinco años"; **Segundo:** Que, conforme se aprecia de autos, por Resolución Nº uno su fecha tres de abril de mil novecientos noventa y dos, obrante a fojas tres y resolución de fecha diez de diciembre de mil novecientos noventa y dos, , obrante a fojas seis, se dispuso la retención del cincuenta por ciento de los beneficios sociales e incentivos que pudiera corresponder al demandado; **Tercero:** Que, la referida medida tiene como fundamento garantizar el pago de las pensiones devengadas a favor de la menor XXX XXX Carrillo Ortíz, el mismo que no se acredita del mérito de los actuados, de conformidad con la sentencia, de fecha veinte de mayo de mil novecientos noventa y tres, estando acreditada además, la condición de menor de edad de la referida, como fluye de la partida de nacimiento de fojas uno; **Cuarto:** Que, sí bien la actora ha sido notificada en su domicilio legal fijado en mil novecientos noventa y tres y ejerce la representación de su hija, **su inactividad procesal no puede perjudicar los derechos de su hija en tanto es menor de edad; Quinto:** Que, la aplicación de las normas se rige por el principio de jerarquía de las normas establecidas en el Perú en la Constitución en su artículo 51º y demás disposiciones; **Sexto:** Que, el actor ampara su pedido en el artículo 2º de la Ley 26639, sin considerar lo establecido por la Constitución en su artículo 4º y lo previsto por la **Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (a) ratificada por el Perú, y los artículos pertinentes del Código del Niño y Adolescente, la primera en su**

artículo 3º que señala: ”1.- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño; 2.- Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas …..”; que esta norma obliga a toda autoridad, entre ellas las judiciales a garantizar el Interés superior del niño, norma de aplicación en atención a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final de la Carta Magna; y la segunda en sus artículos IX y X del Título Preliminar, debiendo considerarse los procesos como problemas humanos; por cuyos fundamentos; **Se Resuelve:** Declarar INFUNDADO, el pedido formulado, interviniendo el especialista que da cuenta.-

Dra. M. Margarita Rentería D

Juez de Familia

8.-Medida cautelar - Embargo de bienes beneficios sociales ExpN-356-2003.

18JFL

Cuaderno Cautelar

Expediente Nº 183518-2003-00356-68

Resolución número: uno

Lima, Tres de setiembre del

año dos mil ocho.-

Con el documento que se acompaña; al principal, primer y segundo otrosí digo: **ATENDIENDO: <u>Primero:</u>** Que, la actora solicita trabar embargo en forma de retención

sobre **el cincuenta por ciento de los beneficios sociales que le pudiera corresponder al demandado en caso de retiro o cese de su Centro Laboral**, la Empresa 3F Constructora E.I.R.L.; **Segundo:** Que, mediante sentencia de Vista emitida por la Sala de Familia de Lima mediante resolución de fecha veintitrés de agosto del año dos mil seis, se fijó la suma de trescientos nuevos soles por concepto de pensión alimenticia para el sostenimiento de menor XXX López Vargas; **Tercero:** Que, conforme al artículo 615º del Código Adjetivo, es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada; **Cuarto:** Que, siendo ello así, no habiendo cumplido el demandado con el pago de la pensión alimenticia, pese a encontrarse notificado y habiéndose realizado el informe pericial, conforme se advierte a fojas trescientos noventa y siete, se concluyó que las pensiones alimenticias devengadas ascienden a la suma de cinco mil seiscientos cincuenta y cuatro y 40/100 nuevos soles y siendo el derecho a los alimentos un derecho fundamental en consonancia con el interés superior del niño consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, se dispone trabar EMBARGO EN FORMA DE RETENCIÓN sobre el CINCUENTA POR CIENTO de los beneficios sociales que le pudiera corresponder al demandado XXX López Cervantes en la Empresa 3F Constructora E.I.R.L., en caso de retiro o cese, para cuyo efecto se deberá cursar oficio a dicha empresa para que cumpla con lo dispuesto en la presente resolución, bajo apercibimiento de remitirse copias certificadas al Ministerio Público en caso de incumplimiento.-

Dra. M. Margarita Renteria D

Juez de Familia

Ponencia 14 – Comisión 2

Título: Las uniones convivenciales y la vocación hereditaria.

Autor/es: Silvia Elizabeth Heredia - Maria Elizabeth Cuello - Andrea Beatriz Ramirez

LAS UNIONES CONVIVENCIALES Y LA VOCACIÓN HEREDITARIA

INTRODUCCION:

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado el 8 de octubre de 2014, se procede a la reestructura de un sinnúmero de instituciones jurídicas, la modificación parcial de algunas, y la derogación de otras, que requieren ser pensadas, y comprendidas como solución de los distintos problemas que las antiguas figuras legales, no contemplaban. En este caso vamos a profundizar sobre la inclusión de una figura innovadora de la última reforma legislativa y que, otorga derechos a las familias que conviven bajo el término de uniones convivenciales, reconociendo implícitamente que todas las familias, merecen de cierta protección legal que las ampare; propiciando un gran adelanto en materia de Derecho de Familia.

El concubinato según el Derecho Romano pudo entenderse como la convivencia conyugal entre dos ciudadanos libres que no quieren contraer un matrimonio legítimo.

La característica principal del concubinato es su disolubilidad; ésta se basa en la posibilidad de que cualquiera de los concubinos, desista de la unión sin inconvenientes de ninguna naturaleza.

Sin embargo no deja de haber diferencias sustanciales entre el régimen jurídico del matrimonio y el que se creó ahora para las uniones convivenciales, tal como expresa Florencia Galeazzo en "Acerca de la equiparación de las familias y la compensación económica, en el Código Civil y Comercial de la Nación".

“Asimismo, más allá de la incorporación de las uniones convivenciales al CCyCN, y del importante avance que ello significa en la sociedad, no es suficiente para desvanecer las principales diferencias entre dichos regímenes. Ellas siguen siendo centrales, y la principal característica de una postura social conservadora, donde los cónyuges pueden adquirir derechos hereditarios, y establecer la forma en que se permitirán dividir sus bienes, pero no así las familias que viven en unión convivencial.”

También, se ven otros temas tales como, libertad, solidaridad y responsabilidad, relacionados a esta nueva figura legal como claramente lo muestra la Dra. Nora Lloveras en: Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y

Comercial “La unión convivencial exhibe un valor jurídico semejante al matrimonio, aunque sea una forma familiar distinta: se legitima en la realidad y en numerosas legislaciones del mundo como una opción válida para conformar una familia, previéndose sus consecuencias y admitiendo de maneras distintas la autonomía familiar -en Argentina, solo en algunas leyes coyunturales. Pero la constitucionalización del derecho privado, en general, y en especial del derecho familiar, demanda como plataforma de despegue en el derecho reglamentario reconocer formas diversas de familia, y entre ellas, la basada en una unión convivencial. El legislador del 2014 (si bien el Código Civil y Comercial -en adelante, CCyC- comienza a regir desde el 15/08/2015) decide la regulación de esas uniones, pero esto no significa que se adjudique el mismo trato y el mismo estatuto al matrimonio y a las uniones convivenciales. Explicado de otro modo: no existe obligación del legislador que imponga darles el mismo régimen (arg. art. 16 CN). Pero sí existe un límite constitucional claro y preciso: no es posible otorgar una actitud jurídica arbitrariamente diferente, fundada en criterios irrazonables que no superan el diagnóstico del test de constitucionalidad. El derecho debe tutelar la familia matrimonial o formada sobre el matrimonio, y a la par, proteger otras formas familiares que evidencian elecciones de proyectos de vida diferentes, que no se basan en el matrimonio. Todos, unos y otros, unas y otras, los que deciden contraer matrimonio y los que eligen un camino diferente para conformar una familia, deben ser destinatarios de la tutela del sistema jurídico, según el paradigma de los derechos humanos. Tanto las personas que eligen la unión convivencial como las que optan por el matrimonio forman una familia, que como tal es amparada por el CCyC (art. 509 y ss.), en función de los principios relevantes que surgen del paradigma de los derechos humanos -sin dejar de destacar las voces que contradicen el Código sancionado.”

CONSTITUCIONALIZACIÓN:

La nueva legislación tiene como nota principal haberse basado en principios de orden constitucional para amparar a su articulado con ellos, con más los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a la CN y otros instrumentos regionales de carácter obligatorios, a fin de plasmar el reconocimiento del derecho a la vida familiar, más allá de lo que hace con la institución del matrimonio, pues no es la única forma de organización familiar, defendiéndose diversa formas de constitución de familia.-

Las normas supra legales que se invocan para defender este instituto jurídico novel son el Art. 14 bis, Art. 19 conformando un principio constitucional referido a la “Protección Integral de la Familia”.

Siguiendo a Lloveras y Salomón Marcelo “El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional”, creemos que la legislación debe tener en cuenta como fundamento para regular a una de las formas familiares – uniones convivenciales- es “el respeto por el proyecto de vida autorreferencial, el derecho a la intimidad, la igualdad, la no discriminación y la solidaridad familiar.

Igualmente Pellegrini María Victoria, “Uniones Convivenciales en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil argentino, en J.A. numero esp., El derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, 2012- II delo 20-6-2012, Abeledo-Perrot, p. 4. afirma que hay un “derecho a no casarse (autonomía de la voluntad) y la debida responsabilidad por las relaciones familiares que se generan (solidaridad familiar)” y se trataría de la elección de una política legislativa basada en los derechos humanos para regular a estos tipos de configuraciones familiares donde se ofrece protección jurídica a la persona en su calidad de tal dentro de su participación como integrante de una relación de pareja.

MARCO LEGAL

Uniones Convivenciales: Art. 509

Ámbito de Aplicación: “Las Uniones convivenciales son: uniones basadas en relaciones afectivas de carácter singular, publica, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o diferente sexo”

Nuestro régimen civil, regula y reconoce en la actualidad un plexo mínimo de derechos para las parejas que tienen *un proyecto de vida en común* y que por diferentes razones, que se fundamentarían en el art 19 de la CN, no están dispuestos a celebrar matrimonio, todo esto se observa como una realidad social internacional, siendo una gran cantidad de países en el mundo los que regulan este tipo de formas de organización familiar de diferentes modos.

Caracterización

- Singularidad: relacionado con la monogamia, define las fisonomías de las uniones convivenciales. No se puede estar en más de una unión convivencial, ni unido en matrimonio.-

- Publicidad y Notoriedad: que sea conocido por la sociedad como lo que es, es decir una unión de convivientes pilar de una conformación familiar.-
- Estabilidad y Permanencia: se requiero un tiempo mínimo de convivencia de dos años para que surta efectos legales.-
- Orientación sexual de los convivientes, no determinante. Puede estar conformada por personas del mismo o diferente sexo.-

Distinciones y semejanzas con el matrimonio

Distinciones:

- Principales: **a)** vocación hereditaria en el matrimonio, **b)** régimen patrimonial del matrimonio, **c)** el matrimonio es un acto jurídico formal, **d)** genera vínculos de parentesco con efectos jurídicos, **e)** crea derecho – obligación alimentaria entre cónyuges, durante separación de hecho y post divorcio.
- Secundarias: **a)** atribución de la vivienda en vida, por un plazo de dos años y por causa del fallecimiento de uno de los convivientes, **b)** compensaciones económicas, **c)** procedencia de los alimentos durante la convivencia, **d)** reparación del daño no patrimonial (cuestión probatorio – daño moral)

Semejanzas: **a)** se deben asistencia, **b)** contribuyen a los gastos del hogar, **c)** tienen responsabilidad por deudas frente a terceros, **d)** protección de la vivienda familiar y **e)** Adopción.-

Art. 510 “Requisitos El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que:
a) Los dos integrantes sean mayores de edad.

b) No estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, no colateral hasta el segundo grado

c) No estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta

d) No tenga impedimento de ligamen, ni este registrada otra convivencia de manera simultánea.

e) Mantengan la convivencia durante un periodo no inferior a dos años

Los caracteres principales que encontramos en este tipo de uniones es: notoriedad, publicidad, estabilidad y permanencia."

Registración:

Art. 511: "La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción loca l solo a los fines probatorios. No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente. La registración de la existencia de la unión convivencial debe ser solicitada por ambos integrantes"

La registración de unión convivencial no constituye un requisito para darle nacimiento a las mismas, sino que solo es un elemento que facilita la prueba de su existencia.

El Art. 512 nos dice "La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia" De esta manera se le permite a la pareja durante su subsistencia contar con un instrumento público que dé cuenta sobre su existencia si es que así lo requieren o en su defecto que pueda ser probada cuando lo precisen por cualquier medio probatorio.

Art. 513: "Autonomía de la voluntad de los convivientes. Las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes. Este pacto debe ser hecho por escrito y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos 519, 520, 521 y 522."

Los pactos necesariamente deben ser celebrados por escrito, respetando lo legislado sobre las garantías mínimas establecidas en relación a la asistencia debida durante la convivencia, el deber de contribución a los gastos hogareños, la solidaridad y responsabilidad por deudas frente a terceros y la protección de la vivienda familiar.- Se resguarda así los derechos de los miembros de la familia y de los terceros que se vinculen a ella.-

Art. 514: "Contenido del pacto de convivencia. Los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones:

a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común;

b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura;

c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia."

Enunciativamente se fijan las regulaciones que deben contener los pactos en la convivencia y ella debe versar sobre las cuestiones que pueden dar solución a los posibles conflictos que se pudieran presentar y podrán consistir en las mencionadas en la norma supra citada. Imponiéndose como únicos límites a los pactos, que ellos no sean contrarios al orden público y al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de los miembros de la unión convivencial (Art. 515).
Quedando contemplado en los siguientes artículos lo referente a la modificación, rescisión y extinción de los pactos en el Art. 516 y los efectos y la oponibilidad ante terceros en el Art. 517.-

Efectos de las Uniones Convivenciales durante la Convivencia

Art. 518: "relaciones patrimoniales. Las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia. A falta de pacto cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades e administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en el titulo para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentran en ella"

Las relaciones patrimoniales se rigen por el principio de autonomía de voluntad expresado en las estipulaciones que al efecto realicen las partes, pero existe un piso mínimo obligatorio en las relaciones convivenciales: 1- Asistencia durante la convivencia (519) 2-
Deber de contribución (520) 3- responsabilidades por las deudas frente a terceros (521) 4- Proteccion de la vivienda familiar (522).

Cese de la convivencia:

Efectos: Art. 523 "Causas del cese de la unión convivencial. La unión convivencial cesa:
a) por la muerte de uno de los convivientes;
b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes;
c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros;
d) por el matrimonio de los convivientes;
e) por mutuo acuerdo;
f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro;
g) por el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común."
Según la norma precedente, taxativamente indica que se termina la unión convivencial en ocasiones por voluntad de las partes y otras por causas ajenas a la voluntad de ellas, por ejemplo la muerte de uno de los convivientes.-
En estos casos es donde aparece la falta de derecho de los convivientes que sin embargo pueden heredar como sucesores testamentarios.

FUNDAMENTACION:

El interés que tenemos de abordar esta temática es porque vemos una situación de inequidad, advirtiendo la falta de reconocimiento de derechos sucesorios en las uniones de hecho que, tienen un tratamiento jurídico desfavorable aun con la normatividad vigente y queremos sea reparada esa situación a través del estudio y análisis de los institutos jurídicos y, sean subsanadas las deficiencias normativas como son los vacíos legales. A partir de este estudio y análisis se tiene como fin proponer el otorgamiento de plenos reconocimientos sucesorios entre convivientes, hasta equiparar a los convivientes en este tema referido a las sucesiones, con los cónyuges.-
La nueva ley civil no otorga derechos sucesorios al conviviente supérstite. Conviviente supérstite, es el que sobrevive al otro conviviente, para el cual no existen normas que lo amparan, referidas a los problemas que le crea la muerte de su compañero de vida con quien formaron una familia, tales como la regulación de bienes gananciales, el derecho sucesorio, el del hogar común, el derecho de continuar con el uso y goce de una locación tras el fallecimiento del otro.
Ante esta situación, intentamos el planteamiento de soluciones que se deben buscar estudiando el tema desde diferentes perspectivas, porque así como se regula la constitución de dichas uniones, también se debe asignar efectos jurídicos ex post, es decir, después de la muerte de uno de los convivientes, de manera que los miembros de las uniones de hecho accedan a los derechos y obligaciones respectivos.

PROPUESTA:

•En esta ponencia nos pareció interesante incursionar en el Derecho sucesorio observando que hay una situación de inequidad para los convivientes respecto de los integrantes del matrimonio, no habiendo razón alguna para que los unidos en convivencia sin ser casados vean afectados sus derechos a heredar a quienes son su compañero de vida, con quienes fundaron una familia, que debe ser protegida por las normas civiles de nuestro país.-
Que así las cosas queremos proponer que sea sujeto de vocación hereditaria el conviviente como integrante de una Unión Convivencial, quedando equiparado a los cónyuges en su derecho de heredar como supérstite en una relación convivencial fundamento de una forma diferente de integración familiar.-

SOLUCIONES. RECOMENDACIONES. PROPUESTAS

Debe ser eliminado el perjuicio que ocasiona la falta de reconocimiento de derechos sucesorios a los convivientes y para ello debe otorgarse un tratamiento jurídico a las uniones convivenciales, incluyéndolo al conviviente junto con el cónyuge para participar del derecho de sucesiones.
Suprimiendo el desamparo legal, puede producirse un justo y equitativo espacio de libertad para

los convivientes. Sin dejar de valorar la regulación general de la convivencia, habría que introducir una pequeña regulación de las normas del Derecho Sucesorio que permitiría favorecer a las uniones convivenciales, sin perjudicar a nadie.

Debemos tener presente que quienes deciden formar una familia bajo la modalidad de una unión Convivencial, y no formalizar un matrimonio, puede deberse a varios factores, como por ejemplo falta de dinero, inseguridad, postergarlo para un futuro, a la celebración del casamiento, etc. Estos factores con el correr del tiempo se disipan y ya los convivientes se encuentran frente a la conformación de una familia y se comportan en la sociedad como tal, cumpliendo con los roles y actividades propias de un matrimonio, tienen hijos, compran inmuebles, llevan adelante un negocio, entre otros. Pasan los años y la idea de contraer matrimonio formalmente se diluye, porque los convivientes no sienten que les falte este paso jurídico.

Ahora bien, cuando los convivientes estuvieron un plazo suficiente para adquirir en conjunto bienes y/o llevar adelante una empresa, el problema surge si uno de ellos fallece y no se hizo previamente un pacto en el que se deje constancia que tales bienes pertenecen a ambos por igual o un testamento, es entonces en este caso donde los derechos del conviviente supérstite se encuentran en peligro y no protegidos por la legislación a pesar de la gran reforma legislativa que hemos tenido en nuestro país. Es acá donde encontramos un vacío legal, ya que no nos parece justo que quien cumplió con los requisitos de publicidad, continuidad, notoriedad, de la convivencia, cumpliendo con la registración de la misma y además aportó tiempo, esfuerzo y sacrificio al crecimiento de una empresa familiar, apoyó y acompañó a su conviviente para crecer económicamente, no tenga derecho a heredarlo/a como un heredero legítimo.

Como solución de este vacío legal, proponemos que los convivientes cumplan con dos requisitos para poder ser herederos legítimos uno respecto del otro, y ellos son: primero, la convivencia debe ser registrada tal como lo requiere la normativa actual – C.C. y C. Art.511(cumpliendo con los requisitos propios de la registración) y además en segundo término, deben cumplir con un plazo de 10 años de convivencia, siendo la misma pública, notoria y continua, es decir contar con todas las características que se requieren actualmente.

El caso que venimos proponiendo se contempla en Venezuela donde se reconoce a los convivientes en la Constitución de ese país art. 77 derechos a los convivientes equiparados a los cónyuges, teniendo los mismos efectos jurídicos; donde al supérstite se le otorga derecho sucesorio.-

BIBLIOGRAFIA

- Lloveras Nora y Salomón Marcelo, El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional. Universidad, Buenos Aires, 2009.-
- Pellegrini María Victoria, “Uniones Convivenciales en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil argentino, en J.A. numero esp., El derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, 2012- II delo 20-6-2012, Abeledo-Perrot, p. 4.

- Nora Lloveras e Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial-
- Ricardo Luis Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. Rubinzal – Culzoni Tomo III Año 2015.-

Ponencia 15 – Comisión 2

Título: Medidas excepcionales bajo la mirada del principio de tutela judicial efectiva y el tiempo del proceso.

Autor/es: María Marta Nieto

Datos del autor:

Abogada. Jueza Juzgado de Familia n. 1 de Comodoro Rivadavia. Miembro de la Escuela de Capacitación Judicial del Superior Tribunal de Justicia. Profesora integrante de las Cátedras de Derecho Civil V —Familia y Sucesiones— y Derecho Procesal Civil y Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Patagonia S.J.B

Contacto:

Datos personales que autorizo a publicar:

- Nombre y Apellido: María Marta NIETO
- Dirección: Calle Carlos Pellegrini N° 663, Comodoro Rivadavia, Chubut, Argentina
- Teléfono: 54-02974470164
- e-mail: marianieto@juschubut.gov.ar

"MEDIDAS EXCEPCIONALES BAJO LA MIRADA DEL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL TIEMPO DEL PROCESO".

"*Tienes que hacer que suceda*" (Denis Diderot)

I.- INTRODUCCION

Compartiendo una afirmación de la Dra. Patricia Bermejo, podemos comenzar sosteniendo que "es una aspiración de todo jurista lograr soluciones para la comunidad, ya sea a través del derecho o de la jurisprudencia se ambiciona resolver de manera rápida y adecuada los conflictos llevados a la jurisdicción". Esta afirmación no es extraña al ámbito de las medidas excepcionales que puedan adoptarse, sea por los órganos administrativos de protección de derechos creados a tal fin o por la

justicia de familia. Por ello, en el presente trabajo, procuraré introducirnos en el análisis del principio de tutela judicial efectiva, su impacto en el proceso de resolución de las medidas excepcionales, poniendo especial énfasis en el principio de oficiosidad y el tiempo del proceso.-

En tal sentido podemos partir de la premisa que los principios generales del proceso contenidos en el nuevo texto del CCyC constituyen un criterio normativo para los jueces, de los cuales no sólo no pueden apartarse ninguno de los operadores del derecho de familia, sino que deben constituirse en firmes directivas por mandato de la ley (art. 706 y ccdtes. del CCyC) y responden a un mandato convencional, a través de los arts. 7, 8, 9 y 25 de la Convención Americana.

A fin de cumplir con ese propósito, como veremos seguidamente, desde el moderno derecho procesal se han efectuado diversos aportes, siendo creativos al momento de imprimir eficacia al principio de tutela judicial efectiva. En efecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina, hemos repetido en innumerable cantidad de veces que en estos tiempos, el rol primordial de los operadores judiciales frente a la comunidad, es dar oportuna seguridad jurídica, brindando protección en los casos de indefensión, garantizando el acceso a la jurisdicción y el respeto por las libertades fundamentales a todos los habitantes, proceso al que hemos llamado "constitucionalización del derecho de familia".

De conformidad con estas pautas, se reconoce a toda persona –sin distinción alguna- el derecho a ser oída, con las debidas garantías y *dentro de un plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Específicamente en el proceso de familia, esta necesidad de actuar en pos del acceso a la justicia, se ha visto particularmente destacada ya en el XXV Congreso de derecho Procesal Argentino celebrado en Santa Fe en el año 2009 cuando se afirmo que "Los procesos de familia por su naturaleza exigen principios diferenciados y propios. El conflicto de familia implica la intervención judicial en el ámbito más privado de cualquier individuo, por lo que la bilateralidad del contradictorio tradicional toma características particulares. No debieran haber vencedores ni vencidos sino la constitución de un nuevo orden de familia por medio de una justicia no dirimente sino de acompañamiento" (LL 16-2-2010). Conclusiones a las que nuevamente se arriba en el XXVIII Congreso Argentino de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Jujuy en septiembre del año 2015, ya vigente el texto del nuevo CCyC.

En virtud de este principio es que Morello habla de la justicia de "colaboración" y no duda en afirmar que debemos pasar de un juez "clásico" para dar lugar a un juez de "acompañamiento", un juez empujado a salir de su rol pasivo de árbitro para adoptar la función de juez entrenador, protector, preventor, que *asiste al juego de partes e interviene cuando advierte que este juego*

corre el riesgo de llevar a decisiones injustas por estar fundadas sobre una comprobación inadecuada"([232]).

Afirmaciones que también comparte el Dr. Edgard Baracat quien respecto a la tutela anticipada ha afirmado en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Jujuy 2015 que "no sólo tiende a evitar un daño, sino también a evitar el recrudecimiento de un daño ya provocado. Previene un daño que va a producirse y el agravamiento del producido", cuestiones también aplicables a los procesos de resolución de medidas excepcionales, concretando la filosofía de nuestro Código Civil y Comercial de prevención de daños

Y en este sentido, como sostiene la Dra. Mabel Alicia de los Santos "*el C.C.yC. ha puesto un punto final a la discusión entre los partidarios del "activismo procesal" y los autodenominados "garantistas" quienes entienden que el autismo del juez lesiona garantías procesales de las partes" ([233])*, postura esta última que sólo da lugar al exceso de rigor formal, permitiéndose el operador judicial descansar en una zona de confort como pueden resultar los viejos códigos procesales de la nación y las provincias, privilegiando las formas sobre el fondo.

Así, analizaremos cómo deberían tramitar ante la jurisdicción, los procesos donde se controla la legalidad de las medidas excepcionales adoptadas por los órganos administrativos de protección de derechos o las tramitadas desde su inicio ante los tribunales de familia, conforme la legislación local y nacional, a la luz del principio de tutela judicial efectiva, comprensivo de la oficiosidad, bajo la luz de los instrumentos internacionales a los que hemos adherido, las específicas mandas contenidas en el nuevo Código Civil y Comercial, haciendo especialmente hincapié en la duración razonable del proceso.

II.- ACTIVISMO JUDICIAL Y ADMINISTRATIVO, ESPECIALIDAD Y OFICIOCIDAD

Sabido es que el derecho a un pronunciamiento judicial rápido, en tiempo razonable, es un derecho humano básico y se entronca con la efectiva tutela judicial de los derechos como garantía explícita (arts. 18 y 33 de la CN y pactos incorporados según art. 75 inc. 22 CN) al punto que el derecho al debido proceso, incluso el de "igualdad de armas" debe enmarcarse en la celeridad y economía procesal.

---

[232] Taruffo Michele, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa" trad. Eduardo Oteiza en Revista de Derecho Procesal 2006-2-431 Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe).

[233] "Las formas y la efectividad de la justicia de familia" Ponencia en XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Jujuy 2015

La jurisprudencia señala que la tutela judicial efectiva surge también a través de los arts. 18 DADDH y 81 CADH entre otros, *"que descarta, por incompatible, toda dilación perjudicial o indebida del proceso y cuya virtualidad jurídica no se agota en el acceso al control judicial sobre la Administración y en el derecho al debido proceso en igualdad de armas procesales, sino que trasciende a la etapa misma de la ejecución de sentencia en los propios términos del derecho sustancial en ella reconocido*" ([234]). El Código Civil y Comercial recepta y profundiza esta regla de adecuación constitucional/convencional y, en consecuencia, se constituye como un cuerpo jurídico diseñado y testado bajo la lupa de los derechos humanos.

Con claridad lo expresan los Fundamentos del entonces Anteproyecto al decir: "Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo".

La consecuencia central que se deriva de la vigencia de este paradigma humanitario es el examen permanente de las leyes internas a la luz de las normas convencionales/constitucionales involucradas. Así, el llamado control de constitucionalidad y convencionalidad de las normas reglamentarias verifica su correspondencia o compatibilidad tanto con los tratados internacionales de derechos humanos como con las decisiones emanadas de los órganos regionales autorizados para su interpretación.

Con esta lente humanitaria que asegura la legitimidad de la visión aplicada a la hora del armado o construcción del nuevo texto civil y comercial, se diseña —entre tantos temas— la declaración de adoptabilidad a partir del art. 607 del CCyC, recogiendo así la profusa jurisprudencia nacional. Ahora bien, el triunfo de la visión publicista, activista del derecho procesal, caracterizada por la confianza del operador jurídico en sus magistrados ([235]), encuentra su fundamento a través del reconocimiento por parte de la ley, la jurisprudencia y doctrina, de una serie de facultades y deberes que habilita al juez a fin de mejorar su cometido de "dar a cada uno lo suyo", siendo esto lo que demanda el servicio de justicia, amparado en los preceptos constitucionales y supra constitucionales ya mencionados, donde las formas deben ser medios y nunca un fin en sí mismas –CSJN *"caso Colalillo"*-.

---

[234] Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, sala Laboral 09/11/2004 "Lázzari, Julián E.v. Consejo Nacional de Educación Técnica dependiente del Ministerio de Cultura y Educación de la Provincia" Lexis 70020655.

[235] Peyrano Jorge "Sobre el activismo judicial" en "Activismo y galantismo judicial" Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba", Córdoba, 2009 p. 11 y ss.

Y en que se traduce este principio de impulso? en la actividad oficiosa del juez, ahora expresamente contemplada en el texto del CCyC. En efecto, a poco que se avanza sobre su articulado, puede observarse dentro de su normativa el reemplazo de la palabra "puede" por "debe", así al regular en materia cautelar, o sobre la participación y escucha de niños, niñas y adolescentes, como de las personas sujetas a un proceso de determinación de su capacidad jurídica.

En el plexo normativo del CCyC, este activismo judicial se ha reforzado de modo genérico en el art. 706 y específicamente en el art. 709 del C.C.y C. que establece el principio de oficiosidad, pero también surge por ejemplo del art. 607, cuando dispone que el juez *debe* resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días, o en el caso del art. 612 en cuanto dispone que el juez debe discernir la guarda con fines de adopción inmediatamente a declarar la situación de adoptabilidad y más específicamente el art. 616 en cuanto obliga al juez a iniciar, ya sea a pedido de parte o de oficio el proceso de adopción, una vez cumplidos los tiempos de la guarda con fines de adopción.

Ahora bien, cuando hablamos de efectividad de la justicia de familia nos referimos a la exigencia de que la tutela jurisdiccional haga operativo el derecho de fondo y permita el dictado de sentencias que resuelvan con justicia el conflicto, en el menor tiempo posible, y que esas resoluciones se cumplan oportunamente.

Teniendo en cuenta que este principio comprende a los restantes principios, en tanto se trata de un derecho "fundamental", es decir un derecho que tiene su base en el derecho constitucional y en los derechos humanos ([236]) podemos señalar que principios como la inmediación, oralidad, buena fe, etc. no resultan ajenos al proceso de control de legalidad de las medidas excepcionales adoptadas por el órgano administrativo de protección de derechos, ni al proceso de declaración de adoptabilidad.

Con mucho más énfasis, afirmamos que tampoco resultan ajenos el principio de economía procesal, comprensivo de la celeridad, abreviación de plazos, siendo el juez, quien como director del proceso tiene el deber ineludible de propender a que el proceso sea diligenciado con la mayor celeridad evitando un costo económico innecesario en tiempo y dinero, procurando que la administración de justicia sea realizada en forma eficiente y sin desgastes jurisdiccionales estériles, cuestiones tan analizadas por la CIDH en los casos *"Furlan*" y *"Forneron*".

En efecto, si bien se trató de un proceso de daños y no de una medida excepcional, resulta sumamente clarificador a los fines de comprender la importancia del principio oficioso y el activismo judicial, lo resuelto el 31 de agosto de 2012 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, oportunidad en que declaró al Estado Argentino internacionalmente responsable por

[236] Ver Kemelmajer de Carlucci, A. Principios procesales y tribunales de familia" JA 1993-IV-676

haber excedido el plazo razonable en el proceso civil por daños, vulnerar el derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada y por el incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal, en perjuicio de Sebastián Claus FURLAN.

En la sentencia dictada en el caso Furlan la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue enfática al considerar que el Estado, en ejercicio de su función jurisdiccional, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe quedar exclusivamente supeditada a la iniciativa procesal de la parte actora, observación que implica una clara desentronización del principio dispositivo infraconstitucional que rige el proceso en Argentina, al menos en la mayoría de las legislaciones procesales provinciales, y hasta la entrada en vigencia del nuevo CCyC, momento en el cual todas ellas debieran ser readecuados conforme los principios allí sentados.

En dicho antecedente, el órgano jurisdiccional regional atribuyó responsabilidad al Estado Argentino sobre la base de considerar que, no obstante tratarse de una pretensión orientada a obtener una indemnización derivada de la discapacidad física sobreviniente de una persona menor de edad, el juez no había hecho uso de las que identifica como facultades ordenatorias e instructorias para resolver este asunto objeto de su conocimiento. El pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este considerando parece operar una suerte de caracterización de las potestades jurisdiccionales como obligaciones que reconocen como sujeto pasivo al juez nacional. Además, adujo que en el caso era imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó que cuando el transcurso del tiempo repercuta de manera relevante en la situación jurídica de un individuo en situación de vulnerabilidad, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.

Advierto aquí que, en este contexto fáctico, la Corte identifica al plazo razonable con un lapso que califica como breve y prescinde para esta calificación de las precisiones que al respecto contuvieran las normas procesales infraconvencionales aplicables a los procesos de conocimiento. Finalmente, el organismo jurisdiccional regional puntualizó que de la brevedad del proceso dependía el objetivo primordial del proceso judicial, cual era en dicho caso, el de obtener una indemnización orientada a satisfacer las erogaciones indispensables para su rehabilitación y que la prolongación del proceso en este caso incidió de manera relevante y cierta en la situación jurídica de la víctima con carácter irreversible por cuanto al retrasarse la indemnización que necesitaba, tampoco pudo recibir los tratamientos que hubieran podido brindarle una mejor calidad de vida.

En atención a su naturaleza cautelar y protectoria de los niños, niñas y adolescentes, cuanto más aplicables resultan estas premisas sentadas por la Corte a los controles de legalidad de las medidas excepcionales o al proceso de declaración de adoptabilidad previstos en el nuevo texto del CCyC, donde el sujeto del proceso siempre se encuentra en situación de vulnerabilidad y afectado en cuanto a su derecho a la convivencia familiar.

En dicho precedente, una vez analizados los cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo, la Corte Interamericana concluyó que las autoridades judiciales a cargo del proceso civil por daños y perjuicios y del cobro de la indemnización no actuaron con la debida diligencia y el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Sebastián FURLAN, razón por la cual excedieron el plazo razonable, violación que vulneró el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Sebastián Furlan. ([237])

Así parece incuestionable que el proceso de conocimiento no configuró en el caso una garantía idónea para el cumplimiento de la exigencia convencional contenida en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por cuando no tuteló efectivamente los derechos de Sebastián Claus FURLAN.

Ahora bien, cómo podemos relacionar dicho antecedente, dictado en el marco de un proceso de conocimiento de daños y perjuicios con la declaración de estado de adoptabilidad del niño o el control de legalidad de las medidas excepcionales? Deberíamos principiar definiendo la declaración de adoptabilidad como la "*decisión judicial previa a la entrega en guarda preadoptiva dirimida tras la audiencia con los progenitores en la que el tribunal dispondrá o no la suspensión del ejercicio de la autoridad parental de éstos ([238]).*

Al respecto sostiene la doctrina que *en la declaración judicial de adoptabilidad la finalidad probatoria está dirigida a evidenciar que el menor se encuentra en condiciones de ser adoptado y que dicha institución es la más adecuada y conveniente, conforme la situación del menor ([239]).-*

Esta figura de origen jurisprudencial y doctrinal, aparece en la mayoría de los casos judiciales donde se han ventilado las medidas excepcionales, como integraciones provisorias de niños niñas y adolescentes en grupos familiares alternativos, o medidas de protección de persona. Trámites excepcionales, donde existe una intensa actividad prejudicial proveniente de organismos administrativos, orientada a restablecer los derechos vulnerados y procurar, a través de los programas de fortalecimiento familiar, que los NNyA permanezcan conviviendo en el seno de su familia de origen (art. 595 y 607 del CCyC).

---

[237] Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246

[238] Wagmaister, Adriana citada por Catalina Elsa Arias de Ronchietto, en La Adopción, Ed. Abeledo Perrot, pág.104

[239] conf. D'antonio, Daniel Hugo, Régimen legal de la Adopción, Ed. Rubinzal Culzoni

Ahora bien, con la sanción del CCyC, estas actuaciones prejudiciales, administrativas, también se encuentran alcanzadas por el principio de celeridad procesal, primando el factor tiempo al momento de dictaminar, estableciéndose un plazo máximo de ciento ochenta días, vencido el cual, el órgano administrativo de protección de derechos *debe dictaminar* y comunicar al juez de familia competente el resultado de las acciones positivas oportunamente adoptadas.

Estas normas tienen su origen, en idéntico sentido, en la Ley 26.061 *(art. 33),* de protección integral de niños, niñas y adolescentes, en cuanto expresamente dispone que como toda medida de esta índole y de naturaleza excepcional, *su duración es limitada en el tiempo y tendiente a salvaguardar en forma inmediata los derechos vulnerados de los menores de edad involucrados en la conflictiva familiar, hasta tanto puedan arbitrarse las medidas necesarias para despejar el interrogante, acerca de la viabilidad o no respecto a la idoneidad, sea de los progenitores o de la familia extensa, para asegurar el retorno de los niños a su grupo familiar.* Dicho de otro modo, las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias *(art. 34).-*

Cuando esto resulte imposible, opera la excepción legal permitiendo que los niños sean puestos a resguardo, temporal o definitivamente, fuera de su medio familiar, de acuerdo a las circunstancias de la causa, priorizando para ello la búsqueda de personas que resulten vinculados a los mismos, sea por parentesco o por alguna situación de afinidad, y si tampoco esto resultara posible, su integración en grupos familiares alternativos, preservando siempre y en la medida de lo aconsejable, los vínculos familiares y contacto con los hermanos y familia extensa, no constituyendo en ningún caso la falta de recursos económicos, del padre, la madre, tutor o guardador, el fundamento de una medida excepcional, debiendo la familia ser obligatoriamente incluida en programas de asistencia y orientación.

Por su parte, el *art. 9* de la CDN establece la obligación de los estados partes de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de la revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus progenitores.

A su vez el *art. 20* de la CDN se refiere al derecho de los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en este medio, a gozar de la protección y asistencia especiales del Estado, el que garantizará otro tipo de cuidado para los mismos, entre los cuales figurarán entre otros, la integración en hogares de guarda…la adopción o de ser necesario la incorporación en instituciones adecuadas de protección de menores.

En un reciente artículo publicado, y en opinión que comparto, la Dra. Silvia Eugenia Fernández afirma *"En este último aspecto, la propia interpretación convencional que incluye en la conceptualización del derecho a la vida familiar el estándar de prevalencia o "prioridad de la familia de origen" exige que el Estado despliegue injerencias positivas lícitas en la vida familiar, es decir, acciones concretas y eficaces dirigidas a garantizar la permanencia del niño en el ámbito de su familia; estas acciones son prioritariamente de índole administrativas pero también jurisdiccionales. Es ésta la perspectiva de la doctrina de protección integral, que habilita la intervención estatal a partir de la noción de "vulneración de derechos" del niño, disponiendo la intervención de los organismos administrativos pertinentes, cuya misión es el restablecimiento de derechos"* ([240]).

Ahora bien, en el marco de las medidas excepcionales donde los NNyA han sido privados temporalmente de su derecho a la convivencia familiar en su grupo de origen, conforme el principio de tutela judicial efectiva, y lo sostenido en cuanto a prevenir el daño que se ocasiona en este tipo de medidas urgentes, ¿cuál es el plazo razonable o el tiempo que debiera durar el proceso de resolución sobre la procedencia de las medidas dictadas y, sobre todo, sobre la eficacia de las acciones implementadas en pos de reestablecer los derechos vulnerados?.

Para responder debemos tener especialmente en cuenta el respeto a la garantía constitucional de debido proceso, por medio de la cual, debe definirse la situación de niños, evitando que los procesos donde se encuentran involucrados sus intereses, se prolonguen indebidamente en el tiempo.

Es que corresponde resolver sobre la situación legal de los NNyA a efectos de hacer operativos los derechos contenidos en los Pactos Internacionales, Convención de los Derechos del Niño (Derecho a la convivencia Familiar y Comunitaria, para que se desarrolle en plenitud); en un tiempo razonable, conforme los parámetros brindados por la Corte Interamericana en el caso Furlán, en el menor tiempo posible, optimizando los recursos judiciales y extrajudiciales a fin de que la decisión judicial sobre lo que pueda acontecer en el futuro al NNyA respecto del cual se dirige la tutela legal, de acuerdo a su superior interés (*arts. 2º y 5º, Convención sobre los Derechos del Niño, y art. 75, inc. 22, Const. Nac.)* se constituya en el mejor resultado que la actividad del Estado pueda brindar al caso concreto.

En efecto, como desmembramiento de la garantía al debido proceso contenida en el artículo 18 de la CN, es preciso resaltar que todo individuo no debe estar sujeto a un proceso judicial en forma prolongada. El principio de un juzgamiento en un plazo razonable debe tener mayor observancia en el caso de que quienes vean inciertos sus derechos y su situación, sean menores de edad. Así se ha afirmado con total acierto que *"La jerarquía de los derechos vulnerados (…) y la consideración*

[240] La prevención del daño. Principio de prevención y derechos personalísimos. Una mirada desde la protección del derecho a la vida familiar en el Código Civil y Comercial de la Nación. Cita: AR/DOC/949/2016

primordial del interés del menor deben guiar la solución del caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible -entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales-, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces ([241]).

Tanto en doctrina como jurisprudencia, hemos repetido innumerable cantidad de veces que la formula "el interés superior del niño" no puede sustentarse vacía de contenido, sino que debe fundarse en miras a reconocer a los niños como sujeto de derecho. Por más que en una resolución judicial y/o administrativa se invoquen el interés superior del niño, siempre que se arribe a una sentencia que ponga fin a una cuestión en que se debate la situación de NNyA desamparados en un plazo exageradamente prolongado, en realidad no se cumple con la tutela de ese interés supremo, por el contrario, sólo causan el efecto de sobredimensionar su padecimiento, puesto que permanecen inmersos en una situación de incertidumbre en cuanto a su pertenencia e identidad familiar. Cuantiosos son los casos en que lo prolongado del proceso vulnera la necesidad de seguridad y arraigo ([242]).

Y es en los procesos de control de legalidad de las medidas excepcionales o de declaración de adoptabilidad, donde adquiere mayor relevancia el cumplimiento de estos plazos ahora expresamente previstos en el texto del CCyC, por cuanto al dilatarse la resolución de la situación de los NNyA innecesariamente más allá de lo que se considera un plazo razonable, evadiendo el activismo judicial, donde surge manifiesta la responsabilidad del Estado sea a través del accionar de los juzgados o de los órganos administrativos, por no haber previsto el daño que su demora ocasiona al derecho de los NNyA.

Y es entonces cuando adquiere relevancia los ordenamientos procesales provinciales, quienes debieran responder a esta demanda de celeridad y tutela judicial efectiva. Sin embargo, la realidad nos muestra que la mayoría de los textos procesales provinciales y nacionales, sólo han recepcionado normas que responden al principio dispositivo, de impulso de parte, en franca contradicción con el nuevo texto del CCyC. Son pocas las provincias que han actualizado los procesos de familia y solo una –Córdoba- quien los ha actualizado luego de la entrada en vigencia del CCyC-.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo suyas las expresiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en el caso "Almonacid Arellano vs. Chile", expresó que: "…Es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un

[241] Dra. Kogan Ac. 56.535 sent. del 26/10/1996 Ac. 71.303 Sent. del 12/04/2000 Ac. 78.726 Sent. del 19/02/2002
[242] Mariel Schneider "El tiempo como factor de respeto al Interés Superior del niño". Revista de Derecho de Familia N° 2011-V página 109.

Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos…".

El principio según el cual los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales se aplica no sólo con relación a las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos, sino también con relación a las normas procesales, las que deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía por ella prevista sea eficaz.

Pero cómo establecer un término, o sobre qué bases, lo mas objetivas posibles orientar al juzgador o bien generar un parámetro previsible para así tornar exigible, por elementales razones de justicia, una decisión que ponga fin al estado de incertidumbre generado por la medida excepcional, evitando así que el proceso genere un perjuicio irreparable para NNyA amparado por la garantía contemplada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, más allá del evidente y lógico derivado del tramite mismo.

Entiendo que los plazos dispuestos por el CCyC, en materia de control de legalidad de medidas excepcionales y proceso de declaración de adoptabilidad, garantizan el derecho a una resolución inmediata, adoptada en un tiempo razonable, y en concordancia con el bien jurídico que se pretende tutelar, minimizando el impacto que la injerencia del Estado provoca en la vida y relaciones familiares. De su cumplimiento por parte de los órganos estatales y judiciales, depende la real satisfacción del interés superior de NNyA-.

III.- CONCLUSION

Es deber del juzgador de familia pronunciarse en cada caso ajustando el resultado de su sentencia en la protección de aquél que ha sido privado de un derecho fundamental, como el derecho a la convivencia familiar. Entender lo contrario implica desvirtuar la misión específica de los Juzgados de Familia si éstos se limitaran a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desatendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente a valorar ([243]).

Así, compartimos el postulado que afirma que el juez de familia es un verdadero director del proceso con amplios poderes de impulso y de prueba. Por ello el Código le impone el deber de impulsar el procedimiento, y le reconoce una actividad investigativa autónoma. Por la propia naturaleza del problema que se ventila en las medidas excepcionales, es menester que el juez

[243] Conforme CSJN 15/02/2000 Cámara de Apelaciones de Esquel- Chubut SD 33/2012

pueda ordenar el procedimiento, adecuándolo, instando el trámite, pues de ello no solo derivara un conocimiento más certero del conflicto, sino el respeto por la duración razonable del proceso.

Por lo demás, ese pareciera ser el horizonte hacia el que se dirige la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en autos "PARDO, Héctor Paulino y otro c/ DI CÉSARE, Luis Alberto y Otro s/ art. 250 del C.P.P.", dictada en el año 2011, enseñó que "…Una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor eficacia de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía…" En ese pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también recordó la necesidad de que los jueces asuman su responsabilidad de fallar los casos conforme a las particulares circunstancias de cada uno de ellos.

Cómo sostuviera, los principios generales de los procesos de familia, tal como se encuentran incorporados al texto del C.C.yC. constituyen en la actualidad un texto normativo al cual se encuentran sujetos los jueces, de allí la obligatoriedad de adecuar sus intervenciones a la efectiva prestación del servicio de justicia, utilizando las formas sólo en cuanto organizan el proceso.

BREVE SÍNTESIS DE SU PROPUESTA:

Bajo la mirada atenta del principio de tutela judicial eficiente, deben readecuarse, actualizarse las normas que regulan los procesos administrativos ventilados ante los organismos de protección de derechos y los procesos judiciales de familia. Así, deben eliminarse los formalismos que obstaculizan la búsqueda de la verdad, premiando al hábil litigante y no la verdad objetiva que el conflicto de familia debe resolver, sea en instancia administrativa o judicial.

Para ello, debe priorizarse el activismo judicial u funcional, la inmediación y la oralidad en todos los procesos donde se ventilen cuestiones reguladas por el derecho de familia, optimizando los tiempos del proceso y las medidas –acciones positivas- tendientes al cumplimiento de las resoluciones administrativas y judiciales.

Ponencia 16 – Comisión 2

Título: Negativa a someterse a las pruebas de ADN en los procesos de reclamación de filiación.

Autor/es: Vaninna Paola Cordi

Contacto:

DIRECCION: TIERRA DEL FUEGO N° 231 CUTRALCÓ – PROVINCIA DE NEUQUÉN – REPUBLICA ARGENTINA

E-MAIL vaninna.cordi.abog@gmail.com

Te. 54-299-5273746 | 54-299-4965756

NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ADN EN LOS PROCESOS DE RECLAMACION DE FILIACION.

INTRODUCCIÓN

En éste trabajo realizaremos el estudio del proceso de filiación con respecto a las consecuencias que devienen para el demandado renuente a someterse a las pruebas de ADN.

Luego consideraremos las distintas posturas de la doctrina y la jurisprudencia respectos a las pruebas genéticas en el juicio de filiación, lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación que deroga Art. 4 de la ley 23.511 y el paso del indicio al indicio grave ante la negativa a someterse a las pruebas genéticas.

Como objetivo principal es poner de relieve el gran valor probatorio del análisis del ADN, explicar cómo se puede hacer valer esta prueba en los procesos de filiación, exponer las dificultades y problemas que se plantean ante la no realización del análisis del mismo y postular que la Ley debería regular y facilitar la práctica de la prueba del ADN con el fin de investigar la filiación por tratarse de la prueba más idónea en ese ámbito, permitiendo incluso su imposición forzosa si el Juez lo considera necesario para dictar una sentencia.

1. NEGATIVA DEL DEMANDADO - RESUMEN DE POSTURAS DOCTRINARIAS.

El tema de la prueba en el proceso de filiación ha generado una gran discusión y posiciones encontradas en la doctrina y jurisprudencia.

Todo inicia con la sanción de la ley 23.511 que en su Art. 4 disponía que "...La negatoria a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente..."; se suscitaron sendas posiciones entre juristas.

Suele suceder que quien inicia la demanda no posee otra prueba más que la biológica, porque la relación que tenía la mujer con el demandado fue muy íntima y conocida solo por ellos o simplemente casual.

Cuando el accionado es renuente a realizarse la prueba genética; puede suceder que la negativa se sostenga amparándose en el derecho a disponer de su cuerpo, por cuestiones sociales, religiosas, familiares, sentimentales entre otras.

Aquí tenemos en principio dos derechos en pugna, por una parte el derecho a la identidad del niño; y por otra parte el derecho del presunto padre a disponer de su cuerpo y no someterse a las pruebas biológicas, introduciéndose aquí también el derecho a la intimidad.

1-1 Negativa como indicio o presunción.

En lo que concierne a la demanda de filiación extramatrimonial debemos decir que hay posturas encontradas al respecto, por un lado quienes consideran que se le debe dar una mayor envergadura al indicio porque el derecho a la identidad así lo requiere y es el estado quien está interesado en garantizarlo por estrictas razones de orden público.

Consideramos que se le debe dar un valor significativo a las pruebas biológicas, teniendo en cuenta que de sus resultados la probabilidad que sea el padre es del 99,99% lo cual hace que sean primordiales al momento de dictar la sentencia, por tanto se tiene especialmente en cuenta la falta de colaboración de parte del demandado en la búsqueda por despejar las dudas respecto de la identidad.

Otra parte de la doctrina dice que la ley determina un “indicio” y no una “presunción”, motivo por el cual no es suficiente que el demandado no se someta a la prueba de ADN; también es necesario que los indicios sean graves, precisos y concordantes, porque esta omisión debe ir acompañada, para acreditar la filiación extramatrimonial, de otras pruebas a saber: la posesión de estado, la convivencia de los supuestos progenitores, testigos; con el fin de generar la verosimilitud que se requiere.

Sostienen los seguidores de esta postura que el sólo hecho de negarse no es lo suficientemente grave como para brindar la certeza que se busca en el proceso para determinar la filiación. Un indicio para ser considerado grave debe tener la entidad suficiente como para poder inferirse del mismo que el hecho afirmado por el actor es cierto.[244]

1-2 Obligatoriedad.

El lema de esta postura es " no es lo mismo ser hijo por certeza que por presunción".

Sostiene que las pruebas biológicas deben ser obligatorias por la certeza que ellas traen aparejadas para la persona que lleva consigo la incertidumbre respecto de su identidad y por el gran avance de las ciencias que permiten obtener una muestra de ADN no solo con la extracción de sangre.

La Corte Suprema de justicia de la Nación ha sentado su posición en la causa "Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elida y otros s/ sustracción de menores de 10 años. Secuestro de efectos personales. estudio pericial de ADN. Mayor de edad" y "Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elida y otros s/ sustracción de menores de 10 años. Extracción compulsiva de sangre. Prueba de histocompatibilidad genética. Mayor de edad" ambos fallados el 8 de agosto del año 2009.

En ellos la Corte ha dicho que la compulsividad genética tiene un límite y que siempre debe tratar de traerse otras pruebas al proceso antes de recurrir a la compulsividad en la extracción de material genético.

En cuanto al que se refiere a la extracción de sangre el debate se centro en la constitucionalidad o no de la extracción de sangre compulsiva a quien supuestamente había sido apropiado por la maquinaria del terrorismo de estado, esto con el fin de llegar a la verdad real respecto de la identidad biológica.

La Corte está de acuerdo con el allanamiento para obtener objetos personales para extraer material genético, pero no con llegar a la compulsividad o toma directa del cuerpo de la persona.

Esta posición no ha sido receptada por el CCCN porque ha sido influenciado por la jurisprudencia del ámbito penal; imponiendo las limitaciones de los mismos para que la compulsividad pueda establecerse en el ámbito civil.

1-3 Supremacía del derecho a la identidad.

Parte de la doctrina que da fundamento legal a la posición tomada por el renuente y sostiene que

[244] Sambrizzi, Eduardo A., Tratado de Derecho de Familia, t° V, ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, pag.667 y sgtes.)

no solo el derecho a la intimidad se vería perjudicado sino que conforme lo dispuesto por el Art. 18 de la Constitución Nacional, "Nadie está obligado a declarar contra sí mismo", no sería factible obligar al demandado en la acción de filiación a someterse a la extracción de sangre, luego formar una presunción en su contra cuando se niega y finalmente obligarlo a poner su cuerpo a sabiendas que de las resultas de dicha prueba podría implicar el reconocimiento de su paternidad.

Añaden fundamento a su postura con lo establecido por el Art. 19 de la Constitución Nacional, que dispone quedan reservadas a la intimidad de cada persona sus acciones privadas y por tanto dicen que mal podría obligarse al presunto padre a realizarse la mentada prueba biológica. Se enrolan en esta postura entre otros Bidart Campos.

Nuestra opinión es claramente contraria, porque si se permitiera que el derecho a la identidad ceda frente al derecho a la intimidad. Es claro para nosotros que el primero de ellos que hace a nuestra historia, saber cuáles son nuestros orígenes es fundamental para el desarrollo pleno y sano del ser humano. Desde antaño el hombre se ha preguntado por sus orígenes y esto ha llevado a la raza humana a desarrollarse, crecer en sociedad. El Estado ésta interesado en garantizar a sus ciudadanos este derecho que hace al bienestar general.

Permitir que el pretendido en un juicio de filiación se niegue a realizarse la prueba de ADN y que no tenga ninguna consecuencia, más que el indicio en su contra, implicaría llevar al juez a tomar una decisión sin la certeza que le brindaría la realización del estudio y por otro lado de un simple razonamiento surge la pregunta ¿si verdaderamente cree que no es su hijo porque no se somete a la prueba biológica?, por esto es que consideramos que en el futuro se deberían establecer como obligatorias.

Estimamos que aún en el caso que se considere a la extracción de sangre como un método invasivo para el demandado, esto no podría superponerse a la investigación que se debe realizar de la identidad de una persona, porque éste derecho constitucional trasciende el ámbito privado y es una cuestión orden público.

Esto sin olvidar que quien es demandado también posee un derecho constitucional, pero ambos deben ponderarse con el fin de brindar mayor protección a quien resulta el más débil en cada caso en particular.

2. DERECHO EN COLISIÓN.

2.1 Derecho a la identidad

Desde la década del 90 la doctrina y jurisprudencia han sostenido en nuestro país que el derecho a la identidad tiene una importancia primordial y tiene que ver con todos los aspectos del ser humano que lo diferencian y lo hacen ser único e irrepetible con respecto a los otros.

El derecho de toda persona a conocer su identidad, que es una aspiración de todo ser humano encontrar sus raíces, saber quienes lo han engendrado, para poder acceder a su pasado y generar su futuro, las consecuencias de encontrar obstáculos en la búsqueda de la verdad biológica son desbastadoras y provocan un daño muchas veces irreparable.

El derecho a la identidad consagrado en tratados internacionales, por ejemplo en la Convención Internacional de los Derechos del niño en los Art. 7 y 8 impone a los estados el compromiso de protegerlo y asistir a al niños en la búsqueda de sus identidad cuando ha sido privado de esta. [245]

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad "puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia".[246]

Según consta en la página web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad: "Es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo".[247]

Se trata de un derecho que no puede nunca ser conculcado ni reglamentado o reconocido parcial o discriminatoriamente, siempre y en cualquier circunstancia tiene la persona derecho a conocer y poseer su verdadera identidad, sea ésta cual fuera.

El mismo Comité reconoce que "la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica".[248]

---

[245] Maria Joséfa Méndez Costa, Visión jurisprudencial de la filiación, Ed. Rubinzal – Culzoni, Año 1997, p. 24 y ss. C. S. J. N., "Muller Jorge s/ denuncia,13/11/1990 -La Ley, 1991-B,470.

[246] Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Gelman vs Uruguay; sentencia del 24/2/11; número 122

[247] http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr705.cfm

[248] Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 12,13 y 17.

2.2 Interés Superior del niño.

En materia filiatoria el interés superior del niño tiene un papel fundamental porque todo niño tiene derecho a ser emplazado como hijo de sus verdaderos padres biológicos y es éste un derecho humano que se presenta con mayor importancia.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño lo ha establecido en el Art. 3 impulsando así un gran debate al respecto, su interpretación es muy amplia, debe ser reservada a cada caso en particular y realizada por el juez que aplica el derecho y dirime el conflicto.

Se ha intentado disminuir al máximo la libre interpretación de lo que se debe entender por interés superior del niño a fin de reducir así las posibilidades que en cada caso en particular se inmiscuyan preferencias, mezquindades personales, influencias sociales y religiosas de quienes deben decidir, los jueces, que inevitablemente existirá al dictar la sentencia.

El Código Civil y Comercial menciona expresamente que se debe tener en cuenta el "interés superior" del niño, niña o adolescente en lo atinente a: ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (art. 26); tutela (arts. 104 y 113); adopción en el país (arts. 595, 604, 621 y 627) y en el extranjero (art. 2637); responsabilidad parental (art. 639 y 2639); procesos de familia (art. 706); reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero (art. 2634) y restitución internacional de menores. Tal como señalan los Fundamentos del Código, es clara la influencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este interés superior del niño debe ser interpretado a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos teniendo en cuenta que se trata de un derecho-principio, es decir, el interés superior del niño es un derecho en sí mismo y una pauta interpretativa "maximizadora" de los demás derechos -en consonancia con el principio pro homine - contenida en el art. 3 inc. 1 de la CDN. A su vez, en tanto forma parte de un instrumento que tiene rango constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional), además del compromiso insoslayable asumido por los Estados al ratificar un tratado en función de los art. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se deberá contemplar que este principio-derecho rige "en las condiciones de su vigencia", es decir, tal como la CDN efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación (…) por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación" . Es decir, el Comité de Derechos del Niño.

2.3 Derecho a la intimidad.

Consagrado en el Art. 19 de la constitución nacional tiene una relevancia importante en éste tema cuando se trata de la relación de las pruebas biológicas y la negativa del demandado a someterse a ellas.

Bidart Campos nos dice "que es una zona de reserva personal propia de la autonomía del ser humano, dentro de la cual tanto podemos excluir las intrusiones ajenas y el conocimiento generalizado por parte de terceros, como realizar acciones autorreferentes que caigan bajo ese conocimiento público" [249] En lo que a filiación se refiere el problema se centra en cuanto al sometimiento o no a las pruebas biológicas, el autor citado se enrola en la postura doctrinaria que defiende la negativa del accionado y considera que los Art. 18 y 19 de la constitución nacional son los que dan fundamento y base suficiente a su derecho a la intimidad.”.

Quienes sostienen esta posición consideran que en resguardo de la dignidad personal y de los derechos inherentes a ella, no se puede coartar la liberta moral de una persona exigiéndole que se someta a una prueba de la que tal vez implique una confesión o su culpabilidad.[250]

En éste punto se produce un choque entre dos derechos y es entonces donde la teoría de la ponderación viene a resolver ésta cuestión, la ha expuesto Robert Alexy quien sostiene que cuando dos principios entran en colisión, el conflicto ha de resolverse según la dimensión del "peso", con lo cual en un caso determinado uno de los derechos debe ceder cuando en ese caso específico el otro tiene más "peso". [251]

Nosotros consideramos que si el demandado se somete a las pruebas biológicas se estaría solo produciendo una limitación o intervención a su derecho a la intimidad porque es de tal importancia el derecho a la identidad como derecho constitucional, que sin estas pruebas no podría obtenerse con certeza la identidad biológica de quien peticiona ser emplazado en ese estado filial; resulta obvio que la intervención en éste derecho se produce porque el derecho a la identidad tiene una envergadura que así lo justifica.

Es necesario realizar la ponderación de los derechos en cada caso en particular, pero en los procesos de filiación deberían ser obligatorias las pruebas biológicas o bien el accionado soportar las consecuencias desfavorables que serán las consecuencias obligadas de su actitud procesal silenciosa o renuente.

---

[249] Bidart Campos German, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Nueva Edición Ampliada y actualizada, T. 1-B, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 51.
[250] Maria José Méndez Costa, Visión jurisprudencial de la filiación, Ed. Rubinzal – Culzoni, Año 1997, p. 45.
[251] Famá María Victoria, Marisa Herrera "La Identidad enserio", Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Familia y Derecho Penal. Directora Cecilia P. Grosman, Marzo/Abril 2006, p. 68 y ss.

3. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

En el Código Civil y Comercial se introducen reformas muy profundas e importantes a las cuestiones del derecho de familia.

Al referirse a las pruebas en las acciones de filiación extramatrimonial ha optado por la amplitud probatoria Así el Art. 710 dispone: "Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de las pruebas recae finalmente en quien está en mejores condiciones de probar.".

En lo que respecta a la filiación el Art. 579 establece que "En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado, debe priorizarse a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente.".

Con este texto queda reflejada que el derecho a la identidad es considerado como fundamental para la persona, porque hace a la génesis del ser humano y también más allá del interés privado está el interés público del estado en garantizar este derecho humano.

En éste artículo se ha agregado un aspecto no tenido en cuenta en el Art. 253 del Código Civil reformado por ley 23.264, en cuanto a los pasos a seguir ante la imposibilidad de realizarse las pruebas biológicas al demandado; aquí ha insertado la posibilidad de recurrir a los familiares y expresamente dice que la negativa implica un **indicio grave** contra quien no quiere someterse a ellas.

Se recepta la postura doctrinaria denominada solidarista, sostenida por Mercader, Arianna, Grosman; ellos afirman que las partes deben cooperar en el proceso a fin que no se dañe el derecho en juego, no se acepta la actitud pasiva del demandado que se limita a negarse.

Si se leen los fundamentos del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial, veremos que el principio fundamental es la utilización de las pruebas genéticas con el fin de llegar a la verdad biológica y temiendo en cuenta la envergadura del derechos a la identidad como derecho humano no es extraño que se haya revalorizado a las pruebas genéticas.[252]

Esta postura ha sido criticada porque según algunos autores dejan sin resolver la discusión que hace tantos años se venía sosteniendo sobre un tema tan sensible como lo es la identidad de la persona.

---

[252] Aida Kemelmajer de Carluchi, Marisa Herrera, Nora LLoveras, Tratado de Derecho de Familia, según Código Civil y comercial de 2014, tomo II pág. 737, ED. Rubinzal Culzoni editores, 12 de diciembre de 2014.

Este "indicio grave" implica que el juez no necesita obligatoriamente contar con otras pruebas para reforzar la negativa del accionado a someterse a las pruebas biológicas, pero en caso de contar con ellas debe traerlas al proceso para complementar aquella. El legislador quiso evitar que quienes inicien la acción lo hagan esperando que el accionado se niegue a realizar las pruebas genéticas sin arrimar al proceso todas las pruebas con que cuenten para llegar a la verdad biológica.

Por aplicación del citado Art. 710del CCCN la carga de la prueba recae sobre el que está en mejores condiciones de probar, por lo que en el ejemplo dado es obvio que la persona sindicada como el padre biológico es quien tiene en sus manos la posibilidad que el conflicto se soluciones accediendo a realizarse la prueba genética.

Aunque se valore la negativa a someterse a la prueba genética como un indicio grave, esto no da una solución a la antigua discusión doctrinaria respecto a si la negativa injustificada debía considerarse indicio o presunción en contra del renuente.

CONCLUSIÓN - PROPUESTA

Desde hace más de 10 años trabajo en una defensoría pública civil en la ciudad de Cutral-Có Provincia de Neuquén, república Argentina.

En esta labor ha surgido una profunda preocupación al observar cómo se vulneran los derechos de los niños y sobre todo en lo que respecta al derecho a la identidad cuando no han sido registrados con los datos de ambos progenitores, por la omisión de reconocimiento de los padres, de aquí surge la necesidad de llevar adelante esta investigación.

Es frecuente que lleguen a mi despacho mujeres que han concebido un niño y los progenitores no realizan el reconocimiento al momento de inscribirse el nacimiento.

En esta investigación consideré el valor que debe darse a la negativa a someterse a la prueba ADN. Debemos decir que el derecho a la identidad siendo fundamental para el desarrollo de todo ser humano y su reconocimiento en convenciones internacionales y legislación interna de nuestro país han forjado las distintas posturas que se detallaron en éste trabajo y se deberían reflejar en una legislación de avanzada que determine como obligatorias dichas pruebas.

Consideramos que por sí sola la negativa a someterse a las pruebas biológicas sin fundamento alguno puede llevar a una sentencia que haga lugar a la pretensión esgrimida en un proceso de filiación, porque se invierte la carga de la prueba y quien es renuente debe probar.

Es este aspecto es donde se da una especie de confesión ficta que podría producir plena prueba en ausencia de otros elementos que la contradigan.

El renuente no podrá invocar el Art. 19 de la Constitución Nacional para proteger su postura, el

derecho a la intimidad, de igual jerarquía que el derecho a la identidad, al realizarse la ponderación de ambos derechos conforme las circunstancias de cada caso en particular el primero debe ceder frente a éste último.

De lo estudiado concluimos que el límite a la compulsividad esta dado por la imposibilidad de obligar a la persona para que su cuerpo sea utilizado para extraer las muestras en contra de su voluntad, sin perjuicio de lo cual se podrían utilizar muestras por ejemplo tomadas de cabellos, secreciones bucales entre otras.

En lo que respecta al Código Civil y Comercial de la Nación, el indicio grave que genera la negativa puede ir o no acompañado de otras pruebas, pero no configura una presunción, por lo que se ha tomado una postura que si bien le da un sesgo de mayor riesgo para el demandado que no se somete a la prueba de ADN, considero humildemente que dependemos en cada caso de las apreciaciones del juez y se continúa obligando a los niños a ser hijos por indicio y según el criterio del juez de turno frente a la posibilidad que sea emplazado como hijo con la certeza que daría la prueba referida.

El indicio grave acompañado o no de otras pruebas debe llevar al acogimiento de la pretensión esgrimida, aún en casos en que no existan otras pruebas que ayuden a confirmar la afirmación del actor.

De todo lo expresado deviene clara nuestra propuesta a partir de reflexionar y analizar teniendo en cuenta el avance de la ciencia y el grado de certeza alcanzable con las pruebas biológicas que no es razonable limitarse a resolver en función del indicio grave que arroja la negativa sino que deberíamos continuar en la búsqueda con el fin que se sancione una ley que proteja el derecho a la identidad de a los niños y determine la obligatoriedad de someterse a las pruebas biológicas necesarias como medio de alcanzar la "verdad biológica" en los procesos de reclamación de filiación.

BIBLIOGRAFÍA

- Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora LLoveras, Tratado de Derecho de Familia, según Código Civil y comercial de 2014, tomo II pág. 737, ED. Rubinzal Culzoni editores, 12 de Diciembre de 2014.
- Alvarado Velloso Adolfo, Lecciones de Derecho Procesal, Adaptado a la legislación Procesal de la provincia de Neuquén, por Jorge Daniel Pascuarelli y Andrés Repetto, Ed. Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Año 2012
- Arazi-Rojas Código Procesal Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales tomo I.

- Azpiri Jorge O., Incidencias del Código Civil y Comercial, Derecho de familia, p. 174/177, Editorial Hammurabi, Año 2015.
- Bidart Campos German, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Nueva Edición Ampliada y actualizada, T. 1-B, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 51.
- Bueres Alberto J., Higthon Elena I., Código Civil y normas complementarias, análisis doctrinario y jurisprudencial, T III,
- Bueres Alicia J., Elena I. Highton , Código Civil y normas complementarias, análisis doctrinario y jurisprudencial, T. 1B, Ed. Hammurabi, año: 2003.
- Caivano, Roque J., Silencio, doctrina de los actos propios y renuncia tácita, en L. L. 14-6-96, Año LX, N° 113.
- González Atilio, Silencio y Rebeldía en el proceso Civil, Editorial Astrea, Buenos Aires, Año 1995.
- Famá, María Victoria, "Compulsividad de las pruebas biológicas en la jurisprudencia de los máximos tribunales nacionales", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria Jurisprudencia, nro. 45, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010.
- Famá María Victoria, La Filiación Régimen Constitucional Civil y Procesal Procesal, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- Kemelmajer de Carlucci, Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano, ED 153-928-947.
- Mendez Costa Maria José, Visión jurisprudencial de la filiación, Ed. Rubinzal – Culzoni, Año 1997.
- Morello – Passi Lanza- Sosa Berizonce, Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación – anotado y comentado tomo II, ed. platense – Abeledo Perrot.
- Norberto j. Nobllino, Atilio González, El silencio y sus efectos en los procesos judiciales, Rubinzal Culzoni, Año 2000.
- Palacio y Adolfo Alvarado Velloso, Código procesal Civil y Comercial de la Nación explicado, t. 3°.
- Sambrizzi, Eduardo A., Tratado de Derecho de Familia, t° V, ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, pag.667 y sgtes.
- Famá María Victoria, Marisa Herrera "La Identidad enserio", Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Familia y Derecho Penal. Directora Cecilia P. Grosman, Marzo/Abril 2006, p. 68 y ss.
- Grosman, Cecilia P. - Arianna, Carlos, "Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", LL 1992-B-1193.
- Krasnow, Adriana N., Una decisión judicial que declara de oficio la inconstitucionalidad del artículo 4029 del Código Civil. Vinculación e independencia entre el derecho a la filiación y el derecho a la identidad, 2008-III-61, jurisprudencia anotada.

- Lloveras, Nora - Salomón, Marcelo, "La filiación presuntiva y la filiación verdadera: la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas biológicas", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 36, LexisNexis - AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2007
- Sambrizzi, Eduardo A., Tratado de Derecho de Familia, t° V, ed. La Ley, Buenos Aires, 2010.
- Cifuentes, fallo de C. N. Civ.; Sala C, 22/10/93, ED 157-270.
- Mendez Costa Maria José, Visión jurisprudencial de la filiación, Ed. Rubinzal – Culzoni, Año 1997, Fallo N° 4, C.S.J. de Santa Fé, 19-9-91, L.L., 1992-D-536.
- Mendez Costa Maria José, Visión jurisprudencial de la filiación, Ed. Rubinzal – Culzoni, Año 1997, Fallo N° 42: Cám. Apel. Civ. Y Com. De San Isidro, sala I, 13-10-88, L.L. 1989-E-573.
- http:www.bibliohistorico.juridicas.unam.mx., Carlos Bernal Pulido, La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales, pág. 22 a 27.
- http:www.juridicas.unam.mx, Luis Fernanda Tello Moreno, Pruebas de ADN y presunción de la paternidad en los juicios de filiación, año 2005.
- http:www.mundojuridico.info - Negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad, Francisco Sevilla Cáceres, Negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad, 6 de febrero de 2016.

Ponencia 17 – Comisión 2

Título: Procedimiento de conciliación de las Defensorías de NNA en Venezuela.

Autor/es: Alexandra P. Figueroa García

Datos autor:

Abogada y Especialista en DDHH de la Universidad Central de Venezuela. Diplomado de DDHH de NNA de la Defensoría del Pueblo de Venezuela. Actualmente abogada de la Sala de Casación Social del
Tribunal Supremo de Justicia.

PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN DE LAS DEFENSORÍAS DE NNA EN VENEZUELA.

" el ejercicio de la justicia es el ejercicio de la libertad".
(S. Bolívar).

RESUMEN

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el año de 1999, se instituye un nuevo modelo de Estado "democrático y social de Derecho y de Justicia", en el que se establece que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y que la potestad de administrar justicia emana de ellos, reconociendo los medios alternativos de justicia como parte del sistema de justicia tanto en su exposición de motivos como en su artículo 253. Lo que ha impulsado su desarrollo legislativo no sólo para su uso a nivel judicial sino extrajudicialmente, con la finalidad de procurar la desjudicialización de los conflictos intersubjetivos de intereses. Ejemplo de ello es el procedimiento para la conciliación ante las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y en la Ley sobre Procedimientos Espaciales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes, el cual es gratuito y confidencial y que además debe ser promovido, en principio, por el Estado con la creación de las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes (al menos una por municipio), proceso en el que interviene la sociedad organizada en

las diferentes instancias de partición ciudadana, conforme al principio constitucional de participación protagónica, lo que permite una cercanía entre el ciudadano (como usuario-contralor social) y el sistema de justicia. Aunado al hecho de que estas mismas defensorías pueden ser producto de la iniciativa popular. Estando fundamentado este procedimiento en la Doctrina de la Protección Integral y diseñado especialmente para resolver conflictos familiares que se suscitan respecto a la obligación de manutención, régimen de convivencia familiar, decisiones sobre el ejercicio de la responsabilidad de crianza, entre otros, que en definitiva configuran las problemáticas más usuales que se presentan en esta área tan sensible del derecho, pudiendo las partes lograr acuerdos que tendrán efectos de sentencia definitivamente firme, una vez examinada su procedencia y homologado por el tribunal en materia de niños, niñas y adolescentes.

Palabras claves: medios alternativos de justicia, conciliación, desjudicialización.

1. DESARROLLO.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el año de 1999[253], se instituye un nuevo modelo de Estado *"democrático y social de Derecho y de Justicia"*, que acoge como valores superiores de su ordenamiento jurídico *"la vida, la libertad,* ***la justicia****,* ***la igualdad****,* ***la solidaridad****, la democracia, la* ***responsabilidad social*** *y, en general, la preeminencia de los derecho humanos, la ética y el pluralismo político"*.

Este texto constitucional dedica el Título III a desarrollar los derechos humanos, entre los cuales encontramos el derecho a la **justicia gratuita y accesible**.

El centro de atención de este nuevo modelo de Estado es el desarrollo del ser humano y para esto, entre otros particulares, establece que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y que la potestad de administrar justicia emana de ellos, reconociendo asimismo los *medios alternativos de justicia* como parte del *sistema de justicia*.

En la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se señaló específicamente que *"(…) se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y* ***la conciliación****, todo ello* ***con el***

[253] Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpresa por error y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinaria N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, y Enmienda N° 1 aprobada mediante referéndum constitucional publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

objeto de que el Estado los fomente y los promueva *sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general (…).*

Asimismo, siendo que ***la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado****, aunque solo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea (…)"*.

De igual modo, en su artículo 253 *eiusdem*, se estableció:

*"**Artículo 253**. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.*
Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer
Ejecutar sus sentencias.
El sistema de justicia está constituido por *el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos*
de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, ***los medios alternativos de justicia****, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio. "*.

Como se desprende de lo anterior no sólo se constitucionalizan los medios alternativos de resolución de conflicto, sino que se exhorta su promoción por parte del Estado.

Con relación a ello, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el marco de una solicitud de interpretación del artículo 258 de la Constitución[254], indicó:

"Al respecto, esta Sala ha señalado que *'(…) la Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje.* ***Esa ampliación implica, a no dudarlo, un desahogo de esa justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias (…). Así, a través de mecanismos alternos al***

[254] Sentencia N° 1.541 del 17 de octubre de 2008.

del proceso judicial, se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia *(…). A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadírsele su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras****, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje*** *(…)'* -Vid. Sentencia de esta Sala Nº 198/08-.

Asimismo, esta Sala ha establecido en anteriores oportunidades que los medios alternativos de solución de conflictos no sólo tienen como finalidad dirimir conflictos de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio, sino que a través de ellos se producen sentencias que se convierten en cosa juzgada, -en el caso del arbitraje, el laudo arbitral- y, por tanto, es parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, *"(…) pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa (…)*" -Vid. Sentencia de esta Sala Nº 1.139/00-.

Por ello, el **deber contenido en el artículo 258 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), en orden a procurar y promover en la medida de lo posible la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos y adoptar las medidas judiciales necesarias para promover y reconocer la efectiva operatividad de tales medios,** lo cual implica que las acciones típicas de la jurisdicción constitucional, no sean los medios idóneos para el control de los procedimientos y actos que se generen con ocasión de la implementación de los medios alternativos de resolución de conflictos.

Como vemos la incorporación de estos medios al sistema de justicia supone, no sólo una ampliación del mismo, ya que la administración de justicia no sería entonces monopolio exclusivo del Estado, sino que además impone la obligación al legislador y a los peradores de justicia de promoverlos.

Importa destacar que el Estado Venezolano ha asumido la inserción en el sistema judicial de estos métodos autocompositivos como un objetivo nacional, acatando el mandato constitucional, al incorporarlos en el Plan de la Patria 2013-2019[255].
Este plan está orientado básicamente al desarrollo económico y social de la nación y tiene rango de Ley. Su **Gran Objetivo Histórico N° 2** está dedicado a "*Continuar construyendo el socialismo bolivariano del siglo XXI, en Venezuela, como alternativa al sistema destructivo y salvaje del capitalismo y con ello asegurar 'la mayor suma de felicidad posible, la mayor suma de seguridad social y la mayor suma de estabilidad política' para nuestro pueblo*". Objetivo dentro del cual se ubica, a su vez, el **Objetivo Nacional** "*2.5. Lograr la irrupción definitiva del Nuevo Estado Democrático y* ***Social de Derecho y de Justicia***", el cual comprende para su eficaz ejecución, entre otros, de los **Objetivos Estratégicos** "2.5.4.7. *Apoyar la creación de* ***mecanismos alternativos de resolución de conflictos****, mediante la instalación de* ***Casas de Justicia Penal*** *en cada uno de los municipios priorizados*" y "*2.5.5.8. Crear y socializar el conocimiento para la convivencia y la seguridad ciudadana, construyendo* ***Centros Comunales Integrales de Resolución de Conflictos***".

De igual modo, el Poder Judicial en su Plan Estratégico 2013-2019[256] asumió el mismo reto y dentro de su Eje Estratégico N° III: "Potenciar la Participación Social" planteó como objetivo estratégico 3.1. "Promover **los medios alternativos de Justicia que emanen de la organización popular**, cónsonos con el carácter pluricultural y multiétnico de nuestra sociedad".

En este mismo sentido, encontramos el **Plan Nacional de Derechos Humanos[257]**, que resulta en un documento estratégico que orienta las políticas del Estado en esa materia, pero que además de ello realza su importancia debido la consulta amplia, plural e inclusiva, con todos los sectores sociales del territorio nacional que fue efectuada para su elaboración, y que devino en un debate nacional de 258.096 personas a través de las diversas modalidades. Este importante pliego recoge, en su "Línea Estratégica 1: *Incrementar el acceso de la población a los órganos y entes del Estado encargados de la promoción y protección de los derechos humanos, así como la capacidad de respuesta institucional frente a las demandas de la población"*, como objetivo programático "*Fortalecer la* ***Justicia de Paz****, particularmente la jurisdicción especial de la Justicia de Paz Comunal, como* ***mecanismo de resolución alternativa de conflictos o controversias****, y garantía de la paz, el buen vivir y la convivencia solidaria, considerando durante su implementación principios ancestrales como el Putchipuü o Palabreo Wayú*".

---

[255] Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.118 Extraordinario del 4 de diciembre de 2013.

[256] Disponible en: http://www.tsj.gob.ve/documents/10184/100453/Cuaderno+de+Consulta+-+Plan+Estr%C3%A1tegico+del+Poder+Judicial+2013-2019/56ea1034-c5da-4504-b646-7bf7e1a60522

[257]5 Disponible en: http://consejoderechoshumanos.gob.ve/wpcontent/uploads/2015/07/plan_Nacional_Derechos_Humanos.pdf

En la actualidad, producto precisamente de esta transformación del marco jurídico venezolano con su amplio desarrollo de los derechos sociales, contamos en la competencia laboral y de niños, niñas y adolescentes con procedimientos judiciales con etapa de conciliación y mediación que permiten reducir el número de causas que van a juicio.

Igualmente, el legislador venezolano se ha preocupado por promover estos medios alternos de resolución de controversias a nivel extrajudicial con la finalidad de procurar la desjudicialización de los conflictos intersubjetivos de intereses, la promoción de una cultura de paz, la participación de la sociedad como eje fundamental para el acercamiento de la justicia a la comunidad y la familia. Ejemplo de ello es el *procedimiento para la conciliación ante las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes* previsto en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes [258] y desarrollado más ampliamente en la Ley sobre Procedimientos Espaciales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes[259].

Este procedimiento diseñado especialmente para resolver conflictos familiares que se presenten, no sólo de carácter patrimonial como la obligación de manutención, sino en cuanto al régimen de convivencia familiar, decisiones sobre el ejercicio de la responsabilidad de crianza, entre otros, que en definitiva configuran las problemáticas
más usuales que se presentan en esta área tan sensible derecho que desde la adopción de la Doctrina de la Protección Integral en nuestra Constitución tomó especial relevancia, y por ende nos llevó al desarrollo no sólo de tribunales especializados en la materia, sino con la creación del sistema rector el cual permite que todos los órganos del Poder Público se organicen y trabajen en conjunto con la finalidad de asegurar el goce efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así con la adopción en su ordenamiento jurídico de principios como el de equidad de género e igual de derechos y deberes entre hombres y mujeres, y el derecho a un buen trato, que sin duda inciden de forme especial en las instituciones de familia.

Ahora bien, resulta imperioso ubicar a las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes dentro del sistema de justicia, antes de entrar a analizar el procedimiento de conciliación.

En tal sentido, es menester destacar que éstas se encuentran enmarcadas dentro de lo que es el Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes, creado por mandato de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, honrando de esta forma el Estado venezolano no sólo sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos y de

[258] Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.185 Extraordinario del 8 de julio de 2015.
[259] Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.570 del 9 de diciembre de 2010.

derechos de los niños, niñas y adolescentes, sino los principios del nuevo Estado *democrático y social de Derecho y de Justicia.* Específicamente el artículo 78 *eiusdem* dispone:

Artículo 78. **Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho** y **estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados**, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. **El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral**, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. **El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.**

Como podemos apreciar es el Estado el encargado de crear el ente rector que desarrolle las políticas así como su ejecución y control en todas las instancias de poder a fin de garantizar la protección integral del niño. Pero además dichas políticas se construyen en unión con la sociedad y la familia, desde un modelo de responsabilidades compartidas, fundamentado en la participación protagónica y participativa del pueblo, es decir *este sistema se concibe dentro del espíritu de la nueva sociedad (…) donde es posible ser escuchado al mismo tiempo que se aporta, en donde el sentido es construido colectivamente y la gestión pública no queda sólo en manos de los funcionarios y funcionarias, sino que se democratiza para hacerla más eficiente y orientada hacia la consecución del bienestar de todas las personas, utilizando para ello estrategias eficaces y corresponsables que permitan garantizar a los niños, niñas y adolescentes de este país el disfrute y ejercicio de sus Derechos Humanos, así como el cumplimiento de sus deberes. Este Sistema de Protección tiene el desafío primordial de contribuir activamente con las transformaciones estructurales de la sociedad venezolana como mandato explícito de la Constitución, de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y como deuda histórica con nuestros niños, niñas y adolescentes*[260].

Conforme al artículo 119 de Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes este sistema rector está conformado por:

a) Ministerio del poder popular con competencia en materia de protección integral de niños, niñas y adolescentes.

[260] Serie de Derechos Humanos N° 2. Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes. Fundación Editorial El perro y la rana. Fundación Juan Vives Suriá de la Defensoría del Pueblo. 2010. Disponible en http://www.defensoria.gob.ve/images/pdfs/librosDDHH/sistema_rector_nacional.pdf

b) **Consejos de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.**
c)**Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia**.
d) Ministerio Público
e) Defensoría del Pueblo.
f) Servicio Autónomo de la Defensa Pública.
g) Entidades de Atención.
h**) Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes**
i) **Los consejos comunales**[261] y demás formas de organización popular

Así, del artículo transcrito se puede visualizar mejor la presencia del principio de corresponsabilidad en la estructura sobre la cual se construye el sistema rector (estado-sociedad-familia).

Ahora bien, las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes son *un servicio de interés público que en cada municipio debe ser organizado por la Alcaldía y, de acuerdo con su población, deberá contar con más de una Defensoría. Así mismo, las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes pueden ser organizadas por la sociedad, a saber:* ***consejos comunales, comité de protección, asociaciones, fundaciones, organizaciones sociales o por cualquier otra forma de participación ciudadana***[262].
Como servicio de interés público, no son una autoridad administrativa, y su enfoque en un sentido pedagógico, tanto en la atención de los casos que recibe como en la promoción y la defensa de los derechos.

Las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes son los "dedos" del Sistema de Protección que tejen la red social solidaria y contribuyen con la sensibilización y el compromiso de la comunidad, incidiendo en el forjamiento de una cultura de respeto y buen trato de nuestra niñez y adolescencia; y, con ello, a la promoción de la dignidad humana[263].

Ello se debe principalmente a que estas Defensorías son creadas, en principio, por el Alcalde o Alcaldesa al ser parte de sus funciones, es decir, desde el Poder Público Municipal, para que

---

[261] Incluidos en la reforma de la ley publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.859 Extraordinario del 1º de diciembre de 2007.
[262] Artículo 201 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
[263] Serie de Derechos Humanos N° 3. Derechos del Niño, Niñas y Adolescente. Las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes. Fundación Editorial El perro y la rana. Fundación Juan Vives Suriá de la Defensoría del Pueblo. 2010. Disponible en: http://www.defensoria.gob.ve/images/pdfs/librosDDHH/defensorias_nna.pdf

desarrollen sus actividades en la unidad política primaria de la organización nacional como es el municipio, por lo que el contacto y el control social es inmediato. Y por otro parte, porque también pueden surgir como iniciativa de la propia sociedad organizada a través de las distintas instancias de participación ciudadana: tales como consejos comunales[264], organizaciones sociales, comité de protección, asociaciones, fundaciones, entre otras.

Sin embargo, independientemente de quien cree las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes, siempre va a estar presente la intervención de la sociedad por medio de los consejos comunales, debido a que quien autoriza el funcionamiento de éstas es el Consejo Municipal de Derechos del Niño, Niña y del Adolescente, el cual
está integrado, entre otros, por **tres representantes elegidos o elegidas por el consejo comunal[265]**.
Es decir, la formación de las Defensorías nace siempre con participación de la voluntad popular, se trata pues de una comunidad que decide quién va a proteger sus derechos, los de sus familias y los sus niños, niñas y adolescentes, lo que permite un engranaje perfecto entre el sistema de justicia y la sociedad.

Precisamente, uno de los requisitos para poder optar para éste cargo es el de residir o trabajar en el municipio en el cual pretende desempeñar funciones como Defensor o Defensora de Niños, Niñas y Adolescentes tiene otros funciones. Por lo tanto, las personas que estén dispuestas a hacer uso del procedimiento de conciliación van a contar con un conciliador que conoce y se desenvuelve en su mismo entorno.

---

[264] Artículo 136 euisdem "Los consejos comunales, los Comités de Protección Social de Niños, Niñas y Adolescentes y las demás formas de organización popular, incluyendo los pueblos y comunidades indígenas, son los medios a través de los cuales se ejerce la participación directa en la formulación, ejecución y control de la gestión pública del Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (…)"

[265] Ley Orgánica de los Consejos Comunales publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.335 del 28 de diciembre de 2009. "Artículo 2. Los consejos comunales, en el marco constitucional de la democracia participativa y protagónica, son instancias de participación, articulación e integración entre los ciudadanos, ciudadanas y las diversas organizaciones comunitarias, movimientos sociales y populares, que permiten al pueblo organizado ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas y proyectos orientados a responder a las necesidades, potencialidades y aspiraciones de las comunidades, en la construcción del nuevo modelo de sociedad socialista de igualdad, equidad y justicia social". Según censo realizado por el Ministerio del Poder Popular Para las Comunas y Movimientos Sociales para el año 2013 se contabilizaron 40.035 consejos comunales (http://www.mpcomunas.gob.ve/conoce-los-resultados-del-censo-comunal-2013-desglosados-porestados/#). De acuerdo al Plan para la Igualdad y Equidad de Género "Mama Rosa" 2013-2019, elaborado bajo la batuta del Ministerio del Poder Popular para la Mujer e Igualdad de Género 70% de las mujeres son las que conducen los consejos comunales (http://minmujer.gob.ve/?q=descargas/publicaciones/planpara-la-igualdad-y-equidad-de-g%C3%A9nero-mam%C3%A1-rosa-2013-2019).

Entre los otros requisitos están: reconocida idoneidad moral, edad superior veintiún años, **formación profesional relacionada con niños, niñas y adolescentes o, en su defecto, experiencia previa en áreas de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes o en áreas afines**, y aprobación de un examen de suficiencia en el conocimiento del contenido de esta Ley.

Como vemos, esta labor de Defensor o Defensora de Niños, Niñas y Adolescentes, no está limitada sólo a los profesionales del derecho y en la práctica hay diversidad de profesionales dedicados a ello, lo cual permite que cualquier persona (que cumpla los requisitos indicados *supra*) pueda participar activamente en la vigilancia y resolución de las problemáticas que se plantean en su comunidad.

Por otra parte, este servicio público está desarrollado tanto por principios de la Doctrina de Protección Integral, como por los principios de **gratuidad**, **confidencialidad** y carácter orientador y no impositivo, entre otros, previstos taxativamente en la ley que rige la materia[266].

Por otra parte, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes determina que los usuarios15 de este servicio pueden ser los propios **niños, niñas y adolescentes** (sujetos de derechos), cualquier integrante de su familia de **origen** o **sustituta** o su representante y **cualquier persona que tenga conocimiento** de situaciones que afecten los derechos de los niños, niñas y adolecentes, con lo cual se busca una mayor amplitud al momento de recibir denuncias o solicitudes y de ese modo garantizar y proteger en la misma medida los derechos de los niños, niñas y adolecentes.

Bajo este mismo contexto, la Ley sobre Procedimientos Espaciales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes delimita mucho mejor lo relativo al rol de los Niños, Niñas y Adolescentes al señalar que "***tienen capacidad plena*** *para solicitar, participar y defender sus derechos y garantías en los procedimientos de conciliación*" e incluso "*podrán denunciar el incumplimiento de los acuerdos*".

Para el cumplimento de sus funciones el Defensor o Defensora de Niños, Niñas y Adolescentes podrá auxiliarse con otros entes públicos, privados, mixtos, nacionales e internacionales[267], aunque en la actualidad varias de ellas cuentan con un equipo multidisciplinario.

Importa destacar que, aparte de servir como conciliador, el Defensor o Defensora de Niños, Niñas y Adolescentes tiene otros funciones[268] , tales como: *i)* orientación y apoyo interdisciplinario; *ii)*

[266] Artículo 203 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
[267] Artículo 205. Idem
[268] Artículo 202. Idem

intervención como defensor o defensora de niños, niñas y adolescentes ante las instancias administrativas, educativas y comunitarias que corresponda; *iii)* fomento y asesoría técnica para la creación de programas de protección en beneficio de los niños, niñas y adolescentes; *iv)* promoción de reconocimiento voluntario de filiaciones; *v)* creación y promoción de oportunidades que estimulen la participación de los niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones comunitarias o familiares que los afecten; *vi)* asistencia a niños, niñas y adolescentes en los trámites necesarios para la inscripción ante el Registro del Estado Civil y la obtención de sus documentos de identidad.

Según Informe Anual[269] de la Defensoría del Pueblo[270] del año 2014, fueron inspeccionadas 602 Defensorías del Niño, Niña y Adolescente, lo cual representa 1,7 sedes por municipio.

Una vez descrito todo lo relacionado con la creación de las defensorías, sus funciones y los requisitos para Defensor o Defensora de Niños, Niñas y Adolescentes, abordaremos a continuación lo concerniente al procedimiento de conciliación.

Como se indicó anteriormente, por este procedimiento sólo se ventilaran asuntos de materia disponible, tales como obligación de manutención, régimen de convivencia familiar, decisiones sobre el ejercicio de la responsabilidad de crianza, entre otros, lo que lo convierte en un método no adversarial bastante amplio en cuanto a las materias objeto de conciliación (no sólo de carácter patrimonial).

Quedan excluidas del ámbito de conciliación, por ejemplo: la privación, restitución y extinción de la patria potestad; privación o restitución de la custodia; adopción, medidas de abrigo, autorización sobre administración de bienes de niños, niñas y adolescentes, entre otros, que estarían reservadas a los tribunales con competencia en la materia.

Este procedimiento se rige, entre otros, por los principios[271] de:
1) protagonismo y autodeterminación (quienes participen deben alcanzar los acuerdos por sí mismo, sin imposición alguna);
2) voluntariedad de los acuerdos; 3) carácter personalísimo;
4) flexibilidad (el proceso debe adaptarse a las situación personal de los involucrados);
5) imparcialidad; 6) neutralidad; 7) interés superior del niño, niña y adolescente,
8) confidencialidad;

---

[269] Disponible en: http://www.defensoria.gob.ve/images/informes_anuales/IA2014DP.pdf
[270] LOPNNA artículo 212 “Las Defensorías, los Defensores y las Defensoras de Niños, Niñas y Adolescentes son inspeccionados por la Defensoría del Pueblo”.
[271] Artículo 5 de la Ley Sobre Procedimientos Especiales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes.

9) oralidad;
10) buena fe;
11) conciliación como proceso educativo y
12) gratuidad.

El defensor o defensora por su parte, está obligado no sólo a realizar personalmente la actividad de conciliación, sino a dar seguimiento a los acuerdos alcanzados, para lo cual podrá auxiliarse con los demás entes públicos y privados.

Asimismo, tiene el deber de inhibirse en los casos siguientes:
i) cuando exista interés personal y directo en el asunto sometido a conciliación;
ii) cuando tenga amistad o enemistad manifiesta con alguno de los usuarios del servicio;
iii) por vínculos de parentesco (consanguinidad, afinidad) o unión estable de hecho); y
iv) haber intervenido como perito o testigo en procesos judiciales en la que alguna de los usuarios tuviera interés.

Ahora bien, a fines didácticos el procedimiento puede dividirse en tres fases:

a) Fase preliminar: que se inicia a petición de los usuarios (actuando juntos o separadamente) o de oficio por la defensoría, caso en el cual esta instará a las partes a iniciar el procedimiento valiéndose de una notificación personal y escrita u oral (esta última por lo general se da en comunidades pequeñas). Si se inicia a instancia de parte el defender o la defensora podrá aceptar tramitar el procedimiento o negarlo, de existir un impedimento legal. Es decir, que se trate de materias no susceptibles de conciliación o que el asunto deba ser tramitado por algún otro órgano, caso en el cual remitirá el asunto.

Una vez aceptada la petición, se propone a las partes la firma de un acuerdocompromiso para participar corresponsablemente en el procedimiento de conciliación (esto varia en la práctica, y la existencia o no de tal acuerdo no vicia el procedimiento).

El conciliador o la conciliadora en arreglo con las partes fijarán la fecha y hora de las sesiones y en caso de desacuerdo lo hará de oficio.

En este punto del procedimiento, por lo general se instruye a los interesados respecto del alcance y funcionamiento del mismo, así como sus derechos y deberes.

b) Fase intermedia: en esta se determina con claridad el problema planteado, pudiendo el defensor o defensora, dependiendo de la situación, entrevistarse separadamente con las partes. En cualquier estado del procedimiento debe escucharse la opinión del niño, niña o adolescente[272] y los interesados podrán estar asistidos de abogados, sin embargo la incomparecencia de éstos no impide el curso del proceso. La propia ley brinda instrucciones[273] al defensor o defensora para ejercer sus atribuciones en esta fase del proceso. Entre ellas destaca: *i)* explicar a las partes las reglas de la comunicación; *ii)* facilitar el diálogo a través de preguntas que permitan conocer la situación familiar; *iii*) desarrollar las sesiones en tiempo prudencial; *iv)* evitar imponer una solución; *iv)* asegurarse que las personas hayan comprendido los problemas familiares y las propuestas de solución; y *v)* redactar los acuerdos en **forma sencilla, con lenguaje cotidiano**.

c) Fase final: el procedimiento puede terminar con la firma del acuerdo o por decisión del defensor o defensora en los supuestos siguientes: *i)* incumplimiento de las reglas establecidas en la sesión; *ii)* cuando considere que el procedimiento no puede alcanzar su finalidad; *iii)* cuando considere que el conflicto debe ser abordado por otro procedimiento; cuando no se logre un acuerdo total o parcial; y *iv)* cualquier otra establecida en la ley.

En todo caso, la duración del procedimiento será de un mes contado a partir de la sesión inicial o de ocho sesiones conciliatorias, pudiendo prorrogarse a solicitud de los intervinientes y cuando el defensor o defensora considere que hay posibilidad de llegar a algún acuerdo.

Si el procedimiento termina sin acuerdo entre los usuarios, el defensor o defensora está en la obligación de notificar a las autoridades competentes, cuando exista o se presuma amenaza o violación de los derechos inherentes a los niños, niñas o adolescentes.

De lograrse el acuerdo, se levantará un acta donde se indique: *i)* los datos de identidad de las partes, *ii)* la naturaleza del asunto; *iii)* una relación sucinta de lo acontecido en el proceso; *iv)* lugar y fecha del acuerdo; *v)* firma de las partes y del conciliador o conciliadora. Con la firma del acta el acuerdo surtirá efecto de inmediato.

De tratarse de un acuerdo parcial, se anotará en el acta los puntos sobre los cuales no hubo acuerdo, quedando abierta la vía judicial para plantear tal desacuerdo.

---

[272] LOPNNA Artículo 80 Idem. "Parágrafo Primero. Se garantiza a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, especialmente en todo procedimiento administrativo o judicial que conduzca a una decisión que afecte sus derechos, garantías e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior."

[273] LSPEMPFNNA artículo 20.

En cualquiera de los dos casos, el acta se remitirá a los 5 días siguientes a los tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes para su homologación. Una vez homologados, pueden modificarse si los interesados lo solicitan con fundamento en el interés superior del niño, niña y adolescente, para lo cual se realizará un nuevo procedimiento conciliatorio.

La homologación la realizaría el juez o jueza de primera instancia de mediación y sustanciación a los tres días siguientes a la recepción del acuerdo, a menos que: *i)* vulnere los derechos de los niños, niñas y adolescentes, *ii)* trate asuntos sobre los cuales no es posible la conciliación; *iii)* se refiera a materias no disponibles o derechos irrenunciables; y *iv)* verse sobre hechos punibles.

Por último, es preciso destacar que con el objeto lograr el acatamiento de los acuerdos, a fin de brindar protección a los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes que se envueltos en el conflicto familiar, el incumplimiento del mismo constituye una infracción que será sancionada con multa de 15 a 90 unidades tributarias.

2. CONCLUSIONES.

A modo de conclusión podemos decir que, la incorporación de los medios alternativos de resolución de controversias al sistema de justicia permite no sólo, el descongestionamiento de los tribunales, sino también contribuye a la construcción de la paz social, especialmente cuando por medio de ellos se logran resolver controversias familiares, donde se estimula a que la solución al problema nazca desde los propios integrantes de la familia.

Este es el caso del procedimiento de conciliación llevado a cabo en las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes, con el cual además se alcanza democratizar la justicia al ser un mecanismo que, por la forma como está estructurado, permite acercarla al ciudadano, materializándose así el derecho humano a la justicia gratuita y accesible consagrado en nuestro texto constitucional.

El hecho de que la propia colectividad tenga potestad intervenir en la creación de las defensorías incrementa, sin duda, los niveles de efectividad en la resolución de controversias, primero, porque quien más que la propia comunidad para conocer sus necesidades, segundo, debido a que al emerger de la participación social se aumenta la confianza entre los usuarios respecto a su funcionamiento, y tercero, porque serán ellos mismos que vigilen y evalúen su desempeño (contraloría social).

Las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes, son pues un ejemplo de cómo la sociedad y el sistema de justicia se complementan, y tienen necesariamente que hacerlo, para crear una sociedad más justa, y mucho más aun cuando se trata de un tema tan sensible como lo es la

protección de los niños, niñas y adolescentes, las generaciones futuras, los ciudadanos y ciudadanas del mañana.

3. RECOMENDACIONES.

- Incorporar entre los requisitos para ser defensor o defensora de niños, niñas y adolescentes el haber cursado estudios en el área de conciliación en materia de familia, los cuales pudieran ser dictados y financiados por los organismos del Sistema Rector, como es el caso de la Defensoría del Pueblo que tiene un programa de formación gratuito de conciliación y mediación en esa área.

- Proveer las condiciones necesarias para que todas las defensorías, o por lo menos, las que reciban más denuncias y procedimientos, cuenten con un equipo multidisciplinario, a los efectos de mejorar la atención a los casos y dar una respuesta expedita.

- Centralizar en una plataforma electrónica pública información relacionada con: 1) la cantidad de defensores y defensoras a nivel nacional y el lugar donde ejercen sus funciones; 2) si la defensoría fue producto de la iniciativa popular o la alcaldía; 3) número y tipo de casos atendidos/solucionados/reincidentes (respetando siempre el principio de confidencialidad); 4) resultado de las inspecciones realizadas a las defensorías; 5) formatos únicos para utilizar en los casos (a fin de evitar la solicitud de requisitos innecesarios).

4. REFERENCIAS.

- Serie de Derechos Humanos N° 2. Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes. Fundación Editorial El perro y la rana. Fundación Juan Vives Suriá de la Defensoría del Pueblo. 2010. Disponible en: http://www.defensoria.gob.ve/images/pdfs/librosDDHH/sistema_rector_nacional.pdf

- Serie de Derechos Humanos N° 3. Derechos del Niño, Niñas y Adolescente. Las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes. Fundación Editorial El perro y la rana. Fundación Juan Vives Suriá de la Defensoría del Pueblo. 2010. Disponible en: http://www.defensoria.gob.ve/images/pdfs/librosDDHH/defensorias_nna.pdf

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en: Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpresa por error y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinaria N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, y Enmienda N° 1 aprobada mediante referéndum constitucional publicada en la Gaceta

Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009. Disponible en: http://www.tsj.gob.ve/constitucion

- Ley Orgánica de los Consejos Comunales. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.335 del 28 de diciembre de 2009. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/diciembre/28122009/28122009.pdf#page=1

- Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.185 Extraordinario del 8 de julio de 2015. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/gaceta_ext/junio/862015/E-862015-4307.pdf#page=1

- Ley sobre Procedimientos Espaciales en Materia de Protección Familiar de Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.570 del 9 de diciembre de 2010. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/gaceta_ext/junio/862015/E-862015-4307.pdf#page=1

- Plan de la Patria 2013-2019. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.118 Extraordinario del 4 de diciembre de 2013. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/gaceta_ext/diciembre/4122013/E-4122013-3859.pdf#page=1

- Plan Estratégico 2013-2019. Disponible en: http://www.tsj.gob.ve/documents/10184/100453/Cuaderno+de+Consulta+-+Plan+Estr%C3%A1tegico+del+Poder+Judicial+2013-2019/56ea1034-c5da-4504-b646-7bf7e1a60522

- Plan Nacional de Derechos Humanos Disponible en: http://consejoderechoshumanos.gob.ve/wpcontent/uploads/2015/07/plan_Nacional_Derechos_Humanos.pdf

- Plan para la Igualdad y Equidad de Género “Mama Rosa” 2013-2019, elaborado bajo la batuta del Ministerio del Poder Popular para la Mujer e Igualdad de Género 70% de las mujeres son las que conducen los consejos comunales http://minmujer.gob.ve/?q=descargas/publicaciones/plan-para-la-igualdad-y-equidadde-g%C3%A9nero-mam%C3%A1-rosa-2013-2019).

- Informe Anual de la Defensoría del Pueblo del año 2014. Disponible en: http://www.defensoria.gob.ve/images/informes_anuales/IA2014DP.pdf

- Censo del Ministerio del Poder Popular Para las Comunas y Movimientos Sociales del año 2014. Disponible en: http://www.mpcomunas.gob.ve/conoce-losresultados- del-censo-comunal-2013-desglosados-por-estados/#

- Sentencia N° 1.541 del 17 de octubre de 2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM

Ponencia 18 – Comisión 2

Título: La participación procesal de los niños, niñas y adolescentes consolidada con la sanción del Código Civil y Comercial Argentino.

Autor/es: Carolina Van Domselaar - Julián Emil Jalil

Datos autores:

Carolina Van Domselaar: Asesora de Familia. Profesora universitaria. Autora de artículos de doctrina

Julián Emil Jalil: Juez: Doctor en Derecho. Profesor de grado y posgrado. Autor de ocho obras jurídicas

Contacto:

Nombre y apellido: Carolina VAN DOMSELAAR – Julián Emil JALIL
Dirección: Paraguay Nª 89 – Trelew – Chubut – Argentina
Teléfono: +54 9 280 4421383 / 4421416
e-mail: cvandomselaar@juschubut.gov.ar

LA PARTICIPACIÓN PROCESAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CONSOLIDADA CON LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

INTRODUCCIÓN

Para abordar la participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de familia, debemos en primer lugar analizar los cambios operados en materia de derecho civil relativos a la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad.

En la República Argentina con la sanción y vigencia del Código Civil y Comercial (CCyC) operó una reforma importante y esperada en aquello que refiere a la capacidad de ejercicio de los niños, niñas y adolescentes.

En la época de la sanción del Código Civil (CC) la capacidad se adquiría plenamente a partir de los veintidós años y era el padre quien ejercía el gobierno de los hijos legítimos y de sus bienes, prescindiendo totalmente de la opinión o deseo de la persona tutelada.

Con el correr del tiempo, las sucesivas reformas redujeron la edad para adquirir la plena capacidad a veintiún años, luego a dieciocho años y se mantuvo de manera lineal el parámetro rígido basado en la edad cronológica para determinar la capacidad de obrar, independientemente de la aptitud que tuviera la persona para ejercer el derecho de que se trate.

En el año 1994, la reforma de la Constitución Argentina produce un quiebre en la legislación. Se incorporan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al plexo constitucional, elevándolos a ese rango, sin que estos cambios se vieran reflejados en el Código Civil.

Si bien luego de ello, se sancionó la ley Nº 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes bajo los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), el Código Civil mantuvo los institutos relativos a la capacidad/incapacidad, generándose una fuerte tensión entre éste y los mandatos constitucionales.

Esta tensión obligó a los operadores del derecho a acortar la brecha que se había generado entre la legislación interna y las normas constitucionales, aplicando los tratados internacionales en las cuestiones de índole civil[274].

LA CAPACIDAD DE EJERCICIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El CCyCintrodujo modificaciones importantes en lo relativo a la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad, logrando de este modo ajustar la normativa civil a la CDN.

A partir del artículo 22 regula lo atinente a la capacidad. En su artículo 23 define la capacidad de ejercicio y establece que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en la norma o en una sentencia judicial.

Si ahondamos en la lectura de los artículos siguientes, y haciendo una interpretación integral, podemos concluir que la incapacidad se instituye con carácter excepcional y en protección de quien no está en condiciones psíquicas para ejercer por sí sus derechos.

[274]CCivyCom Concepción del Uruguay. L., L. V. c. M., I. s/ Ordinario tenencia de hijos medida cautelar (familia) custodia. LLLitoral 2014 (marzo), 19/03/2014, 166. Online: AR/JUR/93455/2013 "… 2. Que de las constancias del expediente, y atenta lectura de la Sentencia apelada, no surge que se haya tenido en cuenta o valorado, al momento de resolver, la opinión del niño, pese a haber sido escuchado por los integrantes del Gabinete Técnico y el Juez de grado en diversas oportunidades. 3. Considero que, por vía de principio, tal vacío de fundamentación, viola las disposiciones delArt.12 de la Convención de los Derechos del Niño -Ley 23.849- (en adelante CDN); arts. 2, 3 inc. "b", 19 inc. "c", 24 inc. "a"; y 27 inc. "b" de la Ley 26.061…"

Se reafirma entonces, que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción.

Partiendo de esta premisa, nos adentraremos en el análisis de la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad.

ESTRUCTURA DE LA CAPACIDAD DE EJERCICIO: UN SISTEMA MIXTO

Al respecto, la ley estructura esta capacidad teniendo como eje central la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, principio consagrado en la CDN y consecuentemente en la ley Nº 26.061[275].

La autonomía progresiva supone que en la medida que la persona avanza en el desarrollo de sus capacidades de acuerdo a su edad toma control sobre ámbitos competenciales de representación o sustitución delegados a sus padres o al Estado bajo un concepto paternalista, operando como límite a la autoridad sin importar quien pretenda ejercerla[276].

En este sentido el mismo Código dispone en el artículo 639, como uno de los principios que rige la responsabilidad parental, el de la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. De igual modo, el artículo 646 establece como deberes de los progenitores considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; y prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos.

Con esto, los progenitores valuarán a lo largo de la vida del hijo su desarrollo madurativo y en base a ello irán iniciándolo en el ejercicio de sus derechos por si, en la medida que responda a su mejor interés.

La normativa en análisis, cambia radicalmente el paradigma en el cual se sustentaba el Código Civil derogado. Abandona la pauta rígida dada por el cumplimiento de la edad estipulada legalmente como único parámetro para atribuir capacidad, flexibilizando notablemente las normas reguladoras al incorporar la formula *edad y grado de madurez*.

Así, determina en el artículo 24 que son incapaces de ejercicio las personas que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección Primera del Capítulo Dos, Título Primero del Libro Primero.

---

[275]Artículos 5, 12 y 14 de la Convención de los Derechos del Niño y artículos 3 inc d), 19 inc a) y 24 inc b) de la ley Nº 26061.

[276]Silvia E. Laino Pereyra. Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay 2012

La referencia a la presencia de una cierta *edad y madurez suficiente* se emparenta mayormente con la noción bioética de "competencia", que refiere a la existencia de ciertas condiciones personales que permiten entender configurada una determinada aptitud, suficiente para el acto de cuyo ejercicio se trata. Esta noción es de carácter más empírico que técnico y toma en consideración la posibilidad personal de comprender, razonar, evaluar y finalmente decidir en relación al acto concreto en juego. Así, si bien una persona puede ostentar capacidad en términos generales, como noción quizás más "transversal", puede en cambio carecer de competencia para la toma de determinadas decisiones; a la inversa, la carencia de la tradicional capacidad civil no impide admitir la aptitud de la persona que demuestre comprender, razonar y definir opciones en relación a un acto concreto - esto es, ostentar competencia a pesar de su eventual condición de incapacidad civil-[277].

Podemos afirmar entonces, que el Código recepta en la más amplia concepción al niño como sujeto de derechos. A partir de allí resulta imposible escindir de tal conceptualización, el reconocimiento de la facultad de actuar autónomamente en la medida de su evolución y desarrollo personal.

Conforme el sujeto crece, va adquiriendo competencias, experiencias y conocimientos que le permiten comprender las consecuencias de sus elecciones y desenvolverse con mayor independencia en los actos de la vida. A mayor edad, tendrá más autonomía justamente por esta experiencia que ha transitado y la madurez adquirida.

La nueva legislación establece un *sistema mixto* para determinar la capacidad de una persona, ya sea considerando la madurez del sujeto o bien previendo una edad concreta para realizar el acto específico en cuestión.

a. Parámetro etario

Cuando hablamos de parámetro etario es porque la norma refiere a una edad determinada a partir de la cual la persona puede realizar el acto jurídico.

En estos casos la persona menor de edad procederá por sí, sin ningún tipo de condicionamiento externo a su propia voluntad. Es decir, podrá actuar en forma autónoma y el legislador ha previstos estos supuestos expresamente determinando la edad a partir de la cual puede concretar el acto, ya sea mencionando ésta en particular (diez años, trece años, dieciséis años) o haciendo referencia al *adolescente* (trece años).

Aquí claramente el Código utiliza una pauta rígida estableciendo una edad específica a partir de la cual reconoce la capacidad del sujeto.

[277] Silvia E. Fernández. Comentario al artículo 24. Código Civil y Comercial Comentado. IFOJUS. 2015

De la misma forma que la ley dota de capacidad plena a la persona que cumplió 18 años, en estos casos, está habilitando para un acto en particular a la persona que cuenta con una edad menor.

A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 26 que equipara al adolescente que haya cumplido los dieciséis años con un adulto para tomar las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, o el artículo 644 al establecer que los progenitores adolescentes estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud, o bien el artículo 617 que en su inc. d) establece que el pretenso adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso para la adopción.

b. Edad y grado de madurez suficiente

En otros supuestos, para que el actuar autónomo de las niñas, niños y adolescentes se materialice, requiere que la persona detente *edad y grado de madurez suficiente*. Así lo establece de manera genérica el artículo 26 en su segundo párrafo.

Esta fórmula se repite a lo largo del cuerpo legal, pero aplicada a situaciones concretas como por ejemplo las previstas en los artículos 66 y 627 en relación al apellido. El artículo 66autoriza a la persona con edad y grado de madurez suficiente que carezca de apellido inscripto a pedir la inscripción del que está usando. Por su parte, el artículo 627, permite al adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos. En ambos supuestos la norma requiere que la persona cuente con edad y grado de madurez suficiente.

¿Quiénes son las personas menores de edad que tendrían capacidad de ejercicio cuando la norma utiliza la construcción edad y grado de madurez?

Para responder esta pregunta debemos recurrir a las normas que regulan lo concerniente a los actos lícitos realizados con discernimiento.

El discernimiento es una aptitud de la inteligencia que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente de las acciones humanas. Se trata de estados de conciencia que permiten al sujeto apreciar las consecuencias de sus acciones. El discernimiento se presume y quien invoca lo contrario debe acreditarlo.[278]

El artículo 261 inc. c) reputa como involuntario, por falta de discernimiento, el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

[278]Gonzalo PerezPejcic. Comentario al artículo 260 CC y C, Pág. 435. Código Civil y Comercial Comentado. Editorial IFOJUS. 2015

A *contrario sensu*, la ley atribuye discernimiento a las personas mayores de trece años cuando de actos lícitos se trata.

Por ello, en la construcción *edad y grado de madurez suficiente*, creemos que el Código está habilitando a las personas mayores de trece años, a quienes reconoce expresamente discernimiento, a realizar por si mismas el acto de que se trate.

Existe así, una presunción de que el adolescente posee el grado de madurez necesario, y con ello capacidad para ejercer por sí los actos que la ley autoriza a realizar a quienes posean *edad y grado de madurez suficiente;* quien pretenda desconocerla, deberá oponerse probando que la persona carece de la madurez aludida.

Para completar nuestra interpretación de la fórmula legal, que devendrá en la capacidad de ejercicio de un niño, niña o adolescente, resta examinar lo atinente al *grado de madurez suficiente,* donde claramente se refleja el principio de autonomía progresiva.

A esos fines debemos retomar el análisis del artículo 261 inc. c), en éste el Código realiza una modificación sumamente importante flexibilizando las normas relativas al discernimiento, incorpora en la parte final del mencionado artículola frase *sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.* Es decir que contempla la posibilidad de considerar lícitos y realizados con discernimiento los actos de personas que no hayan cumplido trece años.

Entendemos que en estas disposiciones especiales están comprendidas todas las normas que aluden al grado de madurez suficiente del sujeto, y por lo tanto habilita, en determinadas circunstancias, a considerar actos lícitos con discernimiento aquellos realizados por niñas y niños.

Dentro del marco normativo apuntado, si una persona pretende ejecutar un acto jurídico por sí misma sin alcanzar la edad de trece años, deberá determinarse que ostenta la suficiente madurez para adoptar una decisión razonada respecto a ese acto puntual. Para ello será necesario evaluar sus condiciones personales, sus aptitudes y competencias, desarrollo psicológico, emocional y social, entre otras, y concluir que tiene la capacidad para ejercer su derecho por sí.

Podría suceder, por ejemplo, que un niño de doce años tenga igual aptitud y madurez que un adolescente de quince años para ejercer por sí, el derecho a conocer los datos relativos a sus orígenes y acceder al expediente judicial y administrativo, en caso de haber sido adoptado (artículo 596). Es decir, que ambos posean igual capacidad de ejercicio en referencia al mismo acto, teniendo edades disímiles.

El requisito legal es el mismo: edad y grado de madurez. La diferencia radica en que en relación al niño será necesario determinar mediante una evaluación que su desarrollo madurativo es acorde al acto que pretende realizar ya que carece de la edad legal (trece años). Por el contrario, en el caso del adolescente, la ley presume que ese desarrollo madurativo existe y por ende tiene

capacidad para realizar el acto sin necesidad de representación. La evaluación de la madurez del adolescente, sólo podría ser pretendida con la finalidad de desvirtuar la presunción mencionada.

En síntesis, cuando la norma reconoce capacidad de ejercicio a las personas que posean edad y grado de madurez suficiente, los adolescentes podrán actuar sin necesidad de representación, mientras que si se trata de niños o niñas (menores de trece años), para que intervengan autónomamente, deberá evaluarse y determinarse que poseen el desarrollo madurativo necesario para ello.

PARTICIPACIÓN DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE EN LOS PROCESOS

El derecho del niño, niña o adolescente a participar por sí en todo proceso que lo afecte está consagrado, de manera genérica, en el artículo 12 de la CDN, en el artículo 27 de la ley 26061 y en el artículo 707 del CCyC.

El artículo 12 de la Convención determina la obligación de los Estados de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño.

El art. 27 de la ley 26061 señala que el Estado deberá garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, entre otros derechos y garantías, a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente y que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte.

Finalmente el artículo 707 determina que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

No podemos dejar de mencionar que la Observación General Nª 12 del Comité de los Derechos del Niño, efectúa un reconocimiento elocuente en cuanto a los tipos de procesos en que tendrá participación el niño, ya sea administrativos (en el ámbito de la salud, educación, de protección, etc.) o judiciales. El párrafo 2 del artículo 12 especifica que deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular "en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño". El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad

social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje[279].

Los derechos de las personas menores de edad se debaten en procedimientos administrativos, como en procesos judiciales que tramitan en diferentes fueros, y donde el eje central en la faz adjetiva, es la "accesibilidad" de la persona menor de edad al Servicio de Justicia, y la consecuente posibilidad de actuar "de manera directa" en algunos casos con asistencia letrada, para la exigibilidad y la eficacia de sus derechos. De esta manera, la persona menor de edad ejerce por sí misma su participación procesal en el marco de su autonomía progresiva.

Con relación a la accesibilidad, hacemos la distinción entre "el derecho a ser oído" de la persona menor de edad (art. 12 CDN., Observación General n° 12 Comité Derechos del Niño, art. 26 tercer párrafo CCyC.), y el "derecho a la participación procesal" con asistencia letrada.

Ambos son conceptos jurídicos que guardan una relación de género a especie, donde el concepto genérico (de mayor extensión) es el "derecho a ser oído", mientras que el concepto específico (de menor extensión e incluido en el concepto genérico) es el "derecho a la participación procesal". Es decir, que toda niña o niño tiene derecho a ser oído (escuchado) en todo proceso administrativo y judicial, mientras que no toda persona menor de edad participará activamente y de manera directa (formulando peticiones concretas) en un proceso administrativo y/o judicial.[280]

PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN LOS PROCESOS CON ASISTENCIA LETRADA

Adentrándonos en el análisis del derecho de las personas menores de edad a participaren los procesos con asistencia letrada, encontramos su reconocimiento genérico en los inc. c), d) y e) del artículo 27 de la ley 26061 que establece el derecho del niño a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya; a participar activamente en todo el procedimiento ya recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

[279]Observación General Nª 12 "El Derecho del Niño a ser escuchado" 2009. Comité de los derechos del Niño. 51º período de sesiones. Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009. Párrafo 2 del artículo 12. i) El derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño"

[280]El abogado del adolescente como garantía de acceso a la justicia en el código civil y comercial. Gustavo Daniel Moreno. Revista de Derecho Procesal. 2016-1. Ed RubinzalCulzoni. pág 228

Por su parte también en el Código Civil y Comercial expresamente hace mención a este derecho en varios de sus artículos.

El capítulo 8 “Representación, Disposición y Administración de los bienes del hijo menor de edad” del Título VII “Responsabilidad Parental” inicia con el artículo 677 “Representación”.

Este artículo determina que “Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados. Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para interveniren un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada”.

Nuevamente podemos apreciar el cambio de paradigma operado en la materia. En el régimen anterior[281] eran los padres quienes, sin intervención alguna de los hijos, podían estar en juicio por ellos; hoy los progenitores también pueden ejercer esa representación, no obstante, y he aquí la diferencia, expresamente los adolescentes están habilitados para actuar procesalmente de manera autónoma y con asistencia letrada.

Si bien podemos decir que ésta es la norma general en cuanto a la participación procesal de los adolescentes, otros artículos hacen la misma referencia. Citemos algunos ejemplos: el artículo 109 relativo la tutela especial prevé que cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes o entre personas incapaces que tiene un mismo representante, si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada. Por su parte el artículo 596 faculta al adolescente a iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes; y el artículo 680 determina que el hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos.

Podemos concluir que los adolescentes podrán participar de manera autónoma y con asistencia letrada, como actores o demandados en todo proceso que los afecte.

¿Qué sucede entonces con las personas que no han cumplido trece años? ¿Pueden actuar en un proceso de manera autónoma con asistencia letrada?

Como lo hemos mencionado anteriormente, el artículo 26instituye que la persona menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico y que en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

De igual modo encontramos que el artículo 679 faculta al hijo menor de edad a reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada, o el artículo 661 que lo legitima a demandar, con asistencia letrada, al progenitor que falte a la prestación de alimentos.

---

[281] ARTICULO 274.- Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados....

Por su parte los artículos 608 y 617 contemplan la intervención con carácter de parte de la niña, niño o adolescente que cuente con edad y grado de madurez suficiente en el proceso de declaración judicial de estado de adoptabilidad y en el de adopción.

Es decir que está prevista expresamente la actuación procesal con asistencia letrada de los niños y niñas cuando la norma así lo autoriza y siempre que cuenten con la madurez suficiente para el acto de que se trate.

Otra forma de actuación procesal de los niños y niñas estará dada por la autorización que efectúen sus progenitores para estar en juicio. En efecto, entendemos que los supuestos a los que se refieren el artículo 645 en su inc. d) cuando determina los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores, se circunscriben a los hijos menores de trece años. Ello así teniendo en cuenta que, como hemos dicho, los hijos adolescentes poseen la capacidad de ejercer su derecho a intervenir en un proceso de manera autónoma y con asistencia letrada.

Por último diremos que los supuestos normativos de participación no son obligatorios, sino que por el contrario, deberá sujetarse el ejercicio de este derecho a la voluntad de la persona menor de edad.

Como podemos apreciar la participación procesal estará supeditada en ocasiones al cumplimiento de la edad establecida en la norma(trece años), mientras que en otras a que la persona posea la edad y el grado de madurez suficiente (niñas y niños), con lo cual, el adolescente podrá actuar en un proceso con asistencia letrada cuando así lo desee, mientras que si se trata de un niño o una niña, además de su voluntad, deberá evaluarse previamente si está en condiciones de comprender el acto y comprobar que detenta la madurez suficiente para ejercerlo por sí.

Sin duda alguna, con la nueva legislación se ha ampliado considerablemente la posibilidad de actuación con patrocinio letrado de los niños, niñas y adolescentes en los procesos, resultando la sociedad toda responsable de la efectivización de este derecho.

PROPUESTAS

De lege lata: Proponemos la siguiente interpretación de las normas analizadas.

- Cuando la ley autoriza a la persona a realizar un acto por sí misma y determina expresamente la edad mínima mencionándola (diez años, trece años, dieciséis años) o haciendo referencia al adolescente (trece años), no admite cuestionamiento la capacidad de ejercicio para el acto jurídico.
- En los casos que el Código requiere edad y grado de madurez suficiente para reconocer el actuar autónomo de la persona menor de edad, sin referenciar una edad concreta, la respuesta legal difiere según se trate de adolescentes o de niños y niñas. Los primeros podrán actuar sin

necesidad de representación y quien pretenda desconocer su capacidad, deberá oponerse, probando que la persona carece de la madurez suficiente. Si se trata de niños o niñas (menores de trece años), para que intervengan autónomamente, deberá evaluarse y determinarse que poseen el desarrollo madurativo necesario para ello.

- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a participar en todo proceso que lo afecte, ya sea administrativo o judicial y la garantía mínima estará dada por el efectivo ejercicio de su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta.
- Las personas menores de edad pueden participar de dos formas en los procesos, la primera mediante la concreción del derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta y la segunda mediante su actuación autónoma con asistencia letrada.
- Los adolescentes podrán participar de manera autónoma y con asistencia letrada, como actores o demandados en todo proceso que los afecte.
- Los niños y niñas podrán tener una actuación procesal autónoma con asistencia letrada cuando la norma así lo autoriza y siempre que cuenten con la madurez suficiente para el acto de que se trate. Asimismo, podrán actuar en tal carácter cuando cuenten con la autorización expresa de ambos progenitores.

Ponencia 19 – Comisión 2

Título: El proceso abreviado y los derechos de niños, niñas y adolescentes: Un modelo procesal novedoso de efectivización de derechos en El Salvador. Fortalezas y desafíos.

Autor/es: Alex David Marroquín Martínez

Datos y contacto autor:

Magistrado de la Cámara Especializada de la niñez y Adolescencia, con sede en San Salvador, El Salvador. Máster en Administración de Justicia con énfasis en Relaciones Familiares de la Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica. Capacitador a tiempo parcial de la Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador. Catedrático de la Universidad Capitán General Gerardo Barrios de San Miguel, El Salvador, en materia de familia y niñez y adolescencia. Dirección de correo electrónico: abogadosv@gmail.com Teléfono: (503)79243334.

EL PROCESO ABREVIADO Y LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: UN MODELO PROCESAL NOVEDOSO DE EFECTIVIZACIÓN DE DERECHOS EN EL SALVADOR. FORTALEZAS Y DESAFÍOS.

RESUMEN:

La presente ponencia quiere resaltar la estructura del proceso abreviado, como mecanismo procesal novedoso instaurado en El Salvador, a partir del año 2011, para dar respuesta a supuestos problemáticos de niñez y adolescencia, en el ámbito de protección (no penal), que revisten elementos de urgencia y necesidad. Dicho mecanismo procesal es un buen ejemplo y avance de diseño legislativo con enfoque de derechos, que concreta las exigencias que se plantean en los Arts. 25. 1, 25.2b de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, en el Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2.3a y 2.3b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También es objeto de esta reflexión resaltar que, a pesar de lo novedoso en el diseño del proceso abreviado, siempre hay espacio para las contradicciones y deficiencias de regulación, por la falta de una adecuación integral del sistema jurídico en el proceso de formación de las leyes, que vincule todos los ámbitos normativos referidos a niños, niñas y adolescentes, a fin de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de dichas personas. De ahí la

necesidad de concretar un protagonismo judicial efectivo, en la interpretación y aplicación de la ley, que supere esas incongruencias o vacíos, y favorezca el acceso a la justicia sin sacrificar las garantías constitucionales.

1. ANTECEDENTES:

En el mes de octubre del año 1994 entra en vigencia la nueva normativa en materia de familia: Código de Familia y Ley Procesal de Familia (en adelante CF y LPF). Esto significaba el abandono de la clásica consideración de las relaciones familiares en el Código Civil, dando autonomía a dicha regulación, y trataba de adecuarse a los desafíos que la evolución del derecho de familia planteaba en el mundo, poniéndose énfasis a los cambios que experimentaban las familias y su dinámica relacional en el constructo socio familiar y económico, donde los fenómenos de la globalización, la migración, el desarrollo de la tecnologías de la comunicación, etc., propiciaban nuevos escenarios relacionales y de conflictos.

En el ámbito procesal, se implementaba un diseño novedoso, en cuanto a plazos de tramitación, y funciones de los jueces y juezas, que implicaba un rediseño de las instituciones procesales tradicionales referidas a la admisión de la demanda, sus requisitos, las posibilidades de alegación en el acto de contestación de la demanda, el dictado de la sentencia, etc. Se instituía el principio básico de actuación procesal de prohibición del ritualismo y de la obligación de resolver no obstante hubiere vacíos, insuficiencia normativa o contradicciones que generaran oscuridad en la regulación, dadas las específicas características de las problemáticas que se generaban en sede judicial.

No obstante la importancia que representaba el hecho de la aprobación de la nueva normativa, y particularmente lo atinente al ámbito procesal, es importante destacar que la misma no implicó un avance significativo para los derechos de la niñez y adolescencia. En efecto, tanto en lo referido al derecho de fondo como a los aspectos procesales, el nuevo esquema normativo seguía con elementos del modelo tutelar en relación a los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA).

Se hablaba de un concepto de interés superior muy abstracto, abierto, sin conexión con las decisiones y prácticas institucionales, en lo administrativo y judicial; Se establecía un sistema nacional de protección, sin elementos claros de coordinación y articulación, más como una suma de entidades vinculadas al trabajo de niñez y adolescencia; se instituía el matrimonio adolescente, la corrección moderada y adecuada de los niños, niñas y adolescentes; se circunscribía la efectividad del derecho de opinión y participación a partir de los doce años en adelante, y en general el proceso de familia estaba pensado en clave adultista, pues se visibilizaban más bien los procesos de custodia, régimen de comunicación y trato, adopción, etc., a partir de las necesidades, intereses o expectativas de las personas adultas que tenían bajo su cargo.

A pesar de dichas circunstancias, era evidente que la nueva modalidad procesal en materia de familia, constituía una ruptura con las tradicionales fórmulas procedimentales, de corte civilista, y al menos, desde lo abstracto, desde la ley, se posibilitaba el acceso a la justicia en condiciones adecuadas, con plazos muy breves, una estructura procesal sencilla, un único proceso contencioso, y fundamentalmente, una estructura jurisdiccional, con nuevos jueces y juezas, que se formaban con un enfoque diferente, y que presagiaban una nueva era en la solución de las problemáticas que se erigían en el seno de las familias.

El avance era importante, pero se seguía careciendo de una regulación específica que respondiera, de mejor manera, a las condiciones que presentaban los NNA en el constructo socio familiar. Es hasta el año 2009 que se aprueba la LEPINA[282], la cual entra en vigencia en enero de 2011, y que diseñaba procesos propios para el tratamiento de la problemática de los NNA.

Particularmente, se establecía un modelo procesal muy expedito, concentrado, pensado para aquellos supuestos particulares de NNA que requerían de respuestas urgentes, sin dilaciones, que sin eliminar los aspectos esenciales del debido proceso, fuera coherente con la exigencia que se planteaba en los Arts. 25. 1, 25.2b de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, en el Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2.3a y 2.3b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que exigen el diseño de recursos sencillos.

Esta idea, se ha entendido en la jurisprudencia de la Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia (en adelante CENNA), como *"(…) alternativa procesal efectiva, rápida, que se establezca con esa finalidad tutora o proteccionista de los derechos de las personas, y en particular de los niños, niñas y adolescentes. Así, ese recurso puede entenderse como medida cautelar urgente, como medio de impugnación sencillo y accesible, o como diseño procedimental sumarísimo. La idea es que, en la sede judicial las personas puedan encontrar, de forma inmediata, una respuesta efectiva y justa a sus exigencias de tutela."*

2. ESTRUCTURA PROCESAL Y SUPUESTOS DE COMPETENCIA.

[282] Ley de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia, aprobada por **Decreto Legislativo,** Nº: **839, de** fecha:**26/03/2009, publicado en el** D. Oficial: **68,** Tomo: **383, de fecha 16/04/2009**

La LEPINA diseña dos tipos de proceso judicial, ambos de naturaleza contenciosa: El proceso general de protección y el proceso abreviado. El primero es exactamente el mismo proceso de familia contencioso, con algunas modificaciones importantes; el segundo, en cambio es una modalidad procesal nueva dispuesta para asuntos que revisten caracteres de urgencia y necesidad.

El llamado proceso abreviado, tiene fases procesales que se caracterizan por ser expeditas, muy sencillas y con plazos muy cortos. Los supuestos de conocimiento bajo dicha modalidad procesal, dada su naturaleza, requieren de un pronunciamiento inmediato. Dichos supuestos son los siguientes: a) Revisión de medidas de protección dictadas por las juntas de protección; b) Incumplimiento de medidas de protección dictadas por las juntas de protección; c) Tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas; d) Salidas del país; y e) Los casos de restitución por sustracción o retenciones ilícitas.

El proceso inicia con la presentación de una demanda. El plazo para que el juez o jueza revise los requisitos de la demanda y disponga su admisibilidad, es de 24 horas. En esta tarea, el juez o jueza puede, incluso, subsanar de oficio todos aquellos aspectos formales que sean subsanables, lo que resalta su carácter expedito y ágil en relación a la naturaleza urgente que revisten sus supuestos de competencia.

Una vez admitida la demanda, el Art. 233 LEPINA establece que deberá señalarse fecha para la realización de la audiencia única, lo cual deberá ocurrir en un término de veinticuatro horas a partir de su señalamiento. ¿Cómo se ha interpretado dicha norma? El Art. 215 LEPINA prevé que las reglas aplicables a los procesos en materia de niñez y adolescencia serán las que se disponen en la LPF[283], con las modificaciones que se planteen en la misma LEPINA. A partir de eso, se ha dicho que el juez o jueza debe prever señalar la audiencia en el plazo de cuatro días siguientes a la realización de la admisión de la demanda. La razón es que una norma que está en la LPF[284], y que no ha sido modificada por la LEPINA, prescribe que la persona convocada a audiencia, debe haber sido citada por lo menos con tres días de anticipación, lo cual se vincula con los derechos de audiencia y defensa, pues debe garantizarse siempre el debido proceso.

La estructura de la audiencia única se compone de las siguientes fases: a) Apertura de la audiencia y relación sucinta de los hechos planteados en la demanda; b) Contestación de la demanda; c) Conciliación, cuando sea procedente, d) Fijación de los hechos controvertidos; e) Admisión de la prueba ofertada; f) Actividad probatoria; g) Alegatos; y h) Dictado de la sentencia. En esta última

[283] Inciso primero del Art. 215 de la LEPINA: *"Para tramitar las pretensiones relativas a los derechos y deberes establecidos en la presente Ley, en las distintas etapas, instancias y grados de conocimiento, se aplicarán las disposiciones de la Ley Procesal de Familia, con las modificaciones que se establecen en la presente Ley"*.

[284] Inciso segundo del Art. 36 de la Ley Procesal de Familia: *"Si las partes que han de estar presentes en la audiencia no han sido citadas, por lo menos tres días antes de la fecha señalada para su celebración, dicha audiencia no se llevará a cabo, bajo pena de nulidad, se hará otro señalamiento y se citará de nuevo a las partes"*.

fase, la LEPINA plantea que la sentencia podrá dictarse cinco días después de concluida la audiencia, cuando la complejidad del caso así lo amerite.

Posteriormente, se desarrolla la fase de impugnación, para la cual, por regla general, de conformidad al Art. 215 LEPINA, citado antes, se aplicarán las reglas que plantea la LPF en sus Arts. 147 al 162, aunque modificadas por la LEPINA.

3. FORTALEZAS:

A continuación haré un breve esbozo de las fortalezas que deben destacarse de esta modalidad procesal, y que la configuran como un mecanismo ágil, expedito y sencillo de accesar y obtener justicia.

a) Criterios de competencia territorial. La regla clásica o tradicional, definitoria del criterio de competencia territorial, ha sido el domicilio del demandado. La LPF, en su Art. 34, deja entrever, precisamente, que el domicilio del demandado constituye el parámetro para notificarle personalmente. Así se ha actuado desde el año 1994, en que dicha normativa entró en vigencia. En ese sentido, aunque se estuviese frente a un proceso de alimentos, de custodia, de régimen de comunicación y trato, en donde la titularidad del derecho discutido corresponde al NNA, la regla de emplazamiento ha girado siempre sobre la figura y domicilio de la persona demandada.

Con la aprobación de la LEPINA, que junto a la Convención sobre los Derechos del Niño (En adelante CSDN), constituyen el régimen jurídico aplicable a los NNA en El Salvador, dicho criterio de competencia territorial se ve sensiblemente modificado. Ahora la regla es que el domicilio a considerar ya no será el del demandado, sino el del NNA involucrado, y cuyos derechos están bajo consideración judicial, o el del lugar en donde acaeció la vulneración o puesta en riesgo de sus derechos.

Esta opción procesal vuelve la mirada a las personas que tienen condiciones de vulnerabilidad, y, en una especie de acción positiva, facilita el acceso a la justicia de las mismas, concretando los principios de corresponsabilidad, prioridad absoluta e interés superior. El acceso a la justicia se posibilita en el entorno natural de desarrollo del NNA, donde tiene su centro de vida, el lugar que constituye su residencia habitual.

b) Plazos de tramitación y concentración de la actividad procesal de alegación y decisión. Otro aspecto muy importante es el tema del tiempo dispuesto para la solución de los conflictos que se vinculan con la niñez y adolescencia, en los asuntos susceptibles de ser conocidos por el proceso abreviado. El Art. 244 LEPINA señala que el tiempo de duración de los procesos en esta materia será de veinte días hábiles, sin distinguir si eso se refiere al proceso general de protección o al

proceso abreviado. Esta circunstancia ha llevado a interpretar[285] la norma en el sentido que, si la naturaleza de los asuntos a conocer en el abreviado revisten caracteres de urgencia y necesidad, y por tanto una obligación de resolver en forma ágil y expedita, lo que debe concluirse es que los veinte días de duración sólo pueden estar referidos al proceso abreviado.

La sumariedad del proceso abreviado no debe significar una disminución de garantías o vulneración de derechos para las personas involucradas en el proceso. La Sala de lo Constitucional, sobre el particular ha sostenido que *"(…) Este último se caracteriza por la concentración de algunos actos procesales en la búsqueda de simplificación procedimental y rapidez, sin que ello implique mermar derechos y garantías de las partes procesales. Y es que, el hecho de que un proceso sea abreviado no implica per se la afectación de derechos constitucionales".* (607-2012. Sentencia de Amparo. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las ocho horas y cincuenta y un minutos del día doce de abril de dos mil trece).

Las fases de juicio de admisibilidad de la demanda, contestación de la demanda, fijación de hechos, admisión de prueba, actividad probatoria, alegatos, dictado de la sentencia, y fases de impugnación, se simplifican en circunstancias de tiempo y modo, realzándose el protagonismo del juez o jueza en la dirección del proceso y en la interpretación y aplicación del derecho desde una óptica principialista, particularmente desde el contenido de los principios de interés superior y prioridad absoluta.

4. DESAFÍOS ANTE PROBLEMAS DE DISEÑO NORMATIVO Y NECESIDAD DE INTERPRETACIÓN DINÁMICA E INTEGRADORA.

Siempre en el afán de buscar una interpretación dinámica, con enfoque de derechos, que posibilite el logro de la finalidad del sistema de protección contenido en el Art. 103 LEPINA, toca ahora hacer un breve análisis de todos aquellos aspectos que requieren de una interpretación dinámica para justificar que la duración del abreviado no puede o debe sobrepasar esos veinte días hábiles de que nos habla el Art. 244 LEPINA.

a) Caso de tratamientos médicos y plazo de decisión. El Inciso segundo del Art. 231 LEPINA señala que en el caso de intervención médica o tratamiento médico la resolución se otorgará en el término de dos horas. ¿A qué se referirá dicha norma? ¿A la resolución que decidirá la admisión de

[285] *"(…)Esta posibilidad se puede deducir de la misma LEPINA, la cual, en el Art. 244 establece que los procesos deberán durar un máximo de 20 días hábiles. Ese plazo de veinte días no puede referirse, por razones obvias, al proceso general de protección que tiene la misma estructura del proceso de familia, en donde sólo la fase de emplazamiento tiene un plazo de quince días hábiles para su realización. Por tanto, lo lógico es sostener que ese plazo está referido al proceso abreviado".* (Proceso con referencia 12/R/SS2/16-2. Sentencia de la CÁMARA ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, de las doce horas con treinta minutos del día treinta de mayo de dos mil dieciséis).

la demanda, o la decisión definitiva que decidirá si autoriza o no dicho tratamiento o intervención médica?

Considero que, para dar respuesta a dicha inquietud debe tomarse en cuenta lo estatuido en el Art. 18, inciso segundo LEPINA[286], el cual, en el mismo supuesto, también le da la misma competencia a la Procuraduría General de la República, como ente administrativo. Entonces, si a dicha institución la ley le da 24 horas para resolver sobre la autorización, dada la emergencia del caso y la necesidad de resolver inmediatamente, debe concluirse que es el mismo plazo que tiene el juez o jueza para dar respuesta en el mismo supuesto.

Entenderlo de manera distinta, sería establecer una diferenciación que tendría incidencias negativas en el ámbito de derechos de los NNA involucradas. Por ello, creo que la mejor manera de interpretar el inciso segundo del Art. 231 LEPINA es sostener que las dos horas están referidas a la admisión de la demanda o solicitud, y que al igual que la procuraduría, el juez o jueza debe resolver el caso en las mismas 24 horas.

Este sería un caso de medida autosatisfactiva en el ordenamiento jurídico salvadoreño. La decisión sobre la problemática planteada se agotaría con el dictado de la autorización del tratamiento o la intervención médica quirúrgica.

b) Trámite de la apelación. Otro de los aspectos que hay que definir, mediante una interpretación dinámica, con enfoque de derechos, es lo referido al plazo y trámite del recurso de apelación. Actualmente, en las reglas del proceso abreviado, no hay una indicación precisa de cómo será el trámite del recurso de apelación. Lo que existe es una referencia general, la del Art. 215 de la LEPINA, que prevé la aplicación de las normas generales del proceso de familia a materia de niñez y adolescencia. Si adoptáramos esta regulación implicaría que el plazo de planteamiento, tramitación y solución de dicho recurso tardaría alrededor de 18 días o 20 días, partiendo del hecho de que se actuaría en forma diligente.

Con esa sola posibilidad, ya se desnaturalizaría el plazo de los veinte días hábiles que señala el Art. 244 LEPINA, para el proceso abreviado. Por lo tanto, la opción interpretativa no puede ser esa. La otra posibilidad es sostener que, tratándose de un proceso *sui generis*, que no tiene un símil en la LPF, y que constituye una modificación procesal importante a las reglas que se contienen en dicha ley, en el trámite del abreviado no deben correrse los traslados a que hace referencia el Art. 160 de la LPF[287]. En su lugar, y ante esa omisión, debe aplicarse el contenido del Art. 512 del Código

[286] Art. 18, inciso segundo LEPINA: "Si la situación no es de emergencia, pero se pudieran derivar daños irreparables a la salud física del niño, niña o adolescente, el profesional médico solicitará al padre, la madre, representante o responsable la autorización para la hospitalización o intervención de la niña, niño o adolescente y en caso de ausencia u oposición de éstos, el profesional médico podrá solicitar la intervención del Procurador General de la República, quien deberá resolver en el plazo máximo de veinticuatro horas".

[287] La única excepción a dicha regla, ha sido desarrollada por la Cámara, en la sentencia 9/A/SS2/16-2, referida al caso de tratamiento médico o tratamiento médico, en donde es posible apelar en la audiencia única.

Procesal Civil y Mercantil, que indica la obligación del tribunal recurrido de enviar inmediatamente el escrito de apelación al tribunal superior para su conocimiento y decisión.

Esta interpretación ya se ha sostenido en la jurisprudencia[288] de la CENNA. Su concreción hace posible, por un lado, el cumplimiento del plazo de veinte días hábiles, y, por otro lado, se inscribe en la idea de dar cumplimiento a la finalidad del sistema de protección, de favorecer siempre el ejercicio efectivo de los derechos de NNA.

c) Casos de restitución por sustracción o retención ilícita. Otro de los aspectos que merece un análisis particular es lo referido a los casos de restitución internacional por sustracción o retención ilícitas. La LEPINA, si bien regula en su Art. 43 el tema de los traslados o retenciones ilícitas, no establece cuál es el procedimiento a seguir en dichos casos, en qué tipo de procesos, bajo qué requisitos, etc. El Art. 230 LEPINA, que es el que establece los supuestos de competencia susceptibles de ser conocidos bajo dicha óptica procesal, no incluye el supuesto de los traslados o retenciones ilícitas.

A raíz de ello, es importante recurrir, de manera directa, al contenido de los Arts. 2 y 11 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. De estas disposiciones se colige la obligación del Estado salvadoreño de buscar los procedimientos de urgencia de que disponga para dar solución a este tipo de conflictos. Antes del año dos mil[289], estos casos de sustracción eran tramitados bajo la lógica de las diligencias de jurisdicción voluntaria, que en realidad no eran asuntos contenciosos, adecuándose su tramitación para favorecer la defensa del padre o madre señalada como sustractor.

Con la aprobación de la LEPINA, tampoco se reguló nada al respecto. Sin embargo, el diseño del proceso abreviado se constituyó, desde el año 2011, en el procedimiento más expedito, de urgencia, del cual se dispone en el ordenamiento jurídico salvadoreño respecto de la problemática vinculada a niñez y adolescencia.

---

[288] En la sentencia con referencia 2/A/SM1/15-3 se dijo: *"Una interpretación de la estructura del proceso abreviado, basada en los principios de interés superior y prioridad absoluta, y enfocada en la finalidad del sistema de protección, refuerza considerablemente la idea de no aplicabilidad del régimen general de la apelación, tal como se contempla en la LPF, en cuanto a los plazos de traslados, y en forma particular de la apelación diferida, en cuanto al no envío del expediente en forma inmediata a la Cámara competente.*
Ahora bien, no aplicándose las reglas de la apelación diferida al proceso abreviado, la pregunta obligada es ¿cuál sería, por principio de legalidad, el régimen aplicable a las apelaciones interpuestas en el proceso abreviado, durante su tramitación? La respuesta sería que se aplicaría supletoriamente lo dispuesto en el Art. 512 del Código Procesal Civil y Mercantil (en adelante CPCM) en lo que se refiere al envío inmediato del expediente al tribunal superior, para su conocimiento y decisión, sin los traslados a que hace referencia el Art. 160 LPF. Es decir, las apelaciones en el proceso abreviado planteadas antes de la audiencia única, relativas a cualquier circunstancia de naturaleza procedimental, no deberán acumularse para su conocimiento y decisión a la apelación de la sentencia definitiva, sino que deberán remitirse inmediatamente a la Cámara competente, sin el traslado a que hace referencia el Art. 160 LPF, y sin el plazo que señala el Art. 512 CPCM". Otros caso en que se ha sostenido tal circunstancia es la sentencia 7/A/SS1/15-3

[289] El Convenio fue suscrito por El Salvador el 28/08/2000, y ratificado el día 19/10/2000. Fue publicado en el Diario Oficial número 217, Tomo 349, del 20/11/2000.

Bajo esa lógica, entonces, se determinó, por un lado, que lo referido a la sustracción era un tema de derecho de fondo regulado en el Art. 43 LEPINA, y, por otro lado, que siendo ello así, el procedimiento de urgencia, que exigía el convenio de la Haya, era el proceso abreviado. La interpretación sugerida favorece alcanzar la finalidad del convenio referido, en el sentido de que los casos de sustracción se resolverán rápidamente, en un mecanismo procesal breve, sencillo, evitando dar legitimidad a actos parentales de fuente ilícita. Esta situación, si bien no ha sido del todo pacífica[290], ha constituido la regla en la práctica jurisdiccional.

d) Salidas definitivas del país. Finalmente, otro de los aspectos que ha exigido una interpretación dinámica, integral, ha sido lo referido a los casos de salida del país, cuando el padre o la madre se encuentran ausentes del territorio, y cuando la salida peticionada es en forma definitiva. El Art. 44 LEPINA prevé, en la parte final de su texto, que la autorización de salida del país puede ser definitiva o temporal.

De conformidad a lo que establece el Art. 230 LEPINA, las autorizaciones de salida del país cuando existe negativa injustificada del padre o de la madre, o en los casos de ausencia de una de estas personas, se configuran como un supuesto de competencia por la vía del proceso abreviado. El problema que se genera es que ese mismo supuesto de conocimiento, en sede judicial, también lo es en el ámbito administrativo, en sede de la Procuraduría General de la República, cuando se trata de la ausencia del padre o de la madre.

En el ámbito administrativo, para el otorgamiento de la autorización en dicho supuesto, no se sigue un proceso, en el sentido técnico procesal, sino lo que se realiza son actuaciones tendientes a determinar la condición de ausencia del padre y de la madre. Ello normalmente se hace a través de estudios socio familiares, y una vez acreditada dicha condición, se pasa a otorgar la autorización de salida del país.

En materia judicial, ese mismo supuesto, está seleccionado para ser conocido bajo las reglas del proceso abreviado que, como hemos afirmado antes, tiene la naturaleza de ser contencioso. La pregunta sería ¿siendo el mismo supuesto de conocimiento en sede administrativa, deben seguirse todas las fases o etapas del abreviado?

La respuesta es que en esos casos, de ausencia, como los de domicilio ignorado, imposibilidad, o emplazamiento forzoso de la paternidad o maternidad, el Art. 207 del CF establece que el ejercicio

[290] El caso CEPERO-SANDOVAL, en El Salvador, propició una pugna entre la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos y la Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia. El ente vigilante de los derechos humanos propugnaba porque ese caso de sustracción se debió manejar o tramitar en el proceso más largo, no en el más sencillo y corto, y denunció que no se había escuchado a los niños de dos y tres años, a pesar de que la evidencia del expediente sugería otra cosa. Los hechos se analizaron en los expedientes judiciales siguientes: Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia dos, 05-J2(230)-12-3; Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia 11/A/SA2/12-2; y Sala de lo Constitucional, Proceso de amparo 636-2013. En la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos la referencia es SS-0524-2012.

de la responsabilidad parental es unilateral, y por tanto, si bien se requiere de autorización para salir del país, ésta sólo será o administrativa o judicial, y en ambos escenarios, la actividad procesal se limitará a la verificación de esa condición (ausencia o domicilio ignorado). Por ello en sede judicial no se realizarán todas las fases del proceso abreviado.

El caso de las salidas definitivas del país es más complejo. Las funciones y competencias de los jueces y juezas especializados en niñez y adolescencia son muy limitadas. Los Arts. 226 y 230 LEPINA dan cuenta de ello, y revelan un aspecto fundamental: No tienen la posibilidad de resolver definitivamente la situación concreta de un niño, niña o de una persona adolescente, y se constituyen más bien en jueces y juezas de garantías. Lo referido a custodia, comunicación y trato, adopción, alimentos, pérdida o suspensión de autoridad parental, utilidad y necesidad, etc., siguen estando bajo la competencia de la jurisdicción de familia.

Por esa realidad normativa, de competencias, hay necesidad de establecer cuál es la mejor manera de interpretar el contenido del Art. 44 LEPINA, en su parte final, que prescribe la autorización para salir definitivamente del país de los NNA, tomando en cuenta que ello representa la decisión de ir a establecer el proyecto de vida propio en el territorio de otro Estado.

De no hacerse, se corre el riesgo de desnaturalizar el proceso abreviado y de entronizar una especie de fraude de ley: Los casos de custodia pueden ser *"disfrazados"* mediante peticiones de salidas del país, cuando en realidad la finalidad es establecerse definitivamente en otro país, y a partir de ahí la posibilidad de afectar la función parental del padre o madre no custodio, y del derecho de los NNA de relacionarse con su padre y madre, de ser criados por ellos y de que los mismos se responsabilicen de su desarrollo. Ello se concretaría muy fácil, a través de la estructura ágil y expedita del abreviado, evadiendo las fases del proceso de familia contencioso que requeriría de un mayor tiempo de alegación y prueba para su definición.

Por ello, vía jurisprudencial, se determinó que la interpretación del Art. 44, parte final LEPINA, debía hacerse en forma restrictiva. Se dijo, por parte de la CENNA[291] que había que distinguir tres supuestos: a) El caso en que haya un proceso en trámite en la jurisdicción de familia, discutiendo custodia, comunicación y trato, y suspensión o pérdida de la autoridad parental; b) El caso de que exista una sentencia previa en asuntos de custodia o comunicación y trato; y c) El caso en que no haya ni proceso en trámite, ni sentencia previa, y que el padre o la madre sean de domicilio ignorado, estén imposibilitados, o estén ausentes del territorio.

De los tres supuestos, estableció la CENNA, sólo en el último caso un juez o jueza de niñez y adolescencia tendría competencia para conocer, bajo las reglas del proceso abreviado, de una salida definitiva del país.

---

[291] Referencia 7/A/SM2/14-2. Sentencia de las catorce horas con treinta minutos del día diez de abril del año dos mil catorce

5. CONCLUSIONES.

El Salvador, al igual que la mayoría de países de Latinoamérica, ha suscrito y ratificado una cantidad importante de instrumentos internacionales referidos a niñez y adolescencia, como la CSDN, y los Convenios de la Haya sobre Protección de Menores y cooperación en materia de Adopción Internacional, y sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Ello ha significado que dichos instrumentos sean considerados como leyes de la república, vigentes y aplicables, de acuerdo al Art. 144 de la Constitución, cuyo texto prevé que deben prevalecer cuando sus contenidos normativos entran en conflicto con las leyes secundarias, y que, además, éstas no pueden modificarlos.

A pesar de ello, a los tratados sobre NNA, no se les ha dado el protagonismo al que obliga la Constitución en lo que respecta a las prácticas institucionales, y con particular realidad, en el diseño de las leyes. La niñez y adolescencia se ha visto frecuentemente afectada por esos hechos, y a pesar de que los mecanismos de seguimiento de algunos tratados, como el Comité sobre los Derechos del Niño, han hecho observaciones específicas a la actuación de la institucionalidad salvadoreña, en orden a cumplir con el texto de la CSDN, se sigue lamentando la falta de adecuación normativa, la falta de coherencia de la leyes sobre niñez y adolescencia y otros ámbitos relacionados, con el texto de dicha convención.

Ha sido hasta hace un poco menos de seis años que El Salvador ha hecho su esfuerzo más importante para adecuar su normativa interna a la CSDN. La aprobación de la LEPINA constituyó un hito importante pues, de alguna manera, se comenzó a evacuar la observación permanente[292] de la necesidad de ajustar sus procesos y sus leyes al modelo de la protección integral.

6. PROPUESTAS:

A partir del análisis precedente, me parece que debe trabajarse en los siguientes aspectos:

1. Debe reinventarse la idea de proceso en materia de familia, y de niñez y adolescencia, pues las problemáticas que produce la dinámica relacional de las familias no se puede resolver *"encasillada"* en esquemas procedimentales. Necesita del auxilio de la interdisciplina, de mucha

[292] Observaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño a El Salvador, en 2010, en lo relativo a su legislación*: "El Comité recomienda al Estado parte que siga armonizando su legislación para que se ajuste totalmente a los principios y disposiciones de la Convención. Además, le recomienda que adopte las medidas necesarias, en particular, en los ámbitos estructural, financiero y de cambios institucionales, para aplicar de manera efectiva la LEPINA, de conformidad con el sistema recientemente establecido de protección integral nacional y local (departamental y municipal) de los niños".*

flexibilidad decisional, de repensar el tiempo dispuesto para la duración de los procesos que evite consolidar circunstancias fácticas de origen autoritario, ilícito, vulnerador. El proceso abreviado es un buen ejemplo de adopción de esos nuevos modelos procesales que deben trabajarse en el ámbito de los derechos vinculados a grupos vulnerables.

2. Por eso, el diseño legislativo de los procesos vinculados a familia y niñez y adolescencia debe hacerse con enfoque de derechos, en donde se privilegie una estructura procesal ágil, sencilla, que permite una respuesta inmediata, sin dilaciones a las problemáticas susceptibles de ser conocidas en dichos ámbitos, que se aparte de los criterios jurídicos tradicionales, y se ponga el énfasis en la persona, en los NNA, se aleje de las formas rituales, se priorice la solución inmediata del conflicto, y se exija un protagonismo judicial efectivo, tanto en la dirección del proceso, como en la búsqueda de alternativas interpretativas que garanticen el ejercicio adecuado de los derechos de dichas personas.

3. Se establezcan normas generales de solución de conflictos interpretativos, que, sin necesidad de procesos de reformas burocráticos, posibiliten cubrir los vacíos o incongruencias que existan en las leyes procesales referidas a niñez y adolescencia, a través de una interpretación dinámica, integral, desde la perspectiva de la finalidad del sistema de protección, que obliga a favorecer el ejercicio efectivo de los derechos de los NNA.

Ponencia 20 – Comisión 2

Título: Guía de buenas prácticas para la actuación del órgano administrativo en las situaciones en que una mujer manifiesta su voluntad de dar a su hijo /a en adopción.

Autor/es: Alicia Ana Galletto - Maria Paula Mangani - Maria Fernanda Barbiero

Datos de las autoras:

Alicia Ana Galletto
Bv. Oroño N° 1424 Piso 8
2000 Rosario
aagalletto@live.com.ar
agalletto@justiciasantafe.gov.ar
Telefono: 0341-155053226
Telefono laboral: 0341-47217000/1 interno 4621

Maria Paula Mangani
mpmangani@hotmail.com
mmangani@justiciasantafe.gov.ar
Telefono laboral: 0341-47217000/1 interno 4622

Maria Fernanda Barbiero
colegiado4rossec1@justiciasantafe.gov.ar
Telefono laboral: 0341-47217000/1 interno 6134

GUIA DE BUENAS PRACTICAS PARA LA ACTUACION DEL ORGANO ADMINISTRATIVO EN LAS SITUACIONES EN QUE UNA MUJER MANIFIESTA SU VOLUNTAD DE DAR A SU HIJO /A EN ADOPCION.

BREVE SINTESIS DE LA PROPUESTA: Elaboración de una nueva guía de buenas prácticas.

PROLOGO:

En la Provincia de Santa Fe, aquellas situaciones en las cuales una mujer durante el curso de su embarazo o al momento del parto, expresa su voluntad de no asumir el cuidado del recién nacido, es abordada por la Subsecretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia (en adelante S.N.A.F.) dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Santa Fe, que a tales fines ha elaborado un protocolo de actuación, que será objeto de crítica en nuestro trabajo, para concluir con una propuesta de modificación al misma.

Este abordaje de la situación por parte de la S.N.A.F. es el inicio de un procedimiento, primero de carácter administrativo y luego judicial, cuya finalidad será resolver la situación en la que se encuentra ese niño, de forma tal de garantizar la tutela efectiva de sus derechos. De tal forma, que desarrollar un protocolo de buenas prácticas que aseguren la eficacia de los primeros actos de este procedimiento administrativo que tendrá un impacto indudable en el desarrollo de todo el procedimiento -tanto administrativo como judicial- puesto que evitará la necesidad de repetir en sede judicial actuaciones defectuosas u omitidas, lo cual va en desmedro de la garantía del derecho de toda persona a tener un pronunciamiento judicial en plazo razonable. Mucho más aún, en cuestiones vinculadas con la niñez, en las cuales el transcurso del tiempo tiene una relevancia particular.

Para una mejor comprensión de nuestra propuesta, la hemos dividido en tres partes, la primera parte es el texto de la guía; el segundo un análisis crítico de sus disposiciones y la tercera parte, nuestra propuesta de modificación de la misma.

PRIMERA PARTE

LA GUIA DE ABORDAJE VIGENTE

*Transcribimos a continuación la **GUIA DE ABORDAJE PARA SITUACIONES EN QUE UNA MUJER MANIFIESTA SU VOLUNTAD DE DAR A SU HIJA / HIJO EN ADOPCIÓN** vigente en la Provincia de Santa Fe.*

La Subsecretaría de Niñez Adolescencia y Familia de la Provincia de Santa Fe, en el ámbito de su competencia y en su carácter de autoridad administrativa en materia de Niñez, recomienda la presente guía de atención, para los efectores públicos y privados de salud, y otros organismos que intervengan, en todas aquellas situaciones que se encuentran descriptas en la disposición primera, a los fines de garantizar derechos del recién nacido/a y su madre, y la celeridad que la situación merece teniendo en miras el interés superior del niño/a.

PRIMERO: *En todas aquellas situaciones en que una* ***mujer embarazada o con posterioridad al nacimiento****, durante su internación o en consultas anteriores* ***manifestara su decisión de dar al niño/a en adopción****, y no hubiere progenitor y/o familiar que expresara voluntad en contrario, se deberá dar inmediata intervención al área de trabajo social y legal de dicho nosocomio quienes serán las encargadas de anoticiar a la Dirección Provincial de Niñez, Adolescencia y Familia o Delegación Regional competente, previa redacción y firma de acta tal como se detalla en la disposición segunda.*

El Servicio de Salud Mental deberá acompañar en aquellas situaciones que así lo requirieran.

SEGUNDO: **Consentimiento libre e informado***: El área de trabajo social del nosocomio, en conjunto con su área legal, será la encargada de convocar a la progenitora, habilitando un espacio de escucha a los fines de constatar si la voluntad de la misma ha sido expresada con antelación al parto y ratificada con la conducta posterior, sustentada por tratarse de una mujer en riesgo y/o en conflicto con la maternidad (entendiéndose esta escucha como la expresión de una decisión que no ha sido motivada por carencias afectivas y materiales, sino que aseguren que la decisión es libre). En todo momento, se debe respetar el derecho de la mujer a dar al niño/a en adopción, entendido éste como un derecho personalísimo realizado en ejercicio de su responsabilidad parental.*

En este mismo acto se debe informar a la progenitora que al momento de la inscripción en el Registro Civil deben constar los datos del progenitor, que el recién nacido ingresará al sistema de protección integral por un plazo de 45 días del nacimiento, a partir del cual ratificada su voluntad o deseo de dar en adopción.

Acta*: Todo lo actuado constará en acta suscripta por la progenitora, la cual se incorporará en la respectiva historia clínica.*

TERCERO: *En aquellas situaciones en donde la progenitora resultara ser menor de edad y/o declarada insana, deberán expresar también su voluntad sus padres, tutores o representantes legales, lo que constará en el acta del punto anterior y deberá estar suscripta tanto por la progenitora como por sus representantes legales. Se dará inmediata intervención al órgano pertinente.*

CUARTO: *En aquellas situaciones en que siendo la progenitora menor de edad o insana y su voluntad fuere contraria a la de sus progenitores, tutores o representantes legales, se deberá dar inmediata intervención al Defensor General, y/o designar a un asistente letrado preferentemente especializado en niñez para que asista sus intereses.*

QUINTO: *Si la progenitora ha manifestado su* **decisión y voluntad de amamantar** *al niño/a el mismo deberá ser respetado, supliendo las necesidades del mismo con las personas que ella nombrara o el nosocomio determine en caso contrario.*

SEXTO: *Una vez anoticiada formalmente la DPPDNAyF o Delegación Regional, ésta adoptará medida excepcional de urgencia y dictará acto administrativo por entenderse al recién nacido en situación de vulneración de derechos, previa realización de entrevista con la progenitora a los efectos de ratificar los dichos plasmados en acta ut supra mencionada.*

Acto seguido, si no hubiere algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente que ofrece asumir su guarda o tutela (Art. 607 CC y CN), y no hubiese datos del progenitor, el Organismo Administrativo brindará protección y cuidados a la niña o niño a través del alojamiento con familias del Programa de Acogimiento Familiar (Familias Solidarias), o dando intervención al RUAGA, a través de pretensos adoptantes inscriptos -según orden de lista-, quienes transitoriamente alojarán como Familias de Acogimiento (Art. 52 inc. b., LP 12.967), en término de ley, con suscripción de Acta de Acogimiento.

SEPTIMO: *El egreso del niño/a del nosocomio, estará determinado por el alta médico, y será acompañado por el organismo de aplicación, conjuntamente con la Familia de Acogimiento que realizará el alojamiento, previa exhibición del acta suscripta.*
Debe dejarse debida constancia de todo lo actuado en la respectiva historia clínica, la que se pondrá a disposición de la DPPDNAyF o Delegación Regional en caso de que la misma la requiera.

OCTAVO: *Una vez transcurridos los 45 días desde el nacimiento, se citará a la progenitora a los efectos de que realice formal ratificación de su voluntad de dar al niño/a en adopción en sede administrativa.*
Ratificada la voluntad, se resolverá administrativamente la medida adoptada, sugiriéndose la situación del estado de adoptabilidad de la niña o niño, el cual será ratificado judicialmente por el Juzgado de Familia interviniente, y éste oficiará al RUAGA, como es de rito, para que éste remita una nómina de aspirantes a guarda con fines adoptivos; salvo en los casos que el RUAGA hubiere sido previamente convocado, y se hubiera dispuesto el alojamiento temporario con una familia inscripta, la cual se convertirá en guardadora preadoptiva.

La situación de adoptabilidad se tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales. Y es obligatoria para el juez la entrevista personal con la madre y el padre.

SEGUNDA PARTE

ANALISIS CRÍTICO DE LA GUIA DE ABORDAJE

En el desarrollo de las críticas, seguiremos el orden del articulado de la guía.

ART. **PRIMERO:** Sólo se prevé la participación de profesionales de la salud mental, para «*aquellas situaciones que así lo requieran".* Sin embargo, consideramos que **siempre** debe acompañar el Servicio de Salud Mental, en una actuación integrada con los profesionales del área legal y trabajo social, a fin de que ese equipo interdisciplinario acompañe a la mujer en su decisión y se logre la cabal comprensión de las consecuencias que la misma apareja, en miras al eventual proceso de adopción y su validez.

Cabe señalar que el Código Civil y Comercial Argentino, en el art. 607 inc. b) requiere -a fin de declarar a un niño en situación de adoptabilidad- que los padres hayan tomado la *"decisión libre e informada"* de que el niño o niña sea adoptado. Para evaluar la libertad en la toma de la decisión, resultan necesarios -en todos los casos- las evaluaciones de profesionales de la salud mental.

ART. **SEGUNDO**: En primer lugar, queremos señalar un grave error terminológico en el protocolo bajo análisis, ya que se refiere al *CONSENTIMIENTO INFORMADO,* cuando en realidad, no se trata de prestar consentimiento a una decisión tomada por otro -tal como ocurre en las prácticas médicas en las cuales es el profesional de la salud quien indica las practicas y como se llevan a cabo y el paciente presta o no su consentimiento- sino que se trata de una decisión propia. Justamente, el propio código civil y comercial califica a tal decisión como libre e informada.

Para que en sede administrativa primero, y luego en sede judicial, se pueda afirmar que nos encontramos ante una *decisión libre e informada*, en primer término, consideramos fundamental que el equipo interdisciplinario que intervenga, provea a la mujer toda la información relacionada con la cuestión, es decir, los alcances de la misma y sus limitaciones -por ejemplo en la elección de los futuros adoptantes-. Recién cuando se tenga la certeza que la persona ha sido cabalmente informada y ha comprendido dicha información, puede avanzarse sobre el análisis de la libertad de la decisión, en donde tendrá suma importancia evaluar el contexto en que se toma la decisión -ej. familiar, económico, cultural, de eventual violencia familiar- y que se han evaluado las consecuencias de la misma. En esta evaluación, tal como se marcó anteriormente, el aporte de profesionales de la salud mental resulta fundamental.

Otra importante crítica a esta disposición, se refiere al párrafo que expresa *"En todo momento, se debe respetar el derecho de la mujer a dar al niño/a en adopción, entendido éste como un derecho personalísimo realizado en ejercicio de su responsabilidad parental"*

Esta disposición, en modo alguno puede considerarse una buena práctica, porque en su redacción, confunde diversas cuestiones.

En primer lugar, no se pone en dudas que toda mujer tiene el derecho personalísimo a decidir no asumir el cuidado de su progenie y que ese derecho debe ser respetado.

Empero, no puede perderse de vista que el art. 638 CCC Argentino establece que la responsabilidad parental constituye una función en cabeza de ambos progenitores destinada a satisfacer las necesidades del hijo, teniendo como preocupación esencial su interés superior.

Y este artículo debe ser integrado con la CDN (en especial, el art. 18) y con lo previsto en el artículo 7° de la Ley 26.061, en tanto dispone que el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

De tal forma, el respeto del derecho personalisimo de la mujer no puede implicar negar o desconocer el derecho a la identidad del niño como asimismo, el derecho personalisimo del progenitor de ejercer su responsabilidad parental.

Entendemos que esta disposición de la guía en modo alguno recoge la legislación de infancia y adolescencia, como así también la jurisprudencia nacional e internacional, en cuanto a las pautas procedimentales mínimas destinadas a efectivizar el derecho constitucional a la vida familiar, preferentemente, en la familia de origen o, en su defecto, ampliada.

Resulta oportuno señalar que la República Argentina ha sido condenada por la CORTE IDH en el caso FORNERON e hija: *"La Corte considera en el presente caso que la decisión unilateral de una mujer de no considerarse en condiciones para asumir su función de madre, no puede constituir para la autoridad judicial interviniente una fundamentación para negar la paternidad. Por el contrario, la Corte observa que tales afirmaciones responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la "formalidad" de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a ésta.*

En la disposición que se critica, se soslaya el derecho del progenitor, siendo una nueva expresión de los estereotipos sobre el rol del hombre en los procesos reproductivos y su prescindencia en el desarrollo de su hijo o hija.

Además, va a contrapelo de la legislación de fondo, la cual va mucho más allá que la mera información a la mujer que ha dado a luz. Adviértase que el propio art. 607 inc. 1) dispone que debe agotarse la búsqueda de familiares en un plazo de 30 días, prorrogable por igual término por razón fundada.

No cumplir adecuadamente con esta etapa tan importante puede generar un grave perjuicio tanto al niño como a su padre y familia ampliada paterna, ante la posibilidad de privarlo de gozar de los cuidados de la misma y afectando así su derecho a la identidad.

El derecho a la identidad, conceptualizado como: "*La identidad del ser humano, en tanto este constituye una unidad, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea esta cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, globalmente, caracterizan y perfilan el ser 'uno mismo', el ser diferente a los 'otros'*". *En particular, interesa destacar los dos tramos que integran el concepto de identidad: el estático -conformado por algunos datos permanentes como el genoma, las huellas dactilares y los signos que integran la personalidad: nombre, datos de nacimiento, edad, imagen, estado civil- y el dinámico -conformado a partir de los valores de la cultura, el ambiente y el despliegue de la condición humana- de gran incidencia en el tema de la adopción.-"*

"El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez".

Y directamente relacionado al Derecho a la Identidad, y como un desprendimiento del mismo que ha adquirido autonomía, se encuentra el <u>derecho a conocer los orígenes en la adopción</u> que involucra no solo el derecho del adoptado a saber que lo une un vínculo filial adoptivo con sus padres, sino también a toda su historia de adopción, a la obligación de los adoptantes de que le hagan saber su historia, a contar con apoyo y colaboración para la revelación de toda la información relativa a sus orígenes, a que se obtenga y proteja la mayor información posible, e incluso bajo determinadas circunstancias, a iniciar una acción autónoma a fin de conocer los orígenes después de otorgada la adopción, sin que ello afecte el vínculo jurídico.

Asimismo, la tardía búsqueda y eventual identificación del progenitor y la familia paterna del niño puede generar una enorme dilación en el procedimiento. El art. 607, penúltimo párrafo, del CCC argentino dispone que *"la situación judicial de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña, o adolescente ofrece asumir la guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste"* La omisión o negligente actuación del Órgano administrativo en la búsqueda y evaluación de la familia paterna, puede implicar un demora

innecesaria en resolver la situación legal del niño y con ello afectar su derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia.

ART. **TERCERO**: La imprecisión terminológica también es fuente de errores y dilaciones, de forma tal que estimamos que en lugar de *"órgano pertinente"*, debe decirse Defensor General, al igual que en el artículo siguiente.

ART. QUINTO: Esta disposición es de imposible implementación y no se advierte el sentido de la misma, si tenemos en consideración que en disposiciones siguientes, se prevé el inmediato alojamiento del niño en una familia del sistema de acogimiento familiar.

Entendemos que es una previsión para la hipótesis en que la progenitora se niega a amantar a la persona recién nacida, pero se omitió en el texto la palabra "no", lo cual bien pudo solucionarse con una Fe de Erratas.

ART. SEXTO: El segundo párrafo, pone en evidencia las deficiencias apuntadas al criticar el art. segundo. Agregaremos aquí, que la disposición debería decir, "Si no hubiese algún familiar o datos del progenitor y su familia o la vinculación con los existentes resultaran contrarios al interés del niño o niña"...

En efecto, tal como lo señalamos en la crítica al art. segundo, no puede renunciarse a la búsqueda de los familiares paternos dentro del plazo previsto por el Código Civil y Comercial Argentino de 30 días prorrogables por otro tanto.

Solo en dos situaciones consideramos corresponde omitir la búsqueda de familiares paternos:

1- Situaciones de violencia familiar: según la gravedad del caso, la búsqueda del progenitor o familiar paterno, podría realizarse con evaluación por Equipo interdisciplinario y realizarse informe socioambiental sin necesidad de entrevistar al presunto agresor, sino a vecinos, centro de salud, escuelas de los niños, etc.; de forma tal de reunir los elementos necesarios para evaluar la conveniencia para el niño de permanecer dentro de ese ámbito familiar.

2- Cuando el hijo o hija fue concebido como consecuencia de una violación. En este caso, se debe hacer aplicación analógica de lo dispuesto en "F.A...L. s / medida autosatisfactiva" por la Corte Suprema de Justicia de la Rep. Argentina: *"El respeto a lo establecido en el art. 19 in fine de la CN se traduce en que el art. 86, inc. 2 del CP no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de la violación.*

Esta situación de ausencia reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima del hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal.")

Por lo cual postulamos que basta con que la mujer presente una declaración jurada de que su embarazo fue producto de una violación para no realizar ninguna investigación acerca de la existencia del progenitor y/o de la familia ampliada.
Otra disposición desacertada de este art. 6° es aquella que refiere que la familia de acogimiento se seleccionará de la lista del Registro Único de Aspirantes a guarda con fines de adopción (RUAGA). Ello por varios fundamentos, en primer término, es que contradice la reglamentación del programa de acogimiento familiar, ya que uno de los requisitos para la inscripción como familia solidaria (para brindar atención y cuidados transitoriamente a niños en situaciones de vulneración de sus derechos) es precisamente no estar inscriptos en el R.U.A.G.A..; en segundo término, aquellas personas que están inscriptas en RUAGA desean incorporar de forma permanente a un niño o niña en el seno de su familia, y aquí se trata de un alojamiento temporario, con los eventuales conflictos al tiempo de decidir poner fin al mismo, y finalmente, no puede soslayarse que el órgano administrativo se atribuye funciones judiciales en violación a lo dispuesto por el art. 613 CCC "El juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes" Esta atribución ilegítima de funciones propias del poder judicial se hace más evidente aún al prever en la última parte del segundo párrafo del artículo 8° que el Juez no oficiará al RUAGA cuando se haya dispuesto el alojamiento temporario del niño en una familia inscripta en ese Registro por la convocatoria realizada por el S.N.A.F.

TERCERA PARTE:

NUESTRA PROPUESTA: Elaborar un nuevo protocolo.
Entendemos que un protocolo constituye una condensación de prácticas que, por su probada eficacia, admiten ser calificadas como "buenas", y que, en definitiva, derivan de la experiencia y el conocimiento de los operadores intervinientes en casos de idéntica o análoga naturaleza al de aquellos respecto de los cuales se pretende implementarlo. De esta forma el protocolo se convierte en una norma que prescribe las conductas correctas de tales operadores para afrontar situaciones que involucran, ante todo y en el particular, la vulneración de los derechos de los niños.

De todas formas ha de considerarse que no se trata de un esquema rígido sino revisable a través de las observaciones que surjan de la práctica y las características particulares de cada caso.

En materia tan sensible como la que nos ocupa hay que desprenderse de la "inercia" de la cotidianeidad y la premura de los términos procesales, que atentan contra la reflexión y la mediatización entre las demandas y las respuestas. Ante la necesidad de actuar prontamente, muchas veces apelamos a los esquemas aprehendidos con la experiencia, obstaculizando el ejercicio de lo nuevo.

Estos lineamientos, que son presentados a modo de buenas prácticas con el fin de orientar y asistir a la actuación de los diferentes funcionarios y operadores, han de aplicarse con una cierta flexibilidad atendiendo a la complejidad de las situaciones fácticas que se pueden presentar, siendo importante asimismo reducir el margen de discrecionalidad en todas aquellas actuaciones que pueden derivar en futuros procesos adoptivos.

En nuestra crítica precedente y actual propuesta, hemos seguido algunos principios. A saber:

a- la necesidad de equilibrio entre derechos garantías y deberes de los niños, de los adultos y las exigencias de una sociedad justa y democrática.

b- la directriz de prevalencia, conforme la cual el interés concreto del niño prevalece sobre los restantes en juego (art. 3 ley 26061 y 4, 6 y 7 ley 13298,)
c- la identidad como principio, que implica la posibilidad de acceder a la verdad de origen, que se resguarden los vínculos socioafectivos, que se preserve su nombre y su identificación así como los vínculos fraternos en particular.

PRIMERO: *En todas aquellas situaciones en que una* ***mujer embarazada o con posterioridad al nacimiento****, durante su internación o en consultas anteriores* ***manifestara su decisión de dar al niño/a en adopción****, y ni el progenitor y/o familiar expresara su voluntad en contrario, se deberá dar inmediata intervención a un equipo interdisciplinario conformado por operadores del área de salud mental, trabajo social y legal de dicho nosocomio, equipo encargado de anoticiar a la Dirección Provincial de Niñez, Adolescencia y Familia o Delegación Regional competente, previa redacción y firma de acta tal como se detalla en la disposición segunda.*

SEGUNDA: Decisión libre e informada*:* El equipo interdisciplinario del nosocomio, será el encargado de convocar a la progenitora y receptar su voluntad de entregar a su hijo en adopción. A tales fines habilitará un espacio de escucha a fin de constatar que la decisión, haya sido expresada con antelación o posterioridad al parto, es ratificada con su conducta posterior y sustentada en la circunstancia de tratarse de una mujer en riesgo y/o en conflicto con la maternidad y que no ha sido motivada por carencias afectivas y materiales. La ratificación sólo podrá ser emitida luego de recibir, y comprender, la información que el mismo equipo interdisciplinario debe proveerle respecto de los alcances de su decisión según la normativa vigente. En todo momento, se debe respetar el derecho de la mujer a dar al niño/a en adopción, entendido éste como un derecho personalísimo realizado en ejercicio de su responsabilidad parental. De todo actuado se labrará el acta circunstanciada pertinente que será suscripta por la progenitora, la cual se incorporará en la respectiva historia clínica.

TERCERA: En aquellas situaciones en donde la progenitora resultara ser menor de edad y/o tuviera restringida su capacidad, deberán expresar también su voluntad sus padres, tutores o representantes legales, lo que constará en el acta del punto anterior y deberá estar suscripta tanto por la progenitora como por sus representantes legales. Se dará inmediata intervención al Defensor General.

CUARTA: En aquellas situaciones en que siendo la progenitora menor de edad o con su capacidad restingida y su voluntad fuere contraria a la de sus progenitores, tutores o representantes legales, se deberá dar inmediata intervención al Defensor General, y/o designar a un asistente letrado preferentemente especializado en niñez para que asista sus intereses.

QUINTA: Si la progenitora ha manifestado su **decisión y voluntad de no amamantar** al niño/a, la mismo deberá ser respetada, supliendo las necesidades del niño o niña recién nacido con las personas que ella nombrara o el nosocomio determine en caso contrario.

SEXTA: Una vez anoticiada formalmente la DPPDNAyF o Delegación Regional, ésta adoptará medida excepcional de urgencia y dictará acto administrativo por entenderse al niño o niña recién nacido en situación de vulneración de derechos, previa realización de entrevista con la progenitora a los efectos de ratificar los dichos plasmados en acta ut supra mencionada. Acto seguido, si no hubiere algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente que ofrece asumir su guarda o tutela (Art. 607 CC y CN), y no hubiese datos del progenitor, el Organismo Administrativo brindará protección y cuidados a la niña o niño a través del alojamiento con familias del Programa de Acogimiento Familiar (Familias Solidarias) quienes transitoriamente alojarán como Familias de Acogimiento (Art. 52 inc. b., LP 12.967), en término de ley, con suscripción de Acta de Acogimiento.

SEPTIMO: Identificación del progenitor y/o familiares. La DPPDNAyF o la Delegación Regional interviniente deberá procurar la identificación del progenitor. Para ello deberá informar a la progenitora que al momento de la inscripción en el Registro Civil deben constar los datos del progenitor de su hijo. Si la mujer optare por no aportar los datos del progenitor, se deberá respetar su elección sin que ello implique omitir desplegar otras acciones alternativas tendientes a la identificación del progenitor del niño. En el caso que la mujer denunciare haber sido o ser víctima de violencia familiar por parte del progenitor y/o de su familia, se deberá evaluar la conveniencia de incluir al niño en ese grupo familiar.
La búsqueda del progenitor sólo podrá omitirse en caso que la progenitora denuncie haber sido víctima de violación.

OCTAVA: El egreso del niño/a del nosocomio, estará determinado por el alta médico, y será acompañado por el organismo de aplicación, conjuntamente con la Familia de Acogimiento que realizará el alojamiento, previa exhibición del acta suscripta.
Debe dejarse debida constancia de todo lo actuado en la respectiva historia clínica, la que se pondrá a disposición de la DPPDNAyF o Delegación Regional en caso de que la misma la requiera.

<u>NOVENA</u>: Una vez transcurridos los 45 días desde el nacimiento, se citará a la progenitora a los efectos de que realice formal ratificación de su voluntad de dar al niño/a en adopción en sede administrativa.

Ratificada la voluntad de la progenitora, y en caso que se hubiese identificado al progenitor se evaluó como inconveniente incorporar al niño a la convivencia con éste o su grupo familiar, se resolverá administrativamente la medida adoptada, sugiriéndose la declaración del niño en situación de adoptabilidad.

La situación *de adoptabilidad se tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de la medida excepcional de urgencia dispuesta de conformidad a lo establecido en el artículo 6°.*

Ponencia 21 – Comisión 2

Título: Reeducación judicial: nuevo paradigma procesal.

Autor/es: María Florencia Vidal

Contacto:

Alem N° 256 – Comodoro Rivadavia – Argentina

Teléfono (0297)155277243 - mflorencia.vidal@hotmail.com

REEDUCACIÓN JUDICIAL: NUEVO PARADIGMA PROCESAL

ABSTRACT

En el presente trabajo esbozaré la importancia del cambio en la estructura académica y práctica de los operadores del fuero familiar, la apertura a nuevos paradigmas y la incorporación de institutos procesales flexibilizados, que permitan encausar un conflicto familiar con sencillez y celeridad. A los fines de arribar a dicha conclusión, se comentará un precedente jurisprudencial de la circunscripción de Comodoro Rivadavia (Argentina) en el que se avasallaron derechos y principios fundamentales del Derecho de Familia, por mantener una tesitura dogmática y conservadora, postura que debe abandonarse para crear un derecho activo y eficiente.

Las realidades vivenciales nos exigen quebrantar nuestras costumbres arraigadas para incorporar aspectos dinámicos y la habilidad de poder emplearlos en nuestra labor diaria como operadores jurídicos, circunstancia que exige **morigerar la facultad judicial de rechazar in limine** en aquellos procesos en que se procura proteger derechos de NNyA, otorgándole la calidad de instituto procesal infranqueable, evitando que esos derechos queden al servicio de la discrecionalidad del magistrado actuante.

De este modo, en mi humilde opinión, resulta imprescindible que el principio de saneamiento o morigeración del rechazo in límine, logre su expreso reconocimiento en la normativa vigente, a los fines de que el operador jurídico se inmiscuya en el caso concreto y adecue las pretensiones incoadas, en preservación de intereses prioritarios al rigorismo formal.

INTRODUCCION

El principio procesal de saneamiento provoca efectos contrapuestos cuando es utilizado inapropiadamente. Ello en virtud de que, por un lado, faculta a los juzgadores a resolver en primer término cuestiones que sean susceptibles de entorpecer un proceso o determinar su inmediata finalización, poder jurisdiccional que hace al principio de economía procesal y del buen orden procedimental.

Sin embargo, del otro lado de la moneda, su implementación rigurosa acarrea la vulneración de otro principio: la tutela judicial efectiva. El interés protegido por el rigorismo formal importa una desavenencia con otros intereses, conculcando los pilares de nuestro derecho objetivo.

Teniendo en consideración lo expuesto, se procuró la **flexibilización de formas** y de ciertos institutos en el Derecho de Familia, en aras de obtener proveimientos adecuados que resguardaran los principios y derechos que lo conforman.

Se le exige al Magistrado mayor rendimiento en su actuación judicial en el menor tiempo posible, desempeñándose como director del proceso con facultades suficientes para adaptar las formas procesales exigibles a las pretensiones de cada parte en el pleito. Sin embargo, en el caso particular, la aplicación del *iura novit curia* ha franqueado los límites impuestos por nuestra normativa, vulnerando derechos reconocidos.

El rechazo in limine vulnera el derecho de petición y tutela judicial efectiva, configurando un pronunciamiento anticipado arbitrario y contrario a nuestro ordenamiento legal, de no ser usado de manera excepcional, dado que toda pretensión merece tener un pronunciamiento después de haberse sustanciado un procedimiento judicial, en el que se garantizaren tanto la tutela judicial como las normas del debido proceso. Como consecuencia, este tipo de proveimiento supone “un prejuzgamiento gravoso contrario a la tutela judicial efectiva” [1]

Por su parte, Agustín Gordillo señala que el rechazo in limine de la litis debe ser excepcional, y que en los hechos resulta un escudo en el que se amparan algunos tribunales en franca violación al derecho a la tutela judicial efectiva de acceso a la justicia. [2]

Encontrándonos en una confluencia de intereses, entre un principio procesal y un derecho sustantivo/principio general, el juzgador debe dejar al margen el rigorismo formal y priorizar el derecho conculcado o el principio desoído.

Si bien ello se esboza conforme nuestro ordenamiento, la práctica nos revela resoluciones contrarias, en virtud de intervenir en las mismas operadores jurídicos que, por sus convicciones y capacitación desactualizada, no aceptan posturas modernas.

ANTECEDENTE

El precedente jurisprudencial a desarrollar, refleja la tesitura conservadora que intentamos desarraigar de nuestra práctica judicial, mediante la actuación del Magistrado de Primera Instancia del Juzgado de Familia N° 2 de la circunscripción de Comodoro Rivadavia (Chubut - Argentina) en autos caratulados "A., A. M. C/ M., P. E. S / PRIVACION DE RESPONSABILIDAD PARENTAL" Expte. 657/2015, al señalar que *"queda acreditada la conducta remisa de la propia actora en efectivizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el progenitor demandado, menoscabando los intereses de su hija, arribo a la conclusión que en el sub lite debe adoptarse la misma solución que en el Expte. 72/2015 y en consecuencia, rechazase in limine la demanda.-"*

La actitud adoptada por el Magistrado, en cuanto a sostener un rigorismo formal y de tomar únicamente en consideración la negligente actuación de los letrados intervinientes en representación de la progenitora (actora), expresada al rechazar in limine la demanda incoada, avasalla los derechos de la niña, quien de esta forma mantiene un vínculo jurídico inexistente con su progenitor biológico a quien ni siquiera conoce, ya que bien se entiende que la actuación de la parte está condicionada al desempeño profesional efectuado por su letrado patrocinante, quien diligentemente debería procurar el impulso y la prosecución del proceso conforme a derecho.

La omisión impetrada por el juzgador de no haber apreciado el cúmulo de circunstancias y actitudes que permiten estimar el real desinterés y desapego del progenitor respecto de la crianza, manutención, estado de salud psicofísico y formación integral de J., vulnera su superior interés y provoca el injusto ceñimiento a un vínculo jurídico que no coincide con la realidad, impidiendo sin fundamento asidero que el progenitor afín pueda asumir la responsabilidad parental de J. mediante la correspondiente adopción por integración (en virtud de que el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina prevé que solo pueden tenerse dos vínculos filiales, art. 558).

La Juez a quo no ha procurado involucrarse con el caso concreto, incumpliendo su deber ético de procurar conocer a los individuos cuyos hechos de su vida debe juzgar, circunstancia que se desprende del rechazo in limine de la demanda, avasallando además los principios generales de los procesos de familia, a saber:

a) Inmediación: toda vez que no intentó tener contacto directo con J., cuyo interés se ventilaba en dichos actuados, no habiéndola citado para poder oír su opinión. (Art. 12 de la CIDN; Art. 639 inc. c), 706 y 707 del C.C.yC.)
b) Oficiosidad: conforme su función de Magistrado debió desempeñar un rol activista en el proceso, ordenando por Secretaría los oficios no confeccionados, supliendo la omisión del letrado interviniente, en beneficio de la niña cuya manutención es de carácter elemental, o intimando al alimentante a denunciar su nueva empleadora u ordenando las medidas de mejor proveer en búsqueda de la verdad. (Art. 706 y 709 del C.C.yC.)

c) Tutela Judicial Efectiva: el rechazo de la demanda, en dos oportunidades, vulnera el derecho de poder acudir a la instancia judicial para salvaguardar los derechos de J. (Art. 706 del C.C.yC.)
d) Iura Novit Curia: siendo un deber del Magistrado adecuar la instancia conforme su conocimiento y entender.
e) Interpretación y aplicación de las normas: que las normas legales deben ser aplicadas a "los casos" particulares que se someten a la instancia judicial, teniendo en consideración la finalidad de la norma, plasmada en la Constitución Nacional, en los tratados internacionales y en los Códigos de fondo, no habiéndose inmiscuido la Juez a quo en el grupo familiar particular. (Art. 1, 2 y 3 del C.C.yC.)
f) Superior Interés del niño: la actividad jurisdiccional debe velar por su salvaguarda, configurando el rechazo in limine su expresa vulneración (art. 3 CDN y art 639 inc. a) del C.C.y C.)
g) Preservación y derecho a vivir en una familia: el concepto de "familia" es dinámico y amplio, permitiendo que su conformación no sea de un solo tipo, y la circunstancia de imponer un determinado vinculo filial cuando no resulta verídico atenta contra el derecho de J. de poder conformar una familia con las personas que quiere y desarrollar los vínculos familiares que ella desea.

Hoy en día el Magistrado no puede cegarse en el rigorismo formal, sin involucrarse en el grupo familiar del caso concreto, sin tomar contacto directo con la problemática y sin suplir las omisiones impetradas por las partes, porque su función debe desempeñarse con dinamismo dentro del proceso, procurando que de ningún modo se vulneren derechos y, mucho menos, el superior interés de los niños (Art. 3 de la CIDN y Art. 639 inc. a) del C.C.yC.)

En virtud del recurso de apelación interpuesto por la actora, la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia sentenció con acierto que "*(…) Estas razones y los derechos de la niña invocados, imponen la necesidad de dar trámite al presente.* ***Esta Cámara ha señalado que no puede desconocerse la flexibilidad de las formas en los procesos de familia*** *y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido como directriz que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño****, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las normas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional*** *(ver: Expte N° 37/2011 Sala B con cita de CSJN Fallos 324:122). (…) Por tales argumentos, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, y revocar el rechazo in limine dispuesto, debiendo continuar las actuaciones según su estado." [3] (lo resaltado me pertenece).*

REEDUCACION JUDICIAL

La visión privatista del proceso, que considera como concerniente únicamente a las partes el interés de su prosecución, debió menguar ante las exigencias del presente que propician la actuación dinámica del Juez en la resolución de la litis. En adición, en circunstancias en que se encuentran avasallados derechos fundamentales de NNyA, las facultades judiciales se amplían, atribuyéndole al juzgador el gobierno de las formas.

En esta línea de pensamiento, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ha dicho que *"Encontrándose en juego la suerte de un niño, toda consideración formal pasa a segundo plano; (…) en estos litigios, aislar lo procesal de la cuestión sustancial, limitarlo a lo meramente técnico instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible"* [4]

Resulta una necesidad impostergable que la capacitación judicial no se ciña a la adquirida en la instancia de grado, toda vez que la actuación del Poder Judicial procura arribar a una solución ante un reclamo de protección de derechos, y la carencia de actualización en el conocimiento aparta al juzgador en su función, acarreando la vulneración de principios fundamentales, como el previsto por el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagra como derecho humano el de la tutela judicial efectiva.

La capacitación constante conlleva la internalización de nuevas herramientas que tienden al mejoramiento de la calidad de las decisiones judiciales, las que indefectiblemente se vinculan con aspectos filosóficos, teleológicos y sociológicos que el juzgador trae consigo al momento de fallar. En este sentido, la formación académica permite incorporar nuevos conocimientos que procuran unificar criterios infranqueables, sin vulnerar el pensamiento autónomo del operador jurídico, y lograr una eficaz función judicial en el desenvolvimiento de los procesos.

Entre los deberes que debe asumir el Magistrado al desempeñarse en su cargo, se infiere el de comprometerse a ejercer diligente y responsablemente su función, procurando que sus conocimientos no subsistan estancos. De este modo, el perfeccionamiento académico vela por el respeto de las garantías constitucionales mínimas que, conforme reza Osvaldo Gozaini, comienzan a operar en un proceso con el primer movimiento que inicia la actividad judicial [5], contrariando el rechazo in limine los preceptos básicos del acceso a la justicia.

En este sentido, Rodolfo Luis Vigo acertadamente ha señalado que la ética judicial "*tiene por propósito señalarle exigencias que lo dirigirán a alcanzar esa plenitud o perfección como juez, alejándolo tanto de la "maldad" judicial como de la "mediocridad" judicial. La perspectiva ética en el juez apunta a lograr del mismo al mejor o excelente juez, por eso su pretensión no es como el derecho de "mínima" sino que es de "máxima"*.[6]

Entre los deberes implícitos que atañen a la función judicial resulta la exigencia de alcanzar una adecuada formación con relación al Derecho y procurar conocer al hombre y sus circunstancias al momento de fallar sobre sus relaciones, logrando entender contenidos extrajurídicos de las

normas, asumiendo un rol activo en aquellas cuestiones que pudieran contribuir al mejoramiento de su función.

La carencia de este compromiso acarrea negligentes pronunciamientos que se alejan de la realidad fáctica de los individuos cuyos derechos se pretende su reconocimiento, restringiendo en muchas oportunidades su tutela judicial efectiva.

Conforme ello, la ética judicial no resulta suficiente para salvar determinados proveimientos que resultan contrarios a nuestro derecho interno e internacional.

PROPUESTA

El proceso de "constitucionalización" del derecho de familia, se evidencia con la sanción de normas que asientan derechos fundamentales, cuya impronta humanitaria implica un cambio de paradigmas. "*Los principios de efectividad y eficacia son reconocidos constitucionalmente como imperativos de actuación para operadores y efectores del sistema público y privado en el abordaje de las cuestiones y necesidades individuales y familiares.*" [7]

"*La respuesta judicial debe ser brindada por un tribunal competente y mediante procedimientos legales del debido proceso, adecuados a la materia. Por tanto, aquella debe resultar legal, oportuna, en tiempo razonable y respetuosa de la doctrina internacional de los derechos humanos sobre todo, en relación con la garantía de procedimientos que reguarden los derechos a ser oídos, participar del proceso y gozar de la defensa técnica propia, teniendo especial consideración de la situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes.*" [8]

Considero que la efectiva satisfacción de los derechos de los NNyA exige, además de leyes modernas, la **modificación y optimización del rol de los operadores jurídicos** que laboran en su reconocimiento, toda vez que podemos tener propuestas normativas excelentes que no alcanzarían sus objetivos de no delimitar el desempeño de los funcionarios que deben procurar la protección de estos derechos.

Si bien en muchas legislaciones provinciales se prevén determinados principios infranqueables del Derecho Familiar, como en el art. 15 de la Ley N° 10.305/2015 de la Provincia de Córdoba, en el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia del 2014 para CABA, en el art. 2 de la Ley N° 13.634/2007 de la Provincia de Buenos Aires, y en el art. 8 Ley N° 12.967/2009 de la Provincia de Santa Fe; por el otro lado, obran normativas desactualizadas como la Ley N° 6.354/1995 de la Provincia de Mendoza, Ley N° 7.162/2013 de la Provincia del Chaco, Ley N° 4.347/1997 (III n° 21) de la Provincia del Chubut, Ley N° 9.861/2008 de la Provincia de Entre Ríos, entre otras.

Resulta plausible destacar que la Provincia del Chubut posee un Anteproyecto de Código Procesal de Familia, donde expresamente se prevé el principio de saneamiento y flexibilidad de las formas,

enumerado entre los principios generales del derecho de familia, señalando que "*El juez puede adaptar las formas procesales sin conculcar la garantía de debido proceso, a fin de evitar excesos rituales. El principio de congruencia puede ser flexibilizado, en miras al interés familiar*." (Artículo 13)

La realidad de los tiempos que corren exige adoptar una postura de normativización de los principios del Derecho de Familia y sus respectivos alcances, en aras de delimitar la actuación de los operadores jurídicos a los fines de que no queden los mismos a la discrecionalidad del magistrado actuante que puede tener sus propias convicciones y carecer de una formación académica actualizada, logrando **unificar criterios que resulten ser de carácter impostergable al encontrarse avasallados derechos del colectivo vulnerable.**

El principio de saneamiento requiere su expreso reconocimiento en la normativa vigente, como instituto de derecho, a los fines de que los operadores jurídicos lo adopten como lineamiento en sus pronunciamientos, debiendo **adecuar las pretensiones al morigerarse la facultad de rechazar in limine** la demanda incoada, en preservación de intereses prioritarios al rigorismo formal.

BIBLIOGRAFIA

1 FEDRIANI, Pablo Gallegos, "Tutela judicial efectiva, Rechazo in limine de las acciones en general y del amparo en particular", Revista La Ley N° 106.

2 GORDILLO, Agustín, "Rechazo in limine de la acción de amparo: que sea excepcional, no norma", pág. 185.

3 CCivil de Comodoro Rivadavia, 24/11/15, "A., A. M. C/ M., P. E. S / PRIVACION DE RESPONSABILIDAD PARENTAL" Expte. 657/2015, N° 239 Año 2015.

4 SCBA, 15/07/2009, Rev. Derecho de Familia, n° 45, Marzo/Abril 2010, pág.192.

5 GOZAÍNI, Osvaldo, *Comentario al art. 18 de la Constitución Nacional en Constitución Nacional y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. I, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pág. 759.

6 VIGO, Rodolfo Luis, *Ética y responsabilidad judicial*, Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2007.

7 FERNANDEZ, Silvia Eugenia, Directora, *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y adolescentes,* Tomo II, 1ª ed., Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, Pág. 1278.

8 FERNANDEZ, Silvia Eugenia, Directora, *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y adolescentes,* Tomo II, 1ª ed., Ed. Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, Pág. 1284

Ponencia 22 – Comisión 2

Título: En la Guarda de Hecho que prima lo real o lo legal? … y luego?

Autor/es: Adriana Ávila de Torrente

Datos y contacto autora:

Abogada privada dedica exclusivamente a casos de Familia, Estudiante de la Especialidad de Niñez, Adolescencia y Familia, Universidad del Comahue, con la Dirección de Aida Kemelmajer de Carlucci- Marisa Herrera- Nora Loveras.

San Martín N°1434 – Comodoro Rivadavia – Chubut – Argentina. (0297)4479725 - adri_atorrente@hotmail.com.ar

EN LA GUARDA DE HECHO QUE PRIMA LO REAL O LO LEGAL? … Y LUEGO?

ABSTRACT

La guarda de hecho o entrega directa de niños, niñas o adolescentes por sus progenitores a un tercero no pariente o con el cual no los une un vínculo de parentesco está prohibida ab initio, pero existen excepciones, hoy no tan taxativas como veremos, pues al conjugar el derecho de familia contemporáneo –es decir constitucional convencional teniendo presente el interés superior de la persona vulnerable en desarrollo- se amplía la gama de excepciones y se modifica la mirada, priorizando al niño, niña o adolescente (NNA)[293] a que pueda crecer y desarrollarse en familia y en su realidad socioaefectiva para luego analizar cómo llegó a esa familia, convalidando o no dicha guarda, su posterior estado de adoptabilidad y finalmente la adopción, siempre que no se encubran hechos violatorios de la moral y las buenas costumbres. La intención de esta parte es tratar de analizar la realidad y la aplicación de la norma escrita desde la Ley de Protección Integral, la Convención Internacional de los Derechos de Niño (CDN)[294] y los Tratados de Derechos Humanos de rango Constitucional junto con los principios generales del derecho de familia con el prisma del mejor interés del NNA, para avanzar en este proceso de marchas y contramarchas en el Derecho Interno Argentino sobre este tema.

---

293 NNA (Niño, Niña o Adolescente).

294 CDN o CIDN (Convención Internacional del los derechos del niño)

Desde ya propongo una modificación al art. 611 que quedaría redactado así: *"Que prohibido expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas o adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y los pretensos guardadores del niño*. El juez deberá analizar el caso en que **"los progenitores hayan elegido a los guardadores en base a su criterio y buscando el bienestar de su hijo/a "**, además propongo que: **se elimine el último párrafo** para que el juez pueda resolver la viabilidad o no en otorgar la adopción conjugando los art. 595 inc. a) 706 inc. c) y 611 todos del mismo cuerpo legal; además propongo que **se elimine** el requisito sustancial del inc. b del art. 600 en cuanto establece **la inscripción en el registro único de adoptantes y por consiguiente se elimine el inc. "h" del art. 634.**

DESARROLLO

Por Ley 26.694 se sanciona el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) que comenzó a regir a parir del 1 de Agosto de 2.015 mediante la Ley 27.077 regulándose la figura de la adopción en los art. 594 a 637 y esta nueva normativa no ha impedido que hombres y mujeres actuaran según su voluntad, dejando a sus hijos al cuidado de terceras personas no parientes, por varias razones, lo que analizaré posteriormente. Que podemos decir del concepto "guarda"? que es un acto voluntario, lícito, bilateral cuando ambos padres biológicos otorgar la guarda en forma extrajudicial de su hijo/a a un tercero para que se ocupe de su crianza y es un acto unilateral cuando ante un NNA abandonado, una persona lo acoge y se ocupa de su bienestar integral. Esta entrega directa no se agota en el acto jurídico, sino que es el comienzo de un estado, de un régimen extra legal donde los guardadores, los NNA y los padres biológicos se deberían someter a un proceso de guarda judicial para lograr después la adopción; sin embargo, siendo informal, extrajudicial, sin ninguna intervención ni administrativa ni judicial generalmente pasa mucho tiempo para que los guardadores inicien el proceso de regularización de la situación fáctica. Los fundamentos en la construcción de este nuevo artículo 611 han sido delineados en el anteproyecto en el título VI que dice en su parte pertinente: "**…** el concepto incorporado destaca que la institución tiene en miras, primordialmente, el interés de los niños por sobre el de los adultos comprometidos. … se enuncian los principios sobre los cuales se elabora el régimen jurídico de la adopción, que sirven, además, de pautas de interpretación para resolver los conflictos que se puedan suscitar. (…) **Se mantiene el principio de que la adopción es una institución destinada a satisfacer derechos que titularizan personas menores de edad no emancipadas; …. o haya habido posesión de estado de hijo durante la minoría de edad de éste. …** (…) El proyecto sigue la postura

legislativa adoptada por la Ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de guardadores que tienen vínculo de parentesco **o afectivo con el niño**. (…) Lo resaltado en negritas me pertenece.

Si partimos de la base que la guarda conformada por un acto lícito de un NNA es un derecho-deber derivado de la responsabilidad parental, no susceptible de ser delegado ni por escritura pública ni por acto administrativo; por ende delegar la guarda a un tercero por el/la progenitora no pariente no está prohibido como hecho jurídico. Entonces ¿qué prohíbe la norma? Lo que prohíbe es la práctica conocida como "entrega directa" fuera de todo ámbito institucional, administrativo o judicial, fundándose en que dicha práctica reduce a los NNA a la condición de objeto de transacción onerosa o gratuita a través de mecanismos irregulares o legales a veces de un modo más o menos organizado, lo que resultaría lesivo de la persona y de sus derechos humanos fundamentales, pero no siempre es así; considero que la prohibición prevista en el art. 611 del CCCN contradice la evolución jurisprudencial relativa al interés superior del niño respecto de las guardas de hecho, donde los jueces han dado efecto a esas guardas aún cuando los guardadores nos se encontraban inscriptos en el Registro de Aspirantes a la Guarda con Fines de Adopción, pues se debe analizar el caso concreto antes de determinar si el NNA ha sido objeto de transacción, ya que como sabemos la mala fe no se presume, entonces el juzgador deberá verificar judicialmente que el NNA: a) se encuentre integrado como hijo/a en la familia de los guardadores, b) que esa guarda no sea fruto de un hecho ilícito; entonces ¿será conveniente a su superior interés separarlo de ese lugar como consecuencia de la entrega directa?, tendremos la respuesta dependiendo de las circunstancias de cada caso y del plexo de derechos que se integran en ese superior interés previsto constitucionalmente, por ello en el artículo 611 faculta al juez a evaluar el interés superior de esa persona y "es misión de los magistrados compatibilizar la prohibición legal con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina.

La excepción a esta facultad del juez se basa en el vínculo de parentesco o afectivo entre los padres y los guardadores, y también podrá incluirse –fundamento de esta ponencia para el caso en que **los padres hayan elegido a los guardadores en base a su criterio y buscando el bienestar de su hijo,** entiendo que debe respetarse la voluntad de los progenitores en entregar a su hijo en guarda con fines de adopción a una persona y no a otra cuando ésta reúne los requisitos para ser adoptante, fundado en el principio de la autonomía de la voluntad personal y por ello debemos respetar la conducta autoreferente cuando no se ha violado la moral y las buenas costumbres. Haciendo una lectura integral del CCCN no existe norma positiva ni ningún principio de derecho que prohíba a una mujer elegir por afecto, por interés cultural o familiar o por otra razón que no afecte la moral y las buenas costumbres a quién va a entregar a su hijo con miras de adopción, y siendo los progenitores quienes tienen el deber de protección, -regla de derecho natural e inherente a la persona más vulnerable- éste es el fundamento que destaco para que la

madre/padre entregue a su hijo en guarda a quienquiera y por los motivos que ellos quieran, mientras sean lícitos y no haga peligrar el bienestar integral del NNA. Recordemos que los jueces no pueden juzgar las causas íntimas por las que la mujer entrega a su hijo en guarda de hecho, tal vez a personas ajenas a la familiar y que tampoco tenga relación afectiva con ellos, sin embargo si han entendido que son los mejores padres para su hijo, el Estado no puede juzgar ni los pensamientos ni las intenciones de las madres que no han puesto en peligro a sus hijos ni pierden de vista su interés superior; por lo tanto será en los futuros adoptantes donde debe estar puesta la mira y el celo de los magistrados porque ellos son los que educarán a los NNA y no en la mujer que entrega a su hijo. El Estado les ha dado potestad a los Jueces competentes de familia para que protejan a los NNA del abandono o de la violencia de sus progenitores, pero cuando los niños no se encuentran en ninguna forma de desprotección ni de peligro, el Estado no se encuentra legitimado para intervenir en aras del interés superior de la persona. Considero que entregar a un NNA por la progenitora a una persona/s y no a otras en guarda de hecho, es un acto de amor y creo que los jueces después de analizar el caso concreto, deben ser amplios al juzgar las razones afectivas que mueven a una mujer a entregar a su hijo a determinada persona elegida por ella; por lo tanto entiendo que la prohibición de la guarda de hecho contenida en el artículo analizado, debe entenderse como la prohibición de comercializarlo, lo que es absolutamente reprochable. Por otra parte, al analizar el art. 12 de la CIDN nos encontramos que resulta restringida la participación de NNA según refiere el Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia de la Argentina (2013) entendida como participación efectiva, [295] y considerando que el art. 13, versa sobre el derecho a la libertad de expresión y el art. 17 trata sobre el acceso a la información, ese cúmulo de artículos son fundamentales para el ejercicio efectivo del derecho a ser oído de estas personas en desarrollo y en su calidad de sujetos de derecho y por lo tanto tienen derecho a ejercerlos en su propio nombre, en función de sus facultades y grado de madurez, y la obligación impuesta a los Estados partes es de abstenerse de injerencias en la expresión de esas opiniones o en el acceso a la información; además se le impone a los Estados partes la obligación de introducir el marco jurídico y los mecanismos necesarios para facilitar la participación activa del niño en todas las medidas que lo afecten y en la adopción de decisiones teniendo debidamente en cuenta esas opiniones una vez expresadas contando con la información necesaria adaptadas a su edad y estado de madurez.

Considero que este es el meollo que ha traído tantas divergencias a este instituto, sobre todo ante la facultad que se le otorga al Juez de separar al niño de sus guardadores, extremo que debe ser analizado profundamente teniendo presente “el caso concreto” dando cumplimiento a nuestro ordenamiento vigente a fin de no revictimizar a quién pretendemos defender y que no vuelva a sentir un nuevo abandono; sobre todo cuando los principios del nuevo paradigma del derecho de

[295] El Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia de la Argentina es una Coalición de ONGs dedicadas a la defensa y promoción de los Derechos Humanos de NNA. Cada Lustro elabora par el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, el informe de Seguimiento de los Derechos del Niño de la Sociedad Civil, llamado Informe “Secreto” en Revista “El acoso legal de la niñez. Estrategias judiciales para la negación del abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes”, pág. 35 y sgtes, 1° Ed. CABA 2016.

familia ordena resguardar los intereses superiores de esta persona en formación. Esa regla se complementa con las disposiciones de los arts. 24 y 27 de la Ley Nacional de Protección Integral de NNA (Ley 26.061 reglamentada por el Decreto 415/2006)[296].

En palabras de Grosman, dice "A medida que el niño crece y es poseedor del pensamiento abstracto, adquiere discernimiento para comprender el sentido de sus acciones, su valoración como sujeto de derechos en la relación paterno-filial significa reconocer su opinión y colaboración en las materias que afectan a su persona". [297] Sobre ello, Kemelmajer de Carlucci explicó: "En la lectura de los dichos del menor, el Juez suficientemente capacitado, deberá desentrañar cual es la voluntad real, más allá de lo declarado sobre la base de eventuales adoctrinamientos e interferencias"[298]. Siguiendo este pensamiento la Excma. Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Trelew ha dicho sobre este tema: "Es obvio que el interés superior del niño es el principio por excelencia que habrá que considerar en cualquier debate en torno a la cuestión de la tenencia o custodia. Ello se encuentra positivizado en el art. 3. Inc. 1° de la CDN… De lo contrario, los intérpretes estarían asumiendo una suerte de poder omnímodo y paternalista, ajeno a un Estado Constitucional de Derecho que debe garantizar el debido proceso y la adecuada defensa en juicio (art. 18 de la C.N.) …" [299]; entonces la facultad del juez en separar al niño de sus guardadores debe ser analizado profundamente con posterioridad a ser escuchado con intervención del Equipo Técnico Interdisciplinario, el Asesor de Familia e Incapaces y habiendo designado un abogado para el NNA que ejerza sus derechos, sobre todo porque debe considerarse al menos los aspectos previstos en el art. 3° inc. "f" de la Ley 26.061[300], una decisión apresurada violaría el principio rector. Armonizando la normativa interna e internacional sobre lo expuesto por el niño respecto de su guarda, se debe concluir que en los casos donde fue dado en guarda directa por los progenitores a terceras personas no parientes ni con vínculo afectivo, pero que ha sido su centro de vida –a la luz de la interpretación prevista- y considero que la potestad otorgada al juzgador con

---

[296] Ley 26.061, art. 24: Derecho a opinar y a ser oído: Las niñas, niños o adolescentes tiene derecho a: a) participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que le conciernan y en aquellos que tengan interés; b) que su opinión sea tenida en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños o adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo. Art. 27 Garantías Mínimas de Procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos: Los organismos del estado deberán garantizar a los niños, niñas o adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los Tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) a ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite el niño, niña o adolescente; b) a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez, adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. Enc so de carecer de recursos económicos el Estado deberá signarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) a participar activamente en todo el procedimiento; e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte."

[297] GROSMAN, Cecilia P., en "El hijo como sujeto de derechos en el ejercicio de la autoridad parental", Rev. Universitas, Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, nº 59.

[298] (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El derecho constitucional del menor a ser oído" Revista Derecho Privado y Comunitario Nº 7, Pag. 177, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1994)

[299] C.Ap.Civ., Sala B. Sentencia 05/16 23/06/2016. (conf. Gil Dominguez- Fama-Herrera: "Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes", pág. 92/93

[300] Ley 26.061: Art. 3° Interés superior: inc. f) Su centro de vida: se entiende por centro de vida el lugar donde los niños, niñas o adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

todas las suposiciones ya señaladas, determinará su status-quo manteniendo la residencia habitual del niño hasta que se pueda resolver en definitiva.

Respecto de las formas a adoptar en estos procesos sostiene Grosman que "…si la razón de los derechos del niño es asegurar sus necesidades básicas, deben pensarse en modos en que tales exigencias serán tuteladas. No basta con una enumeración de los derechos, sino que es preciso buscar los caminos para que tengan efectividad…" [301] En este aspecto, es preciso señalar los argumentos esgrimidos por el máximo Tribunal en el sentido que "…cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el interés superior del menor no es un concepto abstracto, sino que posee nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias, y la solución que se propicia no importa preterir la relevancia que adquieren las gestiones realizadas a fin de impedir la inobservancia de los requisitos legales, el tráfico de niños o las anomalías en la entrega de menores en estado de adoptabilidad."[302] Entonces "encontrándose en juego la suerte de un niño, toda consideración formal pasa a segundo plano; en los procesos en los que se ventilan conflictos familiares que involucran a un niño, se amplía la gama de poderes, atribuyéndosele el gobierno de las formas a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice; en estos litigios, aislar lo procesal de la cuestión sustancial, limitarlo a lo meramente técnico instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible[303].

Existe un caso paradigmático antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil es el caso M.S.M. s/ Guarda. Una niña con cinco días de nacida (26/10/2012) fue entregada por su madre a la Sra. S.N.V.; un año después la guardadora de hecho inicia un proceso judicial de guarda con miras a la adopción de la bebe; en ese momento manifestó que la madre biológica que conocía por intermedio de una amiga, le cedió la crianza ante la imposibilidad de hacerse cargo de la niña. La defensora Pública de Menores e Incapaces y la Tutora ad litem, se opusieron al pedido de adopción y a la guarda previa fundando su postura en la guarda de hecho irregular y en la edad de la Sra. S.N.V. (60 años) y solicitaron el cese de la guarda y su derivación a una familia de tránsito como medida precautoria; previo a decidir la juez de grado citó a la madre biológica C.M.F. y en audiencia con la presencia de la representante del Ministerio Pupilar y el Juzgador la Sra. C.M.F. ratificó su voluntad de entregar a la niña a la actora, manifestando que la conocía desde hacía un tiempo por una amiga en común, también ratificó que no existió ningún tipo de ofrecimiento por parte de S.N.V., explicó que se veía con frecuencia y consideraba que haber entregado a la niña a la actora estaba bien porque a su parecer era la mejor persona para hacerse cargo de su hija y que aunque tuviera ayuda económica no cambiaría de parecer, manifestó que la niña era fruto de una

---

[301] (GROSMAN, Cecilia P., "Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia", en LL 23-V-1993)[301].

[302] Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2015-05-27 ~ M., M. S. s/ guarda. AR/DOC/2379/2015).

[303] S.C.Bs.As. 15/7/2009, Derecho de familia, n° 45, marzo/abril 2010, pág. 19211

relación ocasional y que desconocía el paradero del padre biológico. El 27/12/2013 se ordena la derivación de la niña a un hogar de tránsito o familia de acogimiento a designar por la Dirección General de la Niñez y Adolescencia del Gobierno de la ciudad de Bs.As., destino que luego fue sustituido por un hogar convivencial a partir del 15/05/2014. La Sra. S.N.V. apeló la decisión y la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó y ordenó la urgente restitución de la niña a quién fuera su guardadora de hecho, previa entrevista personal con ésta. El procurador General de la Nación con cita de Fallos: 3282870 y 331:147 –entre otros- remitió lo expresado en varias oportunidades por la Corte en el sentido que "los tribunales deber ser sumamente cautos a la hora de modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad; con lo cual, deben mantener aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como las más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles. La separación de la niña de quién ejercía la guarda de hecho se sostuvo en consideraciones genéricas, sin evaluar las circunstancias del caso, sin verificar si existía peligro de daño irreparable y sin contar con informes técnicos que justifiquen esa decisión, extremos a demostrar en tanto se alteró la situación existente, al contrario el perjuicio se producía al alejar a M.S.M. de quién la había cuidado desde su tiempo de vida. En suma la Cámara sostuvo que debe prevalecer la integración familiar y afectiva del niño que fuera consolidada durante el período de guarda de hecho, salvo que la juzgadora de primera instancia entendiera que mantener el vínculo afectaría el interés superior de la niña. En este caso se dio prioridad al art. 3° de la Ley 26061 inc. "f" y al resto de las normas dictadas en consecuencia preservando la relación afectiva en su primer infancia.

La posición de Unicef en el desarrollo Infantil Temprano es decir 0 a 3 años de edad, -primera infancia- es muy clara al decir que "es un factor clave para garantizar cambios sociales positivos de largo plazo que contribuyan al progreso de la sociedad. […] la primera infancia es altamente dependiente de los cuidados familiares, es necesario pensar de manera prioritaria en estrategias de intervención que garantice un ambiente familiar en el cual los padres y cuidadores tengan acceso a los recursos de conocimiento, información, tiempo y bienes materiales básicos para que ese ambiente sea apto para la realización de sus derechos. [304]

El caso analizado comenzó en octubre de 2012 y culminó en Mayo/2015 lo que nos lleva a plantear un nuevo elemento a tener en cuenta en este tema, ¿cuál es el PLAZO RAZONABLE sobre todo para estos casos? "El impacto del tiempo en los procesos de familia, es una cuestión atendida en los innumerables pronunciamientos de la Corte Interamericana, pues para determinar la razonabilidad del plazo también se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, máxime al considerar la situación - entre otros elementos - de la materia objeto de controversia. Por lo que el Tribunal puso de manifiesto que la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de

[304] http://www.unicef.org/argentina/spanish/Sistematizacion_final.pdf

cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y resultar perjudicial para los intereses de los niños involucrados."[305] "En función a la relevancia que se le atribuye a este factor en la decisión final de los casos que involucran la guarda de hecho, la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quién reiteradamente viene sosteniendo que "en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de los niños y niñas que se encuentran en su primer infancia deben ser manejados con un diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades. … ". [306] "Destacó la necesidad de prescindir, de reparos formales … cuando la índole de los derechos en juego requiere la inmediata actuación de un juez que atienda la situación de un menor de manera efectiva y estable. Finalmente recomendó al magistrado competente que obre con premura y mensura en la resolución definitiva de un conflicto de guarda a fin de hacer efectivo el interés superior del menor que como principio rector enuncia la CDN, evite que pueda prolongarse aún más la incertidumbre sobre la situación del menor y su posibilidad de crecer en el seno de una familia"[307]; por lo tanto el plazo para tomar la decisión acertada debe ser considerado como prioritario a fin de no re victimizar a las personas vulnerables, tomando la definición según las 100 reglas de Brasilia[308], recordemos que Argentina ya incurrió en responsabilidad internacional con el caso Fornerón[309] que también trató de una guarda directa por parte de la progenitora instrumentado en un documento público y negando al progenitor y a la niña nacida, la posibilidad de vincularse y posteriormente vivir en familia. El plazo de duración del proceso fue de doce años.

Otro tema que considero no menor son los operadores jurídicos que intervienen en estos procesos que deben estar desprovistos o por lo menos intentar ser lo más objetivos posibles tratándose de liberarse de ideologías, pre–juicios, género, entre otros[310]. Digo ideologías porque es muy peligroso tomar decisiones sobre supuestos que no se encuentran incorporados en autos como el hecho de los pre-juicios por ejemplo en el caso mencionado en juzgar a la progenitora de la niña dada en guarda, o el hecho que una solo persona no pueda detentar la guarda de un NNA o que por su género –varón- no sea apto para cuidar de un menor de edad –caso Fornerón-, pues corremos el riesgo de tomar decisiones que violen los derechos que decimos proteger, sobre todo en el tema traído a estudio. Graciela Medina han expresado que la prohibición está dirigida a impedir el comercio de niños, niñas y adolescentes al decir: "Es absolutamente coherente con el

---

305 Citar: elDial AA97A4

306 Corte IDH, 1-7-2011 L.M. Medidas provisionales respecto de Paraguay", consid. 16 en Revista de DPyC 2016 I-Derecho de Familia – I Relación entre padres e hijos, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 324.

307 CSJN D.L.A. y Otro s/ Guarda, Fallo 338:1149 27-10-2015.

308 Las 100 Reglas de Brasilia dictadas en el año 2008, ls cuales no son obligatorios porque no fueron plasmadas en una convención.

309 Corte IDH, 27-4-12, "Forneron L. e hija vs. Argentina".

310 Cátedra Derecho de Familia "Interdisciplina en las Relaciones de Familia. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho, Dra. Angeles Burundarena- Lic. Adela García.

sistema del Proyecto de Código Civil y Comercial el respeto de la voluntad de los progenitores de entregar su hijo en adopción a una persona y no a otra cuando ésta reúna los requisitos para ser adoptante, ya que el nuevo Código prioriza la autonomía de la voluntad personal y respeta las conductas autorreferentes cuando no sean violatorias de la moral y las buenas costumbres"[311]; al comentario al art. 611 del CCCN[312] la misma autora dice: "Se ha definido la admisibilidad jurídica de la guarda de hecho nacida al amparo de una entrega directa, con base a la inexistencia de una prohibición expresa en el ordenamiento[313]. Las guardas de hecho no están prohibidas, como la derogada norma del art. 318 del Código Civil que apuntaba a una guarda con fines de adopción no fuera dada por un ente administrativo o un escribano."[314] El fundamento se basa en la legítima derivación del ejercicio de la responsabilidad parental y la autonomía de la voluntad materna en la selección de los futuros adoptantes, entendiendo que la intervención del Estado en las relaciones familiares siempre es subsidiaria de la voluntad familiar y sólo puede intervenir el Estado cuando los progenitores no hayan previsto este extremo, lo contrario atentaría contra el principio de subsidiariedad de la intervención pública. Si hablamos de tutela y entendiendo la analogía con la adopción, indistintamente del tipo que se trate, siempre será el juez quien deberá discernir el cargo de tutor o sentenciar en la adopción, previa apreciación sobre la idoneidad en su concepto amplio (actitud física, moral, económica y legal) de la persona que pretende ser tutor y si pensamos que el Código Civil y Comercial de la Nación es un todo y teniendo presente como hiciera referencia la autora mencionada al hacer un paralelismo con la tercera forma de filiación que es la voluntad procreacional, se debe priorizar la autonomía de la voluntad de los progenitores; sobre todo cuando existe una relación socioafectiva –lazo afectivo-, entre los guardadores de hecho y las personas menores de edad, entendiendo "el lazo afectivo" como excepción propuesta que se solicita para validar la guarda conjugando el principio de realidad y cuál es su peso específico. Marisa Herrera ha expresado sobre la relación socioafectiva: "[…] es la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos…"[315] Ahora bien "¿Cuándo lo fáctico, el afecto, lo social, la realidad, presenta una entidad tal que no puede ser negado o silenciado por el derecho? éste es uno de los interrogantes centrales que nuclea o, a modo de columna vertebral, genera y plantea nuevos debates en el campo del derecho de familia desde una perspectiva contemporánea, [316] sobre todo a la luz del art. 643 CCCN que regula la delegación del ejercicio de la responsabilidad

---

311 Medina Graciela, La adopción en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Revista de Derecho Privado y Comunitario Editorial Rubinzal-Culzoni- T. 2012-2, p. 465/505

312 Kemelmajer de Carlucci, A- Herrera M. Lloveras N (directoras) Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014, t. III Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 289 y sgtes.

313 CCCom. De La Matanza, 30-11-2011, "NN o A., G. M. s/ Abrigo", L.L. Online, AR/JUR/29891/2011.

314 Medina G. y Flores Medina P. "la Guardas de Hecho. Correlación entre el art. 318 dl Código Civil y el art. 40 del decreto 383/2005, en L.L. del 2-6-2005, ps. 1 y ss.

315 Herrera Marisa, La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de Familia" Copyright 2012 Abeledo Perrot S.A – Thomson Reuters.

316 idem

parental cuando los progenitores transfieren dicho ejercicio a "un pariente o tercero idóneo" y será el juez el que deberá investigar si los referentes afectivos del NNA son aptos para que ese niño continúe en esa familia o deba ser puesto en otra. En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca el 5 de noviembre de 2.015 se concluyó de lege lata que "se debe entender de manera sistémica de conformidad con los art. 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, que la excepción a la prohibición de la guarda de hecho no se circunscribe a los parientes, sino a aquellas situaciones excepcionales de socioafectividad en el que la relación entre la familia de origen y la guardadora (los adultos) es cierta, previa, genuina", [317] de lege ferenda se propone que "se debe modificar el art. 611 y se vuelva al texto del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación"[318] que decía: "Guarda de Hecho. Prohibición: …. La transgresión de la prohibición …. excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco **o afectivo entre éstos y los pretensos guardadores del niño. …".** Medina sostiene que "… siempre que no se encierre el comercio de un menor y los adoptantes estén inscriptos en el registro se debe respetar la voluntad materna y paterna". Algunos autores en la materia sostienen que la progenitora que entrega a su hijo y elige a los pretensos adoptantes carece de efectos jurídicos, inclusive se niega que se trate de un derecho personalísimo de la madre biológica y se rechaza la práctica conocida "entrega directa" fuera de todo ámbito institucional, administrativo o judicial fundándose en que dicha práctica reduce a los NNA en "objetos" de transacción onerosa o gratuita a través de mecanismos irregulares o ilegales lo que resulta lesivo a la persona y a sus derechos humanos fundamentales, sostiene esta postura entre otros Atilio Alvarez[319]en el art. 318 del C.C. derogado, "el cuestionado contractualismo que involucra la condición de niño como sujeto de derecho"[320] y su cosificación"; sustentan dicho pensamiento en el art. 35 CDN que refiere al tráfico de niños y su entrega directa a cambio de una remuneración o de cualquier otra retribución, se agrega la valoración del consecuente riesgo del tráfico de niños y la prevalencia del orden público en materia de adopción; explican el acto de la entrega directa del niño de la madre a un tercero en guarda con fines de adopción hace que resigne su responsabilidad parental y quede desplazada hacia el ámbito de la justicia y serán ellos quienes resuelvan con el acompañamiento del Equipo Técnico Interdisciplinario y entre los postulantes inscriptos en el Registro Único de Adoptantes[321].

---

[317] Unanimidad: Natalia de la Torre (UP); Federico Notrica (UP), Maria Teresa Vega (UNCatamarca); Adriana Krasnow (UNR); Paula Fredes (UNRioNegro); Guillermina Zabalza (UNdelCentro); Marisa Herrera (UBA); Marisa Dominguez (UNC), Lorena Galelli (UNLP), Silvina Basso (Uces); Patricia Kuyumdjian (UCA Bs.As.).

[318] Unanimidad: Natalia de la Torre (UP); Federico Notrica (UP), Maria Teresa Vega (UNCatamarca); Adriana Krasnow (UNR); Paula Fredes (UNRioNegro); Guillermina Zabalza (UNdelCentro); Marisa Herrera (UBA); Marisa Dominguez (UNC), Lorena Galelli (UNLP), Silvina Basso (Uces); Patricia Kuyumdjian (UCA Bs.As.).

[319] Posición expresada por Atilio Álvarez defensor de menores, citado por Herrera Marisa, El derecho a la identidad en la adopción, Universidad, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 380.

[320] Kemelmajer de Carlucci, Aida - Herrera Marisa Lloveras Nora (directoras) Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014, t. III Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 293 y sgtes.

[321] Pellegrini Maria Victoria y Duprata, Carolina, Entregas extrajudiciales de menores en guarda, en Revista Jurídica, N° 9, de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales 2005 (versión electrónica: www.uces.edu.ar/publicaciones/revista_jurídica_numero-9.php).

Pero ¿estar inscripto en el Registro Único de Adoptantes es un requisito de validez para que se pueda consolidar la guarda de hecho? Parecería que es requisito fundamental estar inscripto en el Registro Único de Adoptantes, para tomar una postura a favor o en contra de la guardas de hecho, guardas puestas o guardas de entrega directa; sin embargo al comentario del art. 611 Aida Kemelmajer dice: "Justamente invocando la prevalencia del "superior interés del niño", se sostuvo que el Registro de Aspirantes constituía **una herramienta creada al servicio del niño y no a la inversa,** prevaleciendo la fuerza de los hechos consumados frente a la decisión judicial posterior"[322]; entonces partiendo del principio de razonabilidad y teniendo presente que estamos tratando de resolver el mejor interés de una persona, no es lógico pensar en un orden de prelación de presuntos adoptantes inscriptos en un registro como prioritarios para ser los próximos padres es lo ideal, aquí sí estaríamos cosificando a la persona indefensa; es más, el equívoco surge de los fundamentos de la adopción, lo que se ha dicho y repetido en este nuevo ordenamiento jurídico, en la adopción se buscan padres para el niño y no a la inversa, entonces si la prioridad es que estas personas vulnerables puedan ejercer el derecho a crecer y desarrollarse dentro de una familia, ese no es el rumbo ni la intención del registro. "Lo trascendente es la valoración de la idoneidad de los guardadores: tan idóneos pueden ser los elegidos por la madre como los seleccionados por el Juez del listado"[323] Ahora bien el hecho que los presuntos adoptantes estén inscriptos significa que son personas idóneas para ser padres, pero tal vez los elegidos por los progenitores también lo sean, misión que deberá ser dirimida por el juez. En el sistema normativo actual se prevé la intervención excluyente del Registro de Adoptantes RUAGA tal lo normado en el art. 613 y en el art. 600 inc. b) como requisito para ser adoptante y el inciso "h" del art. 634 que establece la nulidad absoluta de la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a la inscripción en el registro de adoptantes como también el inc. "c" del art. 609 que ordena que en la sentencia de declaración de situación de adoptabilidad la remisión del o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, para dar inicio al proceso de guarda con fines de adopción. Pero es el mismo cuerpo legal el que prevé excepciones al art. 611 para el proceso de adopción por integración o la guarda directa con fines adoptivos cuando son los progenitores que han entregado en guarda a sus hijos a personas con vínculo de parentesco, verificado por el Juez sin ningún otro requisito y por ello no es exigible lo previsto en el art. 613 ni es de aplicación el art. 634; esto no significa que la familia guardadora no se inscriba en el RUAGA, aunque existen jurisdicciones que no admiten la inscripción posterior de guardadores de hecho, que es el caso de la Provincia de Santa Fe. El fundamento de la creación del registro único es preservar íntegramente los derechos de NNA, aportar transparencia, alejar y obstaculizar todo tipo de negociación espuria entre progenitores y guardadores y evita vulnerar los derechos de las madres y de los NNA. Parecería entonces, que el análisis se reduce la prohibición a la ponderación de la guarda de hecho o judicial y al requisito de inscripción en relación a la sanción de nulidad absoluta de la adopción

---

322 Idem.

323 Kemelmajer de Carlucci, en el libro homenaje a la Dra. Berta Kaller de Orchansky, STC, Córdoba, ps. 3321 yss.

por violación a las normas sobre registro de adoptantes. El primer párrafo del art. 8 de la CIDN expresa que "Los Estados partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, … sin injerencias ilícitas" y la parte final del primer apartado del art. 7 dice: "a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos"; el art. 20 apartado 3° entre los cuidados especiales figuran, entre otras cosas … la adopción …"; y en materia de adopción el art. 21 dice: "Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial …" al igual que el art 595 inc. a) CCCN y el art. 3° inc. 1° de la Convención y la O.G.7/2005 [324] entonces "La prohibición de ponderación de la guarda de hecho, las guardas judiciales y la delegaciones de ejercicio de la responsabilidad parental en el marco de una adopción es una norma calificable al menos de inelástica y el código en este aspecto desconoce la riqueza y variedad de los vínculos humanos y también se coloca un poco más allá de las propias normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en tanto y en cuanto obliga al juez a desestimar lo cotidiano en la vida de un niño, es decir la realidad de ese niño en particular. La norma, tal cual está escrita no tiene válvula de escape y bloquea la mirada del juez sobre aquellos casos donde los vínculos de hecho constituidos por los propios niños son la voz cantante del derecho."[325]

Concretamente para el caso de una guarda directa de NNA entregados por sus progenitores a terceras personas no parientes, la prohibición resulta contraria a la CIDN y al art. 75 inc. 22 de la CN porque vulnera el interés superior del niño cuando no ha existido ningún elemento de ilicitud de origen; por otra parte la inscripción al registro de pretensos adoptantes no es un requisito a tener en cuenta según lo previsto en el art. 611 en sus excepciones. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "a los fines del otorgamiento de una guarda con fines de adopción, el requisito de la inscripción en el Registro Único de Aspirantes no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues, al tratarse de la construcción de un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez, debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, …, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias". [326] Por lo tanto el requisito de inscripción ha sido revestido de un carácter netamente impediente del otorgamiento de una sentencia válida en función de la sanción de nulidad absoluta prevista para su cumplimiento y en un estudio de las normas ya citadas no existe colisión con el P.S.J.C.R. ni con los fallos de la C.I.D.H. en la materia, lo que supera el control de convencionalidad. Excepto situación de connivencia, participo de la idea en la elección de la madre biológica respecto a los futuros adoptantes de su hijo, pues creo que constituye un derecho a favor del infante, por aplicación del principio del interés superior del niño.

---

[324] Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7/2005 "Realización de los derechos del niño en la primera infancia" párrafo 36 b, http://www2.ohchr.org/english7bodies/crc7comments.htm.

[325] Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario L.A. s/ Guarda Preadoptiva y su conexo L.A.E. s/ Adopción" 07/09/2016.

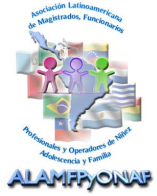
[326] CSJN, 16/9/2008, LL 2008-F, 59.

En este sentido compatibilizo el ejercicio de la patria potestad y el derecho personalísimo de la madre, con el interés superior del niño.

A modo de conclusión los participo de una carta de un joven de 14 años dado en guarda directa por la progenitora cuando tenía 7 años de edad, quién recuerda cuando llegó por primera vez a su nueva familia con una muda de ropa y un par de zapatillas que le quedaban chicas y dice: *"Yo, Fausto hoy recuerdo que el día 27 de diciembre de 2.009 tenía miedo, curiosidad, alegría por conocer a mis padres del corazón. Quería dejar de ser triste, dejar de ser golpeado. Soñaba con tener amor, que alguien me proteja, que me cuiden. Tener una mejor vida. Ser un niño feliz, Hoy mi madre Sofía me dio una nueva oportunidad, el de tener una familia. Con el tiempo mi mamá me enseño que Sofía tuvo el único gesto de amor conmigo al entregarme. Por ese gesto tan grande de amor hoy recuerdo a mi madre con cariño." E*s una historia real.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- *Capitulo 3 "El Derecho Humano a tener una familia y el lugar de la adopción cuando el fondo y forma se encuentran" Por Marisa Herrera y Mariel Molina de Juan, en el Tomo I Fernández Silvia Eugenia Directora "Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Ed. Abeledo Perrot, 2015
- Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia- Derecho de Familia, 2016-II, "Interés superior del niño en los casos de entrega directa y guarda de Hecho" Alejandro San Juan, pág. 99/108, Ed. Abeledo Perrot.
- Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial del 2014 tomo III. Kemelmajer de Carlucci Aida – Herrera Marisa – Lloveras Nora – Directoras. Ed. Rubinzal-Culzoni
- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado de Rivera Julio Cesar – Media Graciela Tomo II Ed. Thomson Reuters La Ley.
- *El Acoso legal en la Niñez "Estrategias judiciales para la negación del abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. Ed. Colectivo de derechos de infancia y adolescencia. 1° Ed. CABA. Asociación Civil para los Derechos de la Infancia, 2.016
- Cecilia P. Grosman – Nora LLoveras- Aida Kemelmajer de Carlucci – Marisa Herrera. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. 2015 –IV Agosto 2015 y 73 Marzo 2016.
- Ricardo Luis Lorenzetti . Director Código Civil y Comercial de la Nación, tomo I Ed. Rubinzal-Culzoni. 1° Ed. Santa Fe 2014.
- *Chechile Ana María Directora. Derecho de Familia conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Ed. Abeledo Perrot. 2015. Pág. 479 y sgtes.
- Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-I Derecho de Familia –I Relaciones entre padres e hijos. pág. 293 y sgtes.



- *Husni Alicia –Rivas María Fernanda, “Familias en Litigio Perspectiva Psicosocial, 1° Ed. Bs.As. Ed. Lexis Nexis. 2008, pág. 57 y sgtes.

Ponencia 23 – Comisión 2

Título: Sentencias de adopciones extranjeras de niños, niñas y adolescentes paraguayos, su inscripción en Paraguay.

Autor/es: Evelyn Marlene Peralta

Datos autora:

Jueza de la Niñez y la Adolescencia de la Tercera Circunscripción Judicial de la República del Paraguay.

"SENTENCIAS DE ADOPCIONES EXTRANJERAS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PARAGUAYOS, SU INSCRIPCION EN PARAGUAY".

SINTESIS: En la Tercera Circunscripción Judicial de la República, específicamente en los asientos de los Juzgados de la ciudad de Encarnación, se han tramitado vía exhortos judiciales de Jueces de Familia de las diversas provincias de la República Argentina**,** sentencias definitivas de adopciones plenas especialmente de niños y niñas de nacionalidad paraguaya, sin intervención de autoridades paraguayas. En la creencia que éstas sentencias extranjeras de adopción no pueden para unos jueces y para otros si pueden, ser objeto de inscripción en adopción en el libro de nacimientos de la Dirección del Registro del Estado Civil, donde fuera registrado el niño o niña y de donde procede su nacionalidad como parte de su derecho a la identidad, como último trámite de formalización de la adopción procesada en el extranjero. Es debido a estas cuestiones que este trabajo se propone reflexionar sobre los problemas derivados de tal práctica.

INTRODUCCION

Hace años que el Paraguay ha sido catalogado por los demás Estados como país exportador de niños.

Hoy día existen en nuestro país, prácticas que vulneran nuestro ordenamiento jurídico vigente y con esto un abanico de posibilidades para adoptar niños paraguayos en el extranjero.

Dos posiciones y criterios maneja el Fuero Especializado de la Tercera Circunscripción Judicial de la República, lo cual será objeto análisis de la presente monografía.

Realizar un análisis sobre el control de legalidad de las adopciones de niños y niñas paraguayos, valorar la conveniencia de éstos trámites desde la perspectiva del principio del interés superior del niño es tarea en estudio de este material.

Se ha estudiado los expedientes formados a través de los exhortos recibidos en los juzgados de referencia, en especial la ejecución de la sentencia de adopción extranjera, para su cumplimiento efectivo a través de la inscripción de la misma en la Dirección General del Registro del Estado Civil.

Sin ahondar mucho en las reglas del procedimiento y los criterios doctrinarios que regulan las ejecuciones de sentencia extranjeras en ambos países, el fondo del estudio demuestra la falencia en comunicaciones y efectividad en la aplicación de los tratados internacionales en materia de adopción, lo que hace posible que muchos niños, niñas y adolescentes paraguayos sean adoptados en la república Argentina.

Las legislaciones, evidentemente cumplen con sus fines en cada Estado, "*una familia para un niño que no la tiene*", simplemente este trabajo hace ver una situación, el cambio de criterio de lo estrictamente procesal a lo eminentemente garantista de derechos humanos inherentes a personas de especial protección como lo son los niños, cuando que ambos Estados han firmado convenios que se refieren en exclusiva a los derechos humanos y buenas prácticas en las adopciones internacionales, el derecho inalienable que tienen todos los niños de conocer su historia de vida individual, sus raíces, incluyendo el nexo biológico que es una aspiración y necesidad natural de cada ser humano.

Cuando la nacionalidad del niño, niña o adolescente no coincide con la del Estado en donde se inicia y trascurre el trámite de la adopción, que debe el órgano jurisdiccional garantizar para efectivizar la inscripción de la sentencia de adopción por sobre cualquier otro derecho – para unos es la IDENDTIDAD que conjuntamente debe promover el derecho a ser criado por una FAMILIA sea biológica o adoptiva.-

1.- CRITERIO DEL RECHAZO IN LIMINE DEL JUZGADO

La fundamentación jurídica para el rechazo de la inscripción de la sentencia definitiva de adopción plena proveniente de la república Argentina entre otras son: La Ley 900/96

"Que aprueba el convenio relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional" aplicando los Arts. 4, 6 y 14 de la misma y el Art. 28, Art. 33 de la Ley 1136/97 "De adopciones del Paraguay".

La interpretación del juzgado expresa que la adopción realizada en la república Argentina; no puede ser inscripta en nuestro país, por no dar intervención al Estado paraguayo al constatarse la nacionalidad extranjera del mismo, si bien el niño reside en el Estado argentino, debe ser considerado una adopción internacional.

Esa adopción, por lo tanto no se ha adecuado a las disposiciones de la legislación internacional y nacional vigente[327], por lo que al dictarse sentencia de adopción plena, la misma contraviene las normas legales vigentes. Concluyendo, que existe una transgresión a la norma nacional, específicamente a las normas de la Ley 1136/97, lo cual hace imposible que la sentencia fuera admitida como válida y el exhorto por el cual solicitan la diligencia de la inscripción de la resolución extranjera ante las oficinas del Registro Civil no puede efectivizarse.

La respuesta de la Embajada de la república Argentina, considera que no se trata el caso de una adopción internacional, pues ambas partes, adoptante y adoptado, residen en el territorio argentino y las leyes que regulan la adopción son las de la Nación Argentina. La nacionalidad paraguaya que detenta -en el presente caso- el menor, no le da, a la adopción, calidad de "internacional".[328]

No se trata de una adopción internacional, en sentido tradicional, pero se trata de la adopción de un niño o niña y a veces adolescente de "*nacionalidad extranjera*", en este caso específico, la adopción de un niño o niña de nacionalidad paraguaya por una familia argentina.-

Por lo que se puede considerar que si el Estado argentino es parte de la Convención de los Derechos del Niño y el Estado paraguayo también lo es, deben interpretar en forma amplia las normas de aquella convención y considerar la aplicación de éstas, que son legislación positiva en ambos Estados, asimismo los Estados son firmantes del Pacto de San José de costa Rica, que vuelven a los Estados Partes garantes de los derechos del niño, tales como identidad, que "incluyen nacionalidad, nombre y relaciones familiares"[329], por lo que interpretando extensivamente el pacto

[327] Del Estado paraguayo
[328] Anexo 36
[329] Art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño

y la convención encontramos la repuesta para el rechazo *in límine* del exhorto de inscripción de sentencia de adopción plena extranjera.-

El Estado paraguayo firmante del Convenio Relativo a la Protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, el juzgado basa su rechazo en el mismo.

2.- ANALISIS DE LOS ARTICULOS - FUNDAMENTOS DE RECHAZO.-

Pasamos a desglosar y estudiar los artículos mencionados en la fundamentación judicial para el rechazo.

2.1. CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCION DEL NIÑO Y A LA COOPERACION EN MATERIA DE ADOPCION INTERNACIONAL - LEY 900/96 - De los artículos 4 y 14 de la ley 900/96

Ahora bien, el mismo cuerpo legal referido en su Capítulo II establece las condiciones de las adopciones internacionales – Art. 4 - *Las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar cuando las Autoridades competentes del Estado de origen:*

a) Han establecido que el niño es adoptable;

b) Han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño;

c) Se han asegurado que, 1.- Las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informados de las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen, 2.- Tales personas, instituciones y autoridades han dado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha sido dado o constatado por escrito, 3.- Los consentimientos no se han obtenidos mediante pagos o compensaciones d clase alguna y que tales consentimientos no han sido revocados; y 4.- El consentimiento de la madre, cuando sea exigido, se ha dado únicamente después del nacimiento del niño, y,

d) Se han asegurado, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, de que, 1.- Ha sido convenientemente asesorado y debidamente informado sobre las consecuencias de la adopción y de su consentimiento a la adopción, cuando éste sea necesario, 2.- Se han tomado en cuenta sus deseos y opiniones del niño, 3.- El consentimiento del niño a la adopción, cuando sea necesario, ha sido dado libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento ha

sido dado o constatado por escrito, y 4.- El consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna….".[330]

El Art. 14 del mismo cuerpo legal se puede leer cuanto sigue: "*Las personas con residencia habitual en un Estado contratante que desee adoptar un niño cuya residencia habitual esté en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad central del Estado de su residencia habitual*."[331], en este sentido entendemos que este artículo se refiere un niño, niña o adolescente con residencia en el Estado de origen, que no es el caso en estudio.

Para esclarecer debemos definir lo que entendemos por "residencia habitual", un concepto adecuado y sencillo, de la residencia habitual dice: *"es el lugar geográfico donde la persona, además de residir en forma permanente, desarrolla generalmente sus actividades familiares, sociales y económicas"*[332], es decir, entendido en relación al niño, es el lugar geográfico donde el niño tiene su centro de vida actual, en presente, o pasado inmediato, no se trata del lugar donde vivía hace 5 o 10 años atrás, sino su pasado cercano donde vivía hace un año o dos años atrás por mucho decir, lo cual hace presumir que ese niño, niña o adolescente se ha familiarizado con el lugar, su gente, sus vecinos, sus amigos, su escuela, las calles, el barrio, el parque de diversiones, la plaza, lugares de esparcimiento y actividades cotidianas, y nada tiene que ver con el espacio geográfico donde se produjo su nacimiento.

La realidad es que ninguna de estas normas se refieren al caso que tratamos, así como tampoco coincide la aplicación del Convenio relativo a la Protección del niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, por tratarse de una adopción tramitada íntegramente en el extranjero sin intervención de otro Estado, en este caso de la Autoridad Central del Paraguay, por tratarse de un connacional con residencia en dicho Estado extranjero.-

El Convenio *in extenso* no hace referencia alguna al caso como en estudio. Este convenio se aplica para los casos en que un niño de un Estado Parte, es declarado en estado de adoptabilidad por ese Estado y no existan familias adecuadas para adoptarlo en su Estado de origen. Este trámite puede darse en el Estado de origen del niño o en el Estado parte de residencia de los adoptantes.

Analizada otra norma, el artículo 6° del Capítulo III - Autoridades Centrales y Organismos Acreditados, expresa en el numeral "1.- *Todo Estado contratante designará una Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que el convenio le impone. 2. Un Estado federal, un Estado en el que están en vigor diversos sistemas jurídicos o un estado con unidades territoriales*

---

[330] Ley N° 900/1996, Que aprueba el convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

[331] http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-41.html

[332] http://iies.faces.ula.ve/censo90/Conceptos_definiciones_de_poblaci%C3%B3n_vivienda.html

autónomas pueden designar más de una Autoridad central y especificar la extensión territorial o personal de sus funciones. El Estado que haga uno de esta facultad, designará la Autoridad central la que puede dirigirse toda la comunicación para su transmisión a la Autoridad central competente dentro de ese Estado", en este sentido de conformidad al convenio internacional, la judicatura Paraguay entiende que el Estado argentino, habiendo también suscripto el Convenio de La Haya de 1993, debería dar intervención a las autoridades del Paraguay, como Estado parte del convenio, por tratarse de un niño, niña o adolescente de nacionalidad paraguaya, y así asegurarse que se hallan cumplidos los requisitos del Art. 4 del Convenio, aplicando específicamente el Art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño del cual también ambos Estados son parte.-

Cuanto que, si por alguna circunstancia un niño, niña o adolescente de nacionalidad extranjera, especialmente argentinos, se hallen en estado de vulnerabilidad o por alguna razón ingrese al sistema de justicia, por abandono o muerte de sus progenitores u otras causas, el trámite recomendado es dar intervención al Estado argentino o Estado de su nacionalidad, en procura de su repatriación o en su defecto cumpliendo con las exigencias del Art. 4 del Convenio de La Haya de 1993.

2.2. – LEY DE ADOPCIONES del PARAGUAY N° 1136/97- Arts. 28 y 33

El artículo 28 de la Ley de Adopciones, solo describe la creación del Centro de Adopciones, autoridad administrativa central en materia de adopciones, sean están nacionales o extranjeras, como ente autónomo. Ahora bien, es comprensible que el Juzgado haya aplicado esta norma para identificar la autoridad administrativa en materia de adopciones, sin embargo, la más puntual es la norma del Art. 29 del mismo cuerpo legal, dicha ley enumera todas las funciones que debe realizar el Centro de Adopciones en nuestra país, al solo efecto de aclaración indicamos éstos numerales en forma específica: "*5) Recibir de las autoridades centrales de otros países las peticiones de adopción internacional, analizar las mismas y emitir los informes circunstanciados correspondientes; 11) Llevar un libro de adopciones nacionales e internacionales; 14) Relacionarse con las autoridades centrales y organismos acreditados de otros países, estableciendo una comunicación permanente y brindando información pertinente referente a legislaciones, estadísticas y otras de carácter específico y general; 18) Velar por el cumplimiento de los convenios y acuerdos internacionales ratificados por el Paraguay, relacionados con la adopción y los derechos del niño*.[333] Estos numerales son algunas de las pautas que se hallan descriptas en la norma con referencia a las adopciones, la autoridad judicial del Paraguay para efectivizar el cumplimiento de la sentencia extranjera, necesita que el trámite en su inicio de alguna forma haya sido comunicado a la autoridad central del país y ésta a su vez presente un estudio pormenorizado en relación al origen o familia de origen del sujeto de a ser adoptado, la comunicación entre las autoridades centrales y organismos para brindar un cruce de información seria y responsable en relación de

[333] De Adopciones del Paraguay

menores de edad en estado de vulnerabilidad, abandono o con medidas de protección, en abrigo, colocación familiar, guardas con fines de adopción de nacionalidad paraguaya en territorio argentino, son importantes para logar la efectiva garantía del niño a tener una familia y a conocer su origen, por un lado y por el otro a ser repatriado si tuviere una familia biológica que lo reclame y asegure su desarrollo integral. Con esta acción se estaría cumpliendo con lo establecido en el numeral 18) de la Ley de Adopciones, volviendo funcional las letras de los convenios internacionales garantizando los derechos de los connacionales que por su edad, género, condición social o económica son vulnerables al sistema de efectiva protección del Estado paraguayo y cuyos progenitores tuvieron que migrar para proveer el sostenimiento de sus familias con causas justificadas y sostenibles para que el Estado Parte tomara medidas de protección en relación a estos niños.

También se halla planteado como cimiento del rechazo *in límine,* el Art. 33 de la ley 1136/97: *"Las solicitudes de adopciones internacionales se presentarán únicamente en la sede central del Centro de Adopciones de la capital, a través de las autoridades centrales del país de los padres adoptantes. No se dará curso a ninguna petición de adopción internacional que no se ajuste al procedimiento establecido en este Artículo. Las solicitudes de adopción nacional se presentarán ante el juzgado de turno, el cual dará traslado de ellas al Centro de Adopciones a sus efectos*"[334], en realidad el estudio del caso no trata de la adopción internacional en sí, se trata más bien de una adopción procesada en el extranjero con causas o por causas, circunstancias, motivos diversos que dan inicio a ese tipo de procesos por el cual una persona (niño) pasa a formar parte de la familia de otro, con todos los derechos y beneficios de un hijo biológico, es decir, hablando de una filiación adoptiva, la cuestión es que, esa persona menor de dieciocho años cuyos derechos deben ser garantizados y protegidos en forma privilegiada ante los derechos y garantías de terceros, es de nacionalidad paraguaya. El problema para el sistema judicial y administrativo del Paraguay se da porque el niño, niña o adolescente no puede ser vulnerado sus derechos esenciales y personalísimos como lo es la identidad del cual nacionalidad, es parte, conjuntamente con su nombre.[335] No se trata de controlar las leyes y políticas de la infancia de la república Argentina, sino de establecer una guía de acción para evitar que niños paraguayos sean de un modo *presa fácil* del proceso de adopción en un país extranjero, sin la mínima intervención del órgano administrativo de nuestro país, que garantice datos ciertos, reales, históricos del niño para que en su momento estos testimonios sirvan para la formación de su personalidad, respetando su autonomía progresiva y el derecho a conocer sus orígenes.-

[334] Ley N° 1136/97
[335] Art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño

2.3. LEY de la RCA. ARGENTINA - CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION – ADOPCIONES

Se han planteado situaciones vinculadas al desarraigo de niños o niñas de nacionalidad paraguaya, que ha sido objeto primeramente de una guarda pre-adoptiva y luego de la adopción plena y hasta de adopción simple, por parte de las autoridades judiciales argentinas. La adopción hoy con la nueva ley en la república Argentina queda definida como: *"La adopción, es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código"*.[336] En casi todos los casos llegados a los juzgado del fuero especializado de esta circunscripción judicial, no se procedió a dar intervención a las autoridades paraguayas en la substanciación del juicio, queda claro que existen dudas sobre el cumplimiento de compromisos internacionales asumidos en la tramitación del procedimiento y, en búsqueda de la defensa de los derechos de niños y niñas adoptados, debe utilizarse la cooperación internacional para garantizar sus derechos, entre ellos el derecho humano fundamental e innegociable de su identidad que comprende no solo el nombre sino la nacionalidad, y conocer a la familia de la cual provienen, se debe garantizar el derecho de los adoptados de nacionalidad paraguaya saber sobre sus orígenes, el mantenimiento del vínculo, en caso de ser hallados y si fuere posible el relacionamiento de ellos con su familia ampliada. Los connacionales adoptados en el extranjero deben conocer su historia para formar su personalidad. Cabe destacar que este pedido no pone en tela de juicio la sentencia dictada por un tribunal argentino relacionada a la adopción, sino que conforme a la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de Nueva York sobre los Derechos de los Niños ratificados ambos Estados, es deber del órgano jurisdiccional garantizar los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio lo protocolizado en relación al niño y la familia el Pacto de San José de Costa Rica, también ratificado por la república Argentina; entre ellos el Art. 17 que se refiere a la Protección de la Familia, Art. 18. Derecho al nombre. *"Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante supuestos, si fuere necesario*."; Art. 19. Derechos del Niño. *"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".* Art. 20 Derecho a la nacionalidad "*1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla"*[337]

[336] Art. 594 Código Civil y Comercial de la Nación
[337] Ley 1/90 Pacto de San José de Costa Rica

La adopción en la república Argentina se halla incorporada en su nuevo Código Civil y Comercial. Capítulo VI, conceptualiza la adopción, así como establece los principios generales que rigen la patria entre ellos en su Art. 595 encontramos: "***a)*** *el interés superior del niño;* ***b)*** *el respeto por el derecho a la identidad;* ***c)*** *el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;* ***d)*** *la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;* ***c)*** *en el derecho de conocer los orígenes;* ***f)*** *el derecho del niño, niña adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años*".[338] Tratando en un solo artículo el 596 lo referente al Derecho de conocer los orígenes, de adoptado y la obligación de los adoptantes de hacer conocer sus orígenes al adoptado, el Art. 600 establece que pueden adoptar las personas que residan el país y se encuentren inscriptos en el registro de los adoptantes. Y el artículo 615 establece la competencia. *"Es juez competente el que otorgó la guarda con fines de adopción, o a elección de los pretensos adoptantes, el del lugar en el que el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración en esta decisión*".[339] Estas normas corresponden detallar ya que las mismas han incorporado principios de derechos humanos especialísimos relativos a los niños, niñas y adolescentes, plasmados en la Convención de los Derechos del Niño y El Pacto de San José de Costa Rica.

Es de destacar que el código civil argentino establece tres tipos de adopción, Art. 619 Enumeración. "Este Código reconoce tres tipos de adopciones: a) plena; b) simple; c) de integración"[340], mientras que la deferencia sustancial es que en el Estado paraguayo solo existe un tipo de adopción "la adopción plena, indivisible e irrevocable".

Es de tener en cuenta que este código no menciona ni establece normas para la adopción internacional y cooperación en esta materia.

Hoy día estos principios aplicados en el procedimiento de adopciones en nuestros Estados no difieren, pues la regla transversal a aplicar es el principio del interés superior y el derecho del adoptado de conocer su identidad y su origen.-

[338] Ley 26.994 /14
[339] idem
[340] idem

3.- OTROS ARTICULOS QUE MENCIONAR DEL CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCION DEL NIÑO Y A LA COOPERACION EN MATERIA DE ADOPCION INTERNACIONAL

Analizando los artículos del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, desglosando lo establecido en el Art. 2° "1.- *El convenio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ("el Estado de origen") ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante ("el Estado de recepción"), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen. 2.- El convenio solo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación"*[341]; se puede considerar más correcta fundar la sentencia en ésta y no simplemente generalizar el Convenio firmado por ambos Estados, la situación amerita sin dudas la aplicación de esta norma que tanto el juzgado como la Asesoría Jurídica de la Dirección General del Registro del estado civil han obviado, argumentando su negativa en el artículo 4 del Convenio de referencia que establece las condiciones de las adopciones internacionales, así como también lo hace el Art. 5 del mismo Convenio.

En la mayoría de los casos se trata de niños connacionales que habitualmente se encuentran residiendo fuera del país del Paraguay, el itinerario por ejemplo es: 1° Caso: el niño o niña por lo general pequeños o de corta edad, es entregado por su progenitora o familiar cercano en guarda a personas pre determinadas; 2° Caso: la guarda proviene de una medida de protección a favor del niño o niña dispuesta por las autoridades competentes, por diversos motivos entre ellos descuido o abandono de quien ejerce la patria potestad del hijo, ésta puede ser judicial o extrajudicial y éste niño o niña es entregado a una familia acogedora o en lista de padres adoptivos con residencia en el extranjero. El punto es que estas medidas o el estado de vulnerabilidad del niño o niña compatriota no se comunica para país del cual el niño es originario, para que así las autoridades de Estado de la nacionalidad del niño proceda a la repatriación en primer lugar o a la búsqueda y localización de su familiares consanguíneos o afines. Trascurrido cierto tiempo, en la mayoría de los casos éstas familias pretenden adoptar al niño o niña, con lo cual se cumple perfectamente los requisitos de la adopción de una persona sujeto de protección especial por su edad y de nacionalidad extranjero, porque en realidad objetivamente no importa la nacionalidad del niño sino su residencia o domicilio actual (para la ley argentina). Sin embargo, corresponde que en esta etapa, que la institución encargada de velar por sus derechos, se interiorice de su situación a los efectos de preservar su identidad, origen, historia, comunicando a las autoridades de la nacionalidad de origen del niño o niña como sujeto de convenios y convenciones que son ley positiva en dicho Estado.

[341] Ley 900/96

Práctica común en nuestra ciudad (Encarnación-Paraguay), es dar noticia de un niño o niña de nacionalidad argentina al Consulado de ese Estado, cumpliendo así con los acuerdos sobre de repatriación de extranjeros, judicializado el caso de un niño/a extranjero en estado de vulnerabilidad, tomado los recaudos de medidas de protección, se procede a través de oficios o exhortos judiciales al país de origen buscar información de los familiares que pudiera tener el niño o niña en dicho país y mantener así garantizados sus derecho de permanecer en su familia biológica, sea esta nuclear o ampliada[342]; si esto no fuere posible, entonces se procedería a la declaración de estado de adopción, para brindarle a través de la adopción una familia adecuada sea está en su país de origen o en el país de su residencia. Pero con la intervención desde un primer momento del Centro de Adopciones del Paraguay, que es la autoridad encargada del trámite de localización de la familia nuclear o ampliada del niño, propiciando su reinserción familiar y en caso de un resultado negativo proceder a la ubicación del niño en una familia para su adopción.

Es de considerar que por falta de una más profunda lectura e interpretación de las normas, el artículo 5° de la ley 900/96, no ha sido aplicado como sostén normativo de la resolución de rechazo de inscripción de la sentencia de adopción plena extranjera.-

4.- CRITERIO DEL CENTRO DE ADOPCIONES del PARAGUAY

El Centro de Adopciones como institución administrativa y autoridad central en materia de cooperación en adopciones internacionales, posee un rol esencial y atribuciones propias, cuya vitalidad e importancia tiene conexión directa con el principio del "interés superior del niño", concatenado con la obligación de garantizar todos sus derechos, el derecho del niño de preservar su identidad como derecho inherente al ser humano así como el derecho de vivir y desarrollarse en una familia. Una de las notas redactadas por la Dirección del Centro de Adopciones, en relación a la inscripción de sentencias de adopción plena de la república Argentina expresa: "*Como puede verse en la adopción en la república Argentina de un niño paraguayo, podría ser considerada una adopción internacional. Sin embargo, dicha adopción no se adecuo a las disposiciones nacionales vigentes en nuestro país ni a las legislaciones internacionales. En consecuencia, primeramente para que se pueda adoptar un niño paraguayo en otro país, la autoridad central en materia de adopción de Paraguay, es decir, el Centro de Adopciones, debería firmar un convenio con el país de los padres adoptantes y se debería reglamentar la forma en que se realizaría la adopción, cosa que hasta la fecha no existe. Por otra parte el niño LHQ no ha sido declarado en estado de adopción por las autoridades judiciales paraguayas, tal como lo establece el Art. 4° de la ley 900/96, directamente el niño fue adoptado en un país extranjero sin tener en*

[342] Art. 9. 4 Convención de los Derechos del Niño

cuenta la legislación nacional vigente. En todo momento el Centro de Adopciones al pedido informe de los juzgados ha dictaminado fundamentando su postura en el Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, art. 4°, 6° y 14° de la misma." [343]

La Asesoría Jurídica o la directora del Centro de Adopciones, hace notar que el Estado extranjero no ha tenido en cuenta que para ejecutar una sentencia extranjera en este caso la inscripción de la resolución de adopción plena, la misma no debe contradecir normas internas del derecho positivo de nuestro país.-

4.1. OPINION DEL CENTRO DE ADOPCIONES EN RELACION A LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES

Centro de Adopciones, posee según nuestra legislación funciones muy específicas según la ley 1136/97[344] que establece en su Art. 29 ya transcriptas en párrafos anteriores. El Capítulo V específicamente en tres normas conceptualiza la adopción internacional, basado en la ley de referencia N° 900/96 Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, así tenemos el Art. 25; "Por adopción internacional se entiende la efectuada por personas residentes en el exterior a favor de niños y adolescentes domiciliados en el Paraguay. Sólo procederá la adopción internacional con aquellos países que hayan ratificado el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional", de la lectura la palabra clave es "de niño o adolescentes domiciliados en el Paraguay", el Art. 26 por su parte expresa: "*El niño adoptado por personas no residentes en el Paraguay gozará de los mismo derechos que correspondan a la adopción realizada en el país de residencia de los adoptantes. El adoptado tendrá derecho a entrar y salir permanentemente en el país de recepción de la adopción internacional*", este artículo garantiza el derecho a la igualdad en el más amplio sentido y en especial el procesal. La adopción tramitada en el extranjero produce los mismos derechos y obligaciones en relación al niño que una adopción tramitada en el país. Y por último el Art. 27 "*Podrá otorgarse la adopción de un niño a personas residentes fuera del país cuando el juez confirme la ausencia de familias nacionales para adoptarlo*". El requisito *sine qua non* para que un Juez en el Paraguay, otorgue la adopción internacional es agotar las posibilidades de que el niño sea adoptado por una familia nacional.

En ninguna de las normas se halla inserta la frase "nacionalidad del niño", pero se presume que un niño que reside en el Paraguay es de nacionalidad paraguaya, salvo prueba en contrario. Analógicamente la única vez que se refiere a la nacionalidad es cuando el legislador indica "familia nacional". Refiriéndose a una familia paraguaya.-

---

[343] Anexo 31/35
[344] Ley De Adopciones del Paraguay

El Centro de Adopciones del Paraguay, si bien, es cierto no puede inmiscuirse en las trámites de adopción de otro Estado, debe velar por los derechos de los niños de nacionalidad paraguaya adoptados en el extranjero, si bien la competencia de jurisdicción lo establece o define el domicilio de los adoptantes, sin perjuicio de que las autoridades de igual clase en relación a las funciones descriptas, tengan presente la "nacionalidad" del sujeto menor de edad a ser adoptado para garantizar los derechos inherentes a su personalidad y mantener datos ciertos del origen del adoptado. Esto es el punto central de toda institución judicial o extrajudicial que garantice los derechos del niño, niña o adolescente en estado de adoptabilidad o en proceso de adopción.

Si bien, todo el trámite de la adopción internacional, es fijado por el domicilio de los adoptantes, coincido que no se define qué tipo de adopción es, cuando el trámite se refiere a niños, niñas o adolescentes de otra nacionalidad, que no sea la del domicilio de los adoptantes y éste sea procesado con las leyes de ese domicilio. En realidad ni el Convenio, ni las normas internas de nuestro país y la Argentina han tratado este tema, y rotulan el caso como "*adopción nacional*", en especial en el república Argentina, encasillando al niño de otra nacionalidad y origen por el lugar donde reside y el de sus postulantes padres adoptivos, sin tener en lo más mínimo en cuenta su nacionalidad.

Es indudable que el argumento fáctico del juez paraguayo, es preservar el derecho del niño, niña o adolescente a ser definida su vida prioritaria, sumaria y ágilmente, el adoptado tiene el derecho fundamental a conocer no solo su familia nuclear sino también extensa, sus orígenes y así formar su historia de vida. La función principal del Centro de Adopciones y su equipo es investigar, agrupar y guardar toda la mayor información posible que se obtenga de la familia fuera esta nuclear o ampliada, para cuando el niño o la niña, en forma personal lo quiera conocer o fuere necesario para garantizar otros derechos fundamentales, como ejemplo; por cuestiones de salud, trasplantes de médula y otros órganos por compatibilidad, enfermedades congénitas, desórdenes de la conducta y trastornos en la personalidad heredadas genéticamente, así como los impedimentos matrimoniales establecidos en el Código Civil de ambos Estados partes, entre otros.

5.- CRITERIO DE LA DIRECCION DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL - DIRECCION DE ASESORIA JURIDICA

De la redacción *in extensa* de la nota leemos que: El Director o la Asesoría Jurídica de la Dirección del Registro del Estado Civil, *mantiene la postura jurídica sostenida en la interpretación recta y apegada a las normas de nuestro ordenamiento jurídico positivo vigente, lo cual constituye una exigencia emanada de los principios rectores que sustentan la actividad registral que lleva adelante esta institución, entre los que se destaca, el Principio de Igualdad, que implica que todo lo que el Registro Civil inscribe, declara y certifica, debe hallarse dotado de las condiciones de regularidad,*

certeza y seguridad jurídica, que son requeridos para asegurar su eficacia frente a terceros; así pues, esta circunstancia particular mencionada, resulta imposible subsanar en esta que es una instancia administrativa, por lo menor sin evadir la esfera de la competencia que la Constitución Nacional y las leyes nacionales vigentes, confiere a los jueces y tribunales de la república, ya que los mismos, son los que por imperio de los instrumentos intrínseca y extrínsecamente necesarias para atribuirle contenidas en los Arts. 2, 3, 4 y 6 de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencia y laudos arbitrales, así como os Art. 6, 8, 9, 20, 23 y 24 del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa del Mercosur, instrumentos internacionales que en forma coherente y armónica, establecen la competencia de las autoridades para calificar la condiciones de admisibilidad y eficacia de las sentencias dictadas en el extranjero.[345]

La argumentación de la Asesoría Jurídica de la Dirección General del Registro del Estado Civil, ha plasmado una postura procesalista en relación a la inscripción de las sentencias de adopción plena provenientes de la república Argentina, para lo cual debemos remitirnos en primer lugar al código procesal civil paraguayo y los convenios que sobre la ejecución de sentencias extranjeras han ratificado ambos Estados por un lado, por el otro el enfoque de este trabajo se basa en derecho esenciales y de fondo, no de forma o procedimental. Sin embargo, superficialmente trataremos el proceso para establecer lo que sin decir más y refiriéndose solo a artículos de los convenios dicta dicha dependencia del estado paraguayo.-

5.1. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS SENTENCIAS Y LAUDOS ARBITRALES

El primer artículo en estudio posee los mismos requisitos exigidos en todos los acuerdos internacionales que se refieren a la materia, desde una mirada objetiva la sentencia de adopción plena proveniente del estado argentino posee todas estas cualidades - ARTÍCULO 2 **"***Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las condiciones siguientes:* ***a.*** *Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;* ***b.*** *Que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto;* ***c****. Que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto;* ***d****. Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de*

[345] Anexo, pág. 31/35.

acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto; ***e****. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto;* ***f.*** *Que se haya asegurado la defensa de las partes;* ***g.*** *Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados;* ***h.*** *Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución."* En relación al siguiente artículo señalado por la nota, éste sí puede en algunos casos empañar el cumplimiento del exhorto, pues en muchos de los casos no se acompañan todos los recaudos exigidos en este artículo, el cual tiene que ven con las copias legalizadas o en el caso del furo especializado autenticadas, teniendo en cuenta que este tipo de sentencias se hacen cumplir de estado a Estado de Juez a Juez vía exhorto. ARTÍCULO 3 *Los documentos de comprobación indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias, laudos y resoluciones jurisdiccionales son los siguientes:* ***a.*** *Copia autentica de la sentencia o del laudo y resolución jurisdiccional;* ***b.*** *Copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los incisos e) y f) del artículo anterior;* ***c.*** *Copia auténtica del auto que declare que la sentencia o el laudo tiene el carácter de ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada."* En cuanto al ARTÍCULO 4 ***"****Si una sentencia, laudo y resolución jurisdiccional extranjeros no pueden tener eficacia en su totalidad, el juez o tribunal podrá admitir su eficacia parcial mediante petición de parte interesada"*. Es esta la norma que debe considerarse con una interpretación extensiva, pues lo que en definitiva la Asesoría de la Dirección General del Registro denuncia que la misma no es totalmente eficaz en nuestro país en relación a la adopciones de niños paraguayos en el extranjero. Y el ARTÍCULO 6 **"***Los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos judiciales, para asegurar la eficacia a las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros serán regulados por la ley del Estado en que se solicita su cumplimiento".*[346] No es menos verdadero o legal el criterio de la Asesoría de esta dependencia del Estado paraguayo, de alguna manera la inscripción de la sentencia de adopción extranjera trasgrede el trámite de la adopción establecida en una ley nacional vigente, por faltarle un trámite esencia y previo a la adopción en como institución misma el del "mantenimiento del vínculo" – "El incumplimiento de las disposiciones contenidas en este capítulo, acarreará la nulidad del juicio de adopción"[347]. El Fuero de Familia en el estado argentino procesa las peticiones o juicios de adopción conforme sus leyes internas, pero es al Fuero especializado de la Niñez y la Adolescencia a quien le corresponde garantizar los derechos inherentes al niño o niña paraguayo, sujeto del trámite de adopción en el extranjero, ofrecerles aplicando los principios de la no discriminación e igualdad, su derecho de conocer su origen a través de la obtención de datos mediante la investigación exhaustiva de la familia del niño o niña, preservando su derecho a ser criado por ésta familia o en caso de

[346] https://www.iberred.org/convenios-civil/protocolo-de-las-lenas-de-cooperacion-y-asistencia-jurisdiccional-en-materia-civil
[347] Art. 24 de la ley 1136/96

imposibilidades de hecho, siempre que favorezcan al niño o niña, el estado paraguayo debe *liberar* a éste para su adopción en el Estado extranjero.-

5.2.- PROTOCOLO DE COOPERACION Y ASISTENCIA JURISDICCIONAL EN MATERIA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y ADMINISTRATIVA DEL MERCOSUR - TRATADO DE LAS LEÑAS

Los requisitos de este Protocolo en definitiva se refieren a todos los trámites ordenados por el Juez de un Estado parte remitido para su cumplimiento a otro Estado Parte vía exhorto. ARTÍCULO 6.- "*Los exhortos deberán contener: a) denominación y domicilio del órgano jurisdiccional requirente; b) individualización del expediente con especificación del objeto y naturaleza del juicio y del nombre y domicilio de las partes; c) copia de la demanda y transcripción de la resolución que ordena la expedición del exhorto; d) nombre y domicilio del apoderado de la parte solicitante en el Estado requerido, si lo hubiere; e) indicación del objeto del exhorto precisando el nombre y domicilio del destinatario de la medida; f) información del plazo de que dispone la persona afectada por la medida para cumplirla; g) descripción de las formas o procedimientos especiales con que ha de cumplirse la cooperación solicitada; h) cualquier otra información que facilite el cumplimiento del exhorto*." El ARTÍCULO 8.- "*El cumplimiento de los exhortos deberá ser diligenciado de oficio por la autoridad jurisdiccional competente del Estado requerido y sólo podrá denegarse cuando la medida solicitada, por su naturaleza, atente contra los principios de orden público del Estado requerido. Dicho cumplimiento no implicará un reconocimiento de la jurisdicción internacional del juez del cual emana".* Regula sobre la oficiosidad del órgano jurisdiccional en el cumplimiento de los exhortos entre los Estado partes. ARTÍCULO 9.- "*La autoridad jurisdiccional requerida tendrá competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo del cumplimiento de la diligencia solicitada. Si la autoridad jurisdiccional requerida se declarare incompetente para proceder a la tramitación del exhorto, remitirá de oficio los documentos y antecedentes del caso a la autoridad jurisdiccional competente de su Estado*.". las normas contenidas incluso se refieren a las diligencias imperativas que el órgano jurisdiccional debe tomar así como articular los medios necesarios para el cumplimiento de dichos exhortos. ARTÍCULO 20.- "*Las sentencias y los laudos arbitrales a que se refiere el artículo precedente, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las siguientes condiciones: a)que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden; b) que éstos y los documentos anexos que fueren necesarios, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución; c) que éstos emanen de un órgano jurisdiccional o arbitral competente, según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional; d)que la parte contra la que se pretende ejecutar la decisión haya sido debidamente citada y se haya garantizado*

el ejercicio de su derecho de defensa; e) que la decisión tenga fuerza de cosa juzgada y/o ejecutoria en el Estado en el que fue dictada; f) que no contraríen manifiestamente los principios de orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento y/o la ejecución. Los requisitos de los literales a), c), d), e) y f) deben surgir del testimonio de la sentencia o del laudo arbitral.". Específicamente se refieren a sentencias y laudos arbitrales, lo cual coincide con el tema en estudio, ente los incisos e) y f) y muy específicamente el inciso f) con lo que se halla la justificación del rechazo en la ejecución de la resolución con autoridad de cosa juzgada proveniente de un Estado parte del Mercosur. Y por último el ARTÍCULO 23.- "Si una sentencia o un laudo arbitral no pudiere tener eficacia en su totalidad, la autoridad jurisdiccional competente en el Estado requerido podrá admitir su eficacia parcial mediando solicitud de parte interesada. ARTÍCULO 24.- "*Los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos jurisdiccionales, a los efectos de reconocimiento y ejecución de las sentencias o de los laudos arbitrales, se regirán por la ley del Estado requerido*".[348] Lo cual se cumple indefectiblemente en ambos Estados Parte, pero evidencia que las sentencias no se refieren al fuero de familia o de niñez y adolescencia, que tienen principios y normas de derechos humanos especiales, por qué los sujetos involucrados como partes son niños, niñas y adolescentes, la ejecutabilidad de las resoluciones de otros Estados debe pasar por un exhaustivo o minucioso análisis en donde no solo la letra de la norma es aplicada, sino, por el contrario, se aplica los principios específicos que rigen el fuero especializado por no ser la pretensión objeto de comercio, transacción, no se trata de bienes de uso o cambio, en su caso hechos punibles, sino que se trata de la vida de un ser humano que define su presente, su pasado, su futuro y que por su edad y condición se halla en estado de vulnerabilidad.-[349]

6.- RELEVANCIA DE LA NACIONALIDAD DEL NIÑO

En búsqueda de un concepto simple y entendible, de la nacionalidad, "*Es una cualidad social, cultural y espacial influida por una sumatoria de elementos, que no deben ser analizados de forma aislada"*.[350] Evidentemente es compleja la definición y abarca un todo que hace la personalidad e identidad del ser humano. Encontramos que el Estado extranjero en ningún momento ha tenido en cuenta la nacionalidad de los niños y niñas adoptados en su territorio.-

Tiene la nacionalidad paraguaya natural, "**l***as personas nacidas en el territorio de la república"*,[351] lo establece la Constitución Nacional del Paraguay en uno de sus numerales, el siguiente numeral

[348] https://www.iberred.org/convenios-civil/protocolo-de-las-lenas-de-cooperacion-y-asistencia-jurisdiccional-en-materia-civil
[349] 100 Regla de Brasilia – Regla 2
[350] http://concepto.de/nacionalidad/#ixzz4IFsdID5i

[351] Art. 146 Constitución Nacional del Paraguay

indica que igualmente tiene la nacionalidad paraguaya los hijos de madre y padre paraguayo nacido en el extranjero, cuando uno o ambos se hallan al servicio de la república y también poseen nacionalidad paraguaya los hijos de aquellos padres cuando se radiquen en la República en forma permanente, y "*los infantes de padres ignorados* (padres desconocidos), *recogidos en el territorio de la república";* en esta línea de ideas, consideramos que la nacionalidad, elemento primordial de la persona, se halla garantizada por la nuestra Constitución Nacional y por la mayoría de las constituciones americanas y democráticas que se refieren al elemento del Estado como lo son sus habitantes, asimismo nuestra ley suprema se pronuncia sobre el derecho a la naturalización con requisitos que deben cumplir los solicitantes y también se refiere a la nacionalidad múltiple que puede ser admitida mediante tratado internacional o por reciprocidad de rango constitucional entre el Estado del natural de origen y el de adopción. Ahora bien, con la república Argentina, el Paraguay no ha suscripto tratado internacional alguno, así como tampoco hay acuerdo de reciprocidad de rango constitucional que establezca una doble nacionalidad.

La cuestión es; ¿el niño nacido en el territorio nacional que tiene su domicilio o vive en territorio extranjero, pierde su nacionalidad? La respuesta a esta cuestión, la podemos dar a través del simple razonamiento y requisitos que operan para una persona mayor de edad y las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional del Paraguay.[352]

En general los niños o niñas son llevados por su madre al Estado argentino en busca de mejoras económicas y bienestar en general, así como también es común que se trate de hijos de madres solteras o productos de relaciones muy temporales, que no producen lazos sentimentales, de progenitores irresponsables, madres jóvenes sin futuro promisorio, que se refugian en el trabajo domésticos en el extranjero, los niños por lo general son bebes o de muy corta edad.

La Constitución de la Nación Argentina establece: "*Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles*" [353] y pueden trascurrido los dos años obtener la nacionalización por naturalización residiendo en su territorio, siempre y cuando éstos dos años sean continuos. Un niño de nacionalidad paraguaya que resida más de dos años, puede adquirir la nacionalidad argentina pues quien ejerce la patria potestad o institución jurídica que lo represente podrá solicitar ante las instituciones correspondientes la nacionalidad argentina por naturalización.

Continuando con lo que establece las normas constitucionales del Paraguay, sobre la adquisición y pérdida de la nacionalidad, es importante destacar el derecho de una persona a solicitar otra nacionalidad, cuando al cumplir la mayoría de edad lo solicite en forma personal o por imposición cuando uno o ambos progenitores tramitando ante las autoridades e instituciones establecidas en el Estado donde residen, lo solicitan en su nombre. Entonces, surge otra situación, no prevista por la legislación paraguaya y argentina en temas de adopciones, pero que tiene una respuesta más

[352] Art. 147
[353] Art. 20 de la Constitución de la Nación Argentina

que obvia, los adoptantes inician los trámites para que el niño adquiera la nacionalidad de ellos, pero en la Argentina para iniciar el trámite debe trascurrir dos años.

La sentencia de adopción extranjera no establece la nueva nacionalidad del niño o niña adoptado por padres de nacionalidad argentina que residen en su país, el trámite de la adopción y la sentencia son resultado del proceso en ese país, es esa la cuestión que trae aparejado el criterio de negación al registro de la resolución, cuando que el adoptado es de nacionalidad paraguaya desde este punto de vista. Es esta también una causal por la que debe intervenir las autoridades de la nacionalidad del niño o niña, sin que esto configure la pérdida de la competencia o jurisdicción del estado extranjero o sea de los juzgados de la residencia en donde se inicia el trámite de adopción. Ahora bien, la competencia basada en la nacionalidad, lo encontramos en la legislación española y por sobre todas las cosas buscan satisfacer y que tenga efectos en el *interés del menor,* al decir del Prof. Dr. Pedro Alberto De Miguel Ascencio en su obra "Eficacia de las Resoluciones Extranjeras de Jurisdicción Voluntaria", por supuesto que en su obra sigue alegando, haciendo referencia a la ley española al cual se refiere en sus apreciaciones, *"Con carácter general, para que se satisfaga el requisito del art. 7 CPM de que la autoridad sea competente, basta con que la medida provenga de un Estado del que el menor sea nacional, sin que proceda evaluar el carácter efectivo de esa nacionalidad. Pese a que no se trate propiamente de una norma atributiva de competencia, debe señalarse que si las autoridades (del Estado de la residencia habitual del menor o de aquel en el que se encuentren bienes del mismo) a las que se ha confiado, conforme a lo previsto en el art. 6 CPM, la ejecución de las medidas de protección adoptan decisiones en el marco de tal ejecución (por ejemplo, una autorización judicial a favor del tutor), las mismas quedan cubiertas por la obligación de reconocimiento del art. 7 CPM (si bien no será frecuente la necesidad de hacerlas valer extraterritorialmente*".[354]Los motivos o justificaciones aunque se trate de procesos diferentes, se ha tenido presente la nacionalidad el niño y no solo la residencia de éste para los casos de adopciones.

No debe alejarse tampoco de la idea, de legalidad el garantizar al niño todos sus derechos, el de la identidad que es el caso que nos ocupa, así como también el derecho a una familia, o ser criado por una familia, es por eso que el Estado paraguayo habiendo ratificado no solo el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional sino entre otros el pacto de San José de Costa Rica en su artículo 20 que se refiere a la nacionalidad de las personas y enfatiza cuanto sigue: *" <u>Derecho a la Nacionalidad</u> 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. <u>Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra</u>. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla"*[355], así como establece garantías para el derecho al nombre, la familia y los

[354] DE MILGUEL ASCENCIO, Pedro Alberto "Eficacia de las Resoluciones Extranjeras de Jurisdicción Voluntaria". Editorial Eurolex. Madrid, España. Año 1997

[355] Pacto de San José De Costa Rica

derechos inherentes al niño, siendo referencia para las legislaciones latinoamericanas, es que preocupa al Estado paraguayo el trámite de adopción en el extranjero de niños paraguayos.

7.- PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACION E IGUALDAD

La Convención de los Derechos del Niño en su Art. 2° expresa: "*1.- Los Estados partes en el presente Convención respetarán los derechos enunciados en esta convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus tutores. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares*"[356]. Con el proceso previsto de inicio de instancia por la residencia de los adoptantes y del niño, no teniendo en cuenta la nacionalidad del adoptado, se obvia este elemento fundamental de su identidad, provoca una discriminación, en cuanto que al niño o niña de nacionalidad argentina, como sujeto del proceso de adopción se les garantiza el derecho de conocer sus orígenes, investigando incluso con la pericial de ADN[357] sus lazos sanguíneos para efectivizar este derecho esencial que hace a la personalidad de todo ser humano. Al tratarse de un niño o niña extranjero al director del proceso de adopción no le es indispensable, para elaborar el historial del adoptado, dar intervención a las autoridades de la nacionalidad del niño o niña, sino simplemente cumplir en tiempo y forma con el proceso, priorizando el principio de la autonomía de la voluntad del progenitor biológico y el consentimiento acabado de los padres adoptivos o adolescente adoptado, sin dimensionar la necesidad a futuro que podría tener ese niño, niña o adolescente de conocer sus orígenes.

Como ejemplo de esta situación es también indispensable tener presente las 100 Reglas de Brasilia, que para el Paraguay entra a formar parte de su ordenamiento jurídico a través de la Acordada de la Corte Suprema de Justicia N° 633/10 – "El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familias……"(13); "La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurren alguna otra causa de vulnerabilidad" (5). El niño, niña o adolescente de nacionalidad paraguaya, reside en el l extranjero se halla no solo como víctima de su estado de adoptabilidad, que por lo general es causa de la migración de sus familiares

[356] Ley 57/90
[357] Ácido desoxirribonucleico

biológicos para obtener mejores condiciones de vida por cuestiones de pobreza o falta de oportunidades en su estado de origen, y que por circunstancias excepcionales entregan, abandonan a sus hijos, y en relación a ellos son tomadas medidas de protección por haber estos familiares infringido la ley en el Estado residencia, con lo cual se evidencia la falta de comunicación interinstitucional de Estado a Estado.

7.- INTERVENCION DEL JUZGADO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Hasta el momento, las sentencias de adopción llegadas al Juzgado – vía exhorto- para su tramitación, solicitan la inscripción del niño de nacionalidad paraguaya, específicamente solicitan la inscripción de la sentencia de adopción plena que se ha tramitado en su totalidad en la república Argentina, éstas son remitidas a los diversos juzgados del Fuero de la Niñez y la Adolescencia de las circunscripciones Judiciales de donde proviene el lugar de nacimiento del niño, niña o adolescente. El estudio corresponde como tantos a la Tercera Circunscripción Judicial y la Dirección de Asuntos Internacionales e Integridad Institucional de la Corte Suprema de Justicia, es la encargada de esta distribución una vez recibidos desde el Ministerio de Relaciones Exteriores, el cuadernillo o expediente de exhorto judicial, una vez sorteados son tramitados en el primer o segundo turno del Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, en dicho sentencia extranjera se hallan los datos de la inscripción del niño o niña en la oficina del Registro del Estado Civil, siendo diferentes los fundamentos para admitirlos o rechazarlos tomados por cada Juzgado, por lo que correspondería unificar criterios y establecer directrices concretas para completar los elementos necesarios para evitar conculcar derechos relativos a la identidad de nuestros niños y niñas connacionales adoptados en el república Argentina.-

El exhorto de la sentencia extranjera tiene como fin, la inscripción de la adopción plena tramitada en el exterior, a favor de niños, niñas y adolescentes de nacionalidad paraguaya que residen en la Argentina, en algunos casos poseen residencia precaria[358], otros poseen radicación, algunos otros, son adoptados por la pareja de la madre o el marido de ésta, pero sigue siendo mayor el porcentaje de niños paraguayos que han sido entregados en guarda pre-adoptivas por sus propias madres.

La ejecutabilidad de la sentencia extranjera se halla justificada en varios tratados ratificados por nuestro país, así como también en el código procesal civil, no se trata de que dicha sentencia fuere incumplida o los tratados y la ley nacional del Estado paraguayo, sino del derecho que intrínsecamente debe ser protegido por los operadores de justicia de uno y otro Estado, es en realidad el reflejo que pretenden hacer notar los jueces que considera su inejecutabilidad.

[358] Documento temporario de permanencia

En uno de los casos estudiados, el Juzgado consideró incompleta dicha sentencia por no haberse dado participación al Centro de Adopciones de nuestro Estado en relación a la investigación, búsqueda y localización de familiares del connacional adoptado, ya con sentencia definitiva cuya ejecución con la inscripción de dicha sentencia, completaba el circuito legal, sin embargo, el trámite de - *búsqueda y localización de la familia biológica ampliada* - con lo cual se garantiza plenamente los derecho intrínsecos del niño o niña, es una gestión indispensable para garantizar la identidad del niño, el cual se halla normatizado en la ley 1136/97 "De Adopciones", derecho fundamental que por sobre todo se encuentra varias veces garantizados en los tratados internacionales de derecho humanos, ratificados por ambos Estados.-

Este es, el trámite obviado por la institución judicial extranjera, es en este sentido que corresponde establecer el trámite que deben seguir las resoluciones emanadas de Estados extranjeros en nuestro país que se refieran a adopciones tramitadas en el extranjero, por lo que sería necesario redactar acuerdos o pactos bilaterales con la república Argentina al respecto, convengamos que es un estudio mucho más profundo que abarca legislación, aplicación de convenios y políticas públicas del Estado paraguayo y argentino, por sobre todas las cosas es de voluntad política.

8.- EFICACIA Y ORDEN PÚBLICO DE LA SENTENCIA EXTRANJERA DE ADOPCION – LEGISLACION COMPARADA

En la legislación comparada especialmente con el Reino Unido de España, el reconocimiento en ese Estado de las decisiones extranjeras constitutivas de adopción se halla subordinado, junto a las condiciones comunes al conjunto de las resoluciones de jurisdicción voluntaria, ya expuestas, a decir de la información encontrada tenemos que es: "control de la competencia del órgano de origen, compatibilidad con decisiones eficaces en España, respeto del orden público procedimental y material, autenticidad y traducción del documento a un limitado control de la ley aplicada por el juez de origen, a la verificación de la equivalencia entre la figura constituida en el extranjero y la adopción prevista en nuestro ordenamiento, así como, en determinadas ocasiones, al consentimiento o a la declaración de idoneidad de una entidad pública Española (404)[359]. Con lo cual encontramos que en Europa, específicamente España, tiene definido la eficacia de las sentencias de jurisdicción voluntaria donde se halla involucrado el orden público y en especial la ADOPCION de niños en el extranjero, si bien, no re refiere específicamente a niños españoles adoptados en el extranjero sino más bien, a procesos gestionados fuera del territorio español y

[359] DE MILGUEL ASCENCIO, Pedro Alberto "Eficacia de las Resoluciones Extranjeras de Jurisdicción Voluntaria". Editorial Eurolex. Madrid, España. Año 1997

que tendrán sus efectos en España, residencia final del niño y su familia adoptiva de nacionalidad española.

9.- ADMISION DE LA INSCRIPCION DE LA SENTENCIA DE ADOPCION PLENA EXTRANJERA - LEYES APLICABLES

Es necesario en primer lugar analizar y recordar las normas de código procesal civil de ambos Estados, iniciando por el de la república del Paraguay. El cual es aplicado estrictamente por algunos juzgadores, apoyando esta decisión con la interpretación de ciertos tratados, elaborados sobre estos temas.

9.1 LEY NACIONAL – CODIGO PROCESAL CIVIL - CAPITULO II - De la ejecución y eficacia de sentencias dictadas por tribunales extranjeros

Nuestro Estado aplica esta norma para los exhortos y el diligenciamiento directo de las sentencias extranjeras o resoluciones con fuerza de tal, la cual se halla regulada en el Art. 532 - Procedencia. "*Las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiere tratados, será ejecutable si concurren los siguientes requisitos: a) que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que fue pronunciada, emane de tribunal competente en el orden internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero…b)…c)…d) que la obligación que hubiere constituido el objeto del juicio sea válida según nuestras leyes; e) que la sentencia no contenga disposiciones contrarias al orden público interno; f) que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada, y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional, y g) que la sentencia no sea compatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal paraguayo*"[360]. El código procesal civil, en forma expresa establece cuales son los requisitos que debe reunir una sentencia extranjera para que fuera ejecutable en nuestro país, el fundamento de esta norma se basa en el principio de reciprocidad y colaboración entre los Estados, pero antes que nada debe ser reconocido como válida la sentencia y es deber del Juez, en *prima facie* revisar si se hallan reunidos estos elementos que hacen viable la ejecución de la sentencia extranjera. Cumplido este requisito, el Juez deberá tomar los recaudos para que la misma fuere ejecutada.

Las sentencias extranjeras sobre adopción plena tiene por finalidad la inscripción de dicha resolución en Dirección General del Registro del Estado Civil, como por ejemplo en todas y cada

[360] Código Procesal Civil del Paraguay

una de las sentencias se transcribe como sigue: "…*a fin de que inscriba en el registro habilitado a tal efecto la sentencia de adopción del niño NNNN, con C.I. N° 000000 respectivos*". Ese registro se halla en la Dirección General del Registro del Estado civil, que debe anotar como una nueva inscripción las sentencias de adopciones vía oficio con copia de la parte resolutiva, Art. 52 – de la ley 1136/97 "*Ejecutoriada la sentencia definitiva, la adopción será inscripta como nacimiento, a cuyo efecto se remitirá un oficio judicial al Registro Civil, al cual se adjuntará testimonio de la parte dispositiva de dicha sentencia. De esta partida original con su nota al margen, no podrá expedirse copia, sino por orden judicial, salvo que lo solicite el adoptado cuando tenga más de dieciocho años o los padres adoptantes*".[361]En la primera inscripción se dejará asentada como nota marginal el número y fecha de la resolución de adopción.

9.2.- ADMISIÓN Y CUMPLIMIENTO DEL EXHORTO EN ARGENTINA:

Sentencias de tribunales extranjeros. Laudos de tribunales arbitrales extranjeros, así lo regula el Art. 517: "Conversión en título ejecutorio. Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos: 1) Que la sentencia, con autoridad de cosa juzgada en el estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional o de una acción real sobre un bien mueble, si este ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero. 2) Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa. 3) Que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional. 4) Que la sentencia no afecte los principios de orden público del Derecho argentino. 5) Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino".[362] Es de esta forma la trascripción de la ley vigente en dio Estado. Las similitudes encontradas en el código procesal civil de Paraguay y Argentina, hacen presumir que tenemos iguales requisitos o elementos para hacer cumplir la sentencia extranjera. Sin embargo, la lista de exigencias es más amplia en nuestro Estado. Al efecto de éste análisis solo tendremos presente para analizar el requisito del numeral 4) "*Que la sentencia no afecte, los principios de orden público del Derecho argentino*", en concordancia con el requisito del procedimiento de nuestro país inciso e) *"que la sentencia no contenga disposiciones contrarias al orden público interno*", esta disposición transversalmente se halla intrínseca en la resolución que rechaza el cumplimiento de la resolución extranjera por parte del juzgado.

[361] De Adopciones de Paraguay
[362] Código Procesal Civil argentino

La regla general según los estudiosos argentinos Lino Enrique Palacios y Adolfo Alvarado Vellozo, en relación al artículo descripto "*fieles al generoso espíritu que animó a os antecedentes legislativos hispánicos admiten, una vez verificado el cumplimiento de determinados requisitos, la eficacia de las sentencias y laudos arbitrales pronunciados en el extranjero, sea para posibilitar, previa la concesión del exequátur, su conversión en títulos ejecutorios y la consiguiente ejecución dentro del territorio nacional, o simplemente para que se los reconozca como actos dotados de autoridad de cosa juzgada*."[363].

Tanto el proceso civil argentino como el paraguayo no exige reciprocidad y ninguno de ellos autoriza a revisar el mérito de la sentencia dicta en el extranjero, sin embargo, el fundamento de nuestro proceso civil al respecto de ejecución y eficacia de sentencia extranjera en el fuero de familia, necesita de esta revisión por tratarse directamente sobre la vida e historia de un ser humano, cuyas garantías pueden ser vulneradas por la edad y la imposibilidad de hecho de velar ella misma por sus derechos.

10.- ¿EJECUCIÓN O EFICICACIA DE LA SENTENCIAS EXTRANJERAS?

La cuestión desde este punto de vista se sintetiza con el siguiente cuestionamiento ¿la sentencia de adopción plena dictada por jueces competentes en la república Argentina contiene disposiciones contrarias al orden público del Paraguay? Para algunos jueces es afirmativa la respuesta esas resoluciones son contrarias al ordenamiento de fondo en esta materia del Paraguay, otros asumen una postura dudosa y para otros no es contraria porque cumplen los requisitos procesales y el fondo de la cuestión no debe ser estudiado.

No se trata de precisamente por la falta de recaudos de la estructura de la sentencia en sí, ella puede cumplir con todos los recaudos extrínsecos y quizás intrínsecos de una resolución con fuerza ejecutiva, sino por lo que ya hemos mencionado, si el niño adoptado es de nacionalidad paraguaya y esa resolución debe inscribirse en la Dirección General del Registro del Estado Civil, nuestra ley N° 1136/97 en su Art. 52 establece: "*Ejecutoriada la sentencia definitiva, la adopción será inscripta como nacimiento, a cuyo efecto se remitirá un oficio judicial al Registro civil, al cual se adjuntará testimonio de la parte dispositiva de dicha sentencia definitiva…*"[364] que para la inscripción de la sentencia de adopción nacional, sea ejecutable y adquiera eficacia, es necesario que se hallen reunidas todos los requisitos exigidos por esta ley de fondo, es decir deben cumplirse con todo el proceso indicado en ella.

---

[363] Palacio, Lino Enrique, Alvarado Vellozo, Adolfo "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" Tomo 9° . Edit. Rubinzal – Culzoni

[364] De Adopciones del Paraguay

De un modo comparativo una sentencia extranjera, es ejecutable y eficaz, por ejemplo en un juico por indemnización de daños y perjuicios en la esfera comercial o familiar (separación de bienes), y una de las partes - el ejecutado o demandado - posee sus bienes en el territorio paraguayo, el Estado argentino solicita el embargo de dichos bienes y cumplido con los recaudos legales el juez paraguayo dicta el correspondiente mandamiento, con lo cual la sentencia extranjera se vuelve totalmente ejecutable y eficaz.

En las cuestiones de familia y en especial cuando se trata de adopciones, se hallan involucrados el orden público, porque interesa al Estado en sí, todo lo que se refiere al estado civil de las personas como la inscripción de divorcio, matrimonio, defunción, nacimiento, adopciones y filiaciones, no podremos referirnos a la ejecución de las sentencias sino a la eficacia de las mismas, es por ello que todos los tratados de referencia y en especial los códigos de procedimiento de ambos Estados son muy objetivos en su disposiciones.

Pero se debe tener en cuenta que cuando el contenido de una sentencia extranjera colisiona con normas propias del derecho interno de un país, dicha resolución es ineficaz, que declaran y constituyen derechos al mismo tiempo.

10.1.- LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

El Estado paraguayo tiene particular interés en el estado civil de las personas, es por ello, que lo considera de orden público, no se puede negar la complejidad que reviste el cumplimiento de la sentencia extranjera, su efectividad con los derechos personalísimos que tienen que ver con la identidad de las personas por sentencia declarativa y constitutiva a la vez que es la sentencia de adopción. La naturaleza de las sentencias de adopción, se las considera constitutivas de derechos por el desplazamiento del niño de una familia por la pérdida de la patria potestad o por la declaración de estado de adoptabilidad y el ingreso a una nueva familia por la adopción que al mismo tiempo hace que el juez declare tal circunstancia. Los trámites de adopción en el extranjero cuyo resultado sea una resolución definitiva de adopción en un Estado donde existen dos tipo de adopciones, la simple y la plena no coincide con nuestro ordenamiento jurídico que solo contempla la adopción plena por el cual existe una ruptura de vínculo con la familia de origen con carácter irrevocable. Para que la adopción constituida en el extranjero pueda ser reconocida como tal y por lo tanto la misma revista carácter de efectiva y cumplida, deben necesariamente acomodarse a los requisitos que nuestro orden legal lo establece y procederse con las eventuales diligencias necesarias para preservar derechos y garantías no solo indicadas en nuestro Estado sino en legislaciones internacionales de derecho humanos y convenios ratificados por ambos Estados, sobre el tema de adopción. El trámite no cumplido por el Estado extranjero es el - mantenimiento del vínculo con su familia de origen del adoptado. Porque nuestro ordenamiento

jurídico interno es taxativo para que proceda una adopción, todo niño debe inexorablemente pasar por este periodo o en su caso la - búsqueda de sus familiares - que tiene como objeto no solo evitar la nulidad del proceso, sino uno más transcendental, el de preservar su historia, sus orígenes.

En el caso de adopciones simples, es mucho más grave, pues en definitiva si en la república Argentina un niño paraguayo ha sido adoptado a través de este régimen, el mismo contradice nuestro ordenamiento jurídico y plenamente estaremos ante uno de los requisitos que hacen inejecutable una resolución extranjera, elemento exigido en el *Art. 532 inc. e) que la sentencia no contenga disposiciones contrarias al orden público"*[365], en concordancia con lo establecido en el Art. 3° "*La adopción es plena, indivisible e irrevocable y confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen y le otorga los mismos derechos y obligaciones de los hijos biológicos. Con la adopción cesan los vínculos del adoptado con la familia de origen, salvo los impedimentos dirimentes en el matrimonio provenientes de la consanguinidad. Cuando la adopción tiene lugar respecto del hijo del cónyuge o conviviente de otro sexo, cesan los vínculos sólo con relación al otro progenitor*".[366] Es una razón muy elemental y humana más que procesal, dentro de esta norma se halla contenida la esenia de la figura de la adopción en nuestra legislación lo cual coincide con lo articulado en la Convención de los Derechos del Niño "*Art. 21 Los Estados que reconocen y/o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial, y a)….b)….c) Velarán porque el niño objeto de adopción en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción por personas que residan en el mismo país"*;[367] este es el análisis de legalidad desde el fuero especializado, aunque no podría apartarse de otras leyes que son normas que se hallan en el mismo grado de aplicación, sin embargo, aquellas normas que especialmente se refieran a derechos humanos esenciales y básicos deben ser aplicadas justamente por ser especiales y ese es el orden de prioridad, en este caso por ser esenciales a la existencia humana.

11.- APLICACION del TRATADO DE MONTEVIDEO

Continuando con el criterio de cumplimiento de las sentencias extranjeras, ambos Estados, así como otros países del MERCOSUR[368] han ratificado los tratados internacionales que se refieren a la cooperación en razón de las adopciones, así como los procesalistas dan preferencia a los tratados y convenios internacionales sobre cumplimiento de sentencias extranjeras.

[365] Código Procesal Civil paraguayo
[366] Ley 1136/91 De Adopciones del Paraguay
[367] Convención de los Derechos del Niño
[368] Mercado Común del Sur

En realidad los tratados suscriptos son dos en el mismo lugar en diferentes años, los tratados de Montevideo - Uruguay de 1889 y 1940, el Estado paraguayo y el Estado argentino, han ratificado apelando a estos tratados para dar validez a las rogatorias remitidas, también es norma legal el Tratado de Las Leñas ente los países del MERCOSUR, siendo esta última la nueva regulación que dan base a todas las peticiones y fundamento legal de los exhortos o exequátur. El art. 6 del Tratado de Montevideo por ejemplo, indica cuales son los documentos indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias o fallos: " ***a)*** *copia íntegra de la sentencia o del fallo arbitral;* ***b)*** *que tengan el carácter d ejecutoriados o pasados en autoridad de cosa juzgada en el estado en donde hayan sido pronunciados;* ***c)*** *que parte contra la cual se hubieran dictado haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país donde se siguió el juicio d) que no se oponga al orden público del país de su cumplimiento*".[369]El inciso **d)** es el que en nuestro caso cuestiona tanto la Dirección General del Registro Civil como el Centro de Adopciones del Paraguay, al emitir sus opiniones, criterios a consulta del órgano jurisdiccional. Es decir, la sentencia de adopción plena del juez competente argentino, con carácter de cosa juzgada, ejecutable, contradice nuestro ordenamiento jurídico nacional, así también entiende que contradice el ordenamiento jurídico internacional latinoamericano, por el hecho de obviar durante el trámite la intervención de la autoridad central en materia de adopción del niño, niña o adolescente de nacionalidad paraguaya.

En este sentido ya en el año 1992 se ha realizado en la ciudad de Buenos Aires – Argentina el "I Congreso Interdisciplinario de Adopción Nacional y del Cono Sur", muy significativo cuyo tema era "Adopción internacional. Tráfico y venta de menores", las conclusiones son fundamentales y sustento de todo lo ya analizado: "*Despacho A: La adopción debe ser encarada como un recurso destinado principalmente a dar protección al niño y sólo cuando éste no se le puede rehacer o reconstruir su hogar biológico, buscar una familia en el país del niño y agotadas estas opciones y en casos debidamente justificados, se debe entonces considerar la adopción internacional como una alternativa de excepción, siempre que se adopten rigurosos recaudos*"[370] en este despacho, encontramos 10 numerales, de los cuales solo se trascribirán algunos de ellos que tengan relación al tema en estudio : "*2.- La necesidad de la firma de convenios bilaterales o multilaterales a los efectos de lograr la reglamentación del contralor institucional pre o post adopción, tanto del país de origen como así también del país del adoptantes.*"[371] Coincide con el ordenamiento jurídico interno de Paraguay; "*3.- la situación jurídica. Así como los derechos y deberes de los adoptante y adoptados entre sí se rigen por la ley del domicilio o residencia habitual del adoptado al tiempo de la adopción, otorgando jurisdicción exclusiva ha dicho juez. Se entiende por domicilio residencia habitual del adoptado el lugar donde fue gestado y/o nació y/o desarrolló su vida, siempre y*

[369] Tratado de Montevideo de 1940
[370] HERNADEZ, Lidia B., Ugarte, Luis A., Uriarte, Jorge A., Juicio de adopción. 2° edición actualizada y ampliada. Edit. Hammurabi. Año 1998
[371] Ídem.

cuando no hubiese sido trasladado ilícitamente.[372]*"* Es evidente que esta encargo es flexible en el sentido de que la jurisdicción recaiga en el juez de la residencia del niño, cuando que sería imposible que fuera el juez de donde el niño se gestó o nació, lo que sí es importante es que intervenga la autoridad administrativa correspondiente del estado donde el niño nació, para así garantizar sus derechos sean éstos a mantener su familia de origen o simplemente conocer sus orígenes. "*8.- El derecho a la identidad del menor adoptado debe ser respetado y garantizado conforme lo establecen los arts. 7° y 8° de la Convención de los Derechos del Niño"*.[373] El niño o niña al ser registrado tiene derecho a un nombre, una nacionalidad y a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, y los Estados partes se han comprometido a velar por que se cumplan estas garantía, uno de los atributos que incluyen la identidad, es la nacionalidad, nombre y relaciones familiares, como se encuentra asentado en la Convención de los Derechos del Niño.-

Para la república Argentina, Despacho B: "5.- *El rechazo absoluto de la adopción internacional en la República Argentina, ni siquiera como último recurso, por no resultar necesario ni razonable en nuestro contexto social*[374]*"*, contradictorio y discriminatorio, no pueden adoptarse niños de nacionalidad argentina por extranjeros, en cambio pueden ser adoptados niños de nacionalidad extranjera por adoptantes argentinos o que residen en dicho Estado.

13.- TRAMITE TRIBUNALICIOS

El Estado de nacionalidad del niño, niña o adolescente interviene, cuando es recibido el exhorto remitido por los juzgados de familia en relación a la adopción de connacionales, cuyo trámite *in extenso* se ha realizado en dicho Estado, a fin de que esta sentencia sea inscripta en el libro respectivo donde se halle el registro de su nacimiento. Recibido el exhorto es examinado por el juez, el mismo provee sobre aquellos trámites que se hallan inconclusos para su cumplimiento, una vez diligenciados éstos requisitos que se consideren incompletas son admitidas que por lo general son cuestiones meramente procesales, en su caso si falten algunas instrumentales necesarias.

En el caso específico de la Circunscripción de Itapúa- Paraguay, el Juzgado del Segundo Turno, ha realizado estas diligencias, a fin de subsanar y equiparar el trámite con nuestra legislación y proceder a la inscripción de la sentencia de adopción extranjera, para que su ejecución y eficacia sean procedentes. Previamente oficia al Centro de Adopciones, a los efectos de que proceda a la investigación para localizar a miembros de la familia biológica del adoptado, que puede durar incluso noventa días, concluido con esta diligencia, en el supuesto de hallarse a la familia nuclear o

[372] Ídem.
[373] Ídem.
[374] Ídem.

ampliada se realizará el mantenimiento del vínculo, que puede durar cuarenta y cinco días. Terminado este trámite devuelven las actuaciones al juzgado de origen para completar el trámite indicado en nuestro ordenamiento jurídico en materia de adopciones y así garantizar al adoptado los datos de su familia de origen. Éstos son los recaudos que oficiosamente sustancia la jueza, con fundamentos sólidos en preservar los derechos de identidad del adoptado en el extranjero y hacer efectivo el cumplimiento de las sentencias extrajeras vía exhorto, así como también solicita la agregación de los recaudos necesarios para acreditar la existencia de la sentencia dictada en el extranjero.

Correspondería el trámite del mantenimiento del vínculo por ese tiempo de cuarenta y cinco días, si existiera la posibilidad de reingreso a la familia de origen del niño adoptado en el extranjero, pero de aquí en más se complicarían los derechos de petición de los familiares o cualquier trámite que hiciera la Autoridad Central en esta materia al Estado extranjero, por tratarse en el juzgado de origen como una adopción nacional y no internacional como lo sostiene en su dictamen el Centro de Adopciones de nuestro país, en estos casos. El estudio o informe del mantenimiento del vínculo no tiene sentido realizarlo, pues en síntesis el interés superior del niño fue establecido en la sentencia dictada por el juez extranjero conforme los estudios psicológicos y socio-ambientales de la residencia de éste, como un criterio personal, pero si se debe considerar que la investigación sobre los familiares consanguíneos y afines con residencia en su país de origen es sumamente necesario e imprescindible, sirviendo este informe como banco de datos del niño, niña o adolescente adoptado en el extranjero. Cumplido este ritual remitir nuevamente vía exhorto de los informes, se estaría supliendo lo que legalmente en nuestro país necesitaríamos para que dicha resolución extranjera fuere admisible para su inscripción en el registro como una adopción, al no contrariar nuestra norma positiva vigente. Posteriormente, el juez de origen de la causa de competencia extranjera lo incorporará en el legajo del adoptado o al expediente, lo cual completa y complementa la sentencia de adopción y la vuelve efectiva, logrando con ello garantizar el cometido de las reglas del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional "*Recordando que cada Estado debería tomar, en carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen*", tercer párrafo del preámbulo redactado en La Haya el 29 de mayo de 1993.

14.- CRITERIO DE ADMISIBILIDAD DE LA INCRIPCION DE SENTENCIA DE ADOPCION EXTRANJERA

El criterio puede ser netamente procesalista utilizando las normas del código procesal civil haciendo prevalecer los tratados internacionales ya citados en esta materia en forma objetiva, y por el otro es el criterio plasmando los valores o principios que subjetivamente rigen el fuero

especializado y que justifican la inscripción de éstas sentencias dictadas en el extranjero en relación a niños, niña y adolescentes connacionales. Haciendo prevalecer el derecho de todo niño, niña y adolescente de "*tener por una familia o desarrollarse dentro del seno familiar*".

14.1 DERECHO A LA IDENTIDAD VS. DERECHO A UNA FAMILIA

La razón de algunos Jueces de la Niñez y la Adolescencia, es que existe un sistema de cooperación internacional en materia de adopciones, con el abanico de circunstancias y motivos que rodean a una adopción, una de ellas es que deben los organismos encargados de la protección velar por el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, y al mismo tiempo ofrecerles a los niños una familia cuando no la tiene. Son dos principios que deben ser sustanciados conjuntamente una no puede concebirse sin la otra, porque la familia es parte de su identidad.

En este sentido, IDENTIDAD no solo es el nombre y apellido o la nacionalidad del sujeto, sino también abarca conocer su familia nuclear y ampliada, es decir la familia de la cual proviene, ser criado por ellas, su nacionalidad es un elemento que forma parte de esa identidad y ese componente le pertenece porque forma parte de su vida, los Estados están comprometidos a garantizar, el derecho de todo niño, niña y adolescente de conocer su origen es un derecho inalienable, es deber de los Estados partes garantizar este derecho que es parte de su personalidad – innegociable – Art. 8 1.- "*Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño y a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2.- Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".* En concordancia con lo establecido en el Convención Americana sobre Derechos Humanos o bien conocido como Pacto de San José de Costa Rica,[375] en sus artículos 17, 18 y 19 respectivamente éstos garantizan al niño el derecho a un nombre y mucho más genérica la norma del artículo 19 que compromete a la familia, la sociedad y al Estado que se tomen todas las medidas para la protección de estos derechos.

La identidad a la cual nos referimos es al derecho de conocer su origen, cuando los trámites de adopción en el extranjero de niños connacionales no han garantizado este requerimiento, indispensable en nuestra ley y los tratados internacionales, permite que el juez oficiosamente complete los requerimientos de necesario que nuestra ley interna requiere para su viabilidad,

[375] Artículo 18. Derecho al Nombre: Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario. Artículo 19. Derechos del Niño: 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.

como ocurre en el ámbito civil, comercial y laboral, por cual procede la ejecutoriedad de las sentencias extranjeras, los jueces paraguayos oficiosamente actúan para corregir la ilegalidad interpretada en relación a las normas que rigen la materia de adopción en nuestro estado y subsanan la acefalía legal específica en esta materia.

Un niño, niña y adolescente tiene derecho al desarrollo armónico de su personalidad, debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión[376], así como a ser criado por su familia de origen, ahora bien, si esa familia de origen o biológica no puede cumplir con la obligación de garantizar esos esenciales derechos inherentes a la persona humana, entonces la sociedad y el Estado debe garantizarlos a través de políticas públicas adecuadas, la prioridad según el preámbulo del Convenio, es permitir que en forma adecuada los niños permanezcan en su familia de origen, y las adopciones internacionales tiene la ventaja de dar una familia permanente y adecuada al niño que no encuentran familias en su país de origen. Concuerda con lo establecido en el Art. 8 "*Del derecho a la familia. El niño o adolescente tiene derecho a vivir y desarrollarse en su familia, y en caso de falta o insuficiencia de recursos materiales de sus familiares, el derecho a que el Estado los provea. Queda prohibido separar al niño adolescente de su grupo familiar, o disponer la suspensión o pérdida de la patria potestad invocando la falta o insuficiencia de recursos*".[377] En nuestro país en relación a la adopción internacional, el Art. 25 establece: "*Por la adopción internacional se entiende la efectuada por personas residentes en el exterior a favor de niños y adolescentes domiciliados en el Paraguay. Sólo procederá la adopción internacional con aquellos países que hayan ratificado el Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*"[378]. En este orden jurídico encontramos cimentado el derecho a la familia que preconiza la Convención sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 17 "*1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2.- Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención…..*"; protegiendo a la familia como base social, aunque esta fuera una construcción jurídica, la familia envuelve y toma al ser humano como un todo dotado de sentimientos, derechos, obligaciones, deberes como ser que convive y vive en sociedad. Incluye la obligación del Estado Parte de garantizar a todos los hijos la igualdad en sus derechos y la prioridad de los derechos de los niños. Considerando que un niño tiene derecho a una familia, como unidad que crea su personalidad. Es cierto que un niño radicado sea el motivo que fuere en el extranjero y que por circunstancias excepcionales fuera despojado del derecho de creer en su familia de origen o ésta la rechazara

[376] Convenio de La Haya 1993 – Preámbulo del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional
[377] Ley 1680/01 Código de la Niñez y la Adolescencia
[378] Ley 1136/97 De Adopciones del Paraguay

por causas motivadas en hechos aislados a más de la falta de condiciones económicas para la crianza del hijo (circunstancias que hasta la fecha siguen siendo la mayor causal de adopción), así como cuando la adopción proviene del principio de autonomía de la voluntad del progenitor que lo entregó en adopción**,** desde el ordenamiento jurídico actual del Estado de origen de la sentencia, se ha procedido conforme a las reglas de su norma interna, reafirmando el derecho del niño de crecer en una familia que le brinde asistencia, abrigo, protección, seguridad, felicidad con derechos igualitarios a los hijos biológicos, corresponde válidamente el dictamiento de una resolución que garantice *a priori* todos los demás derechos que lo son inherentes tales como alimentación, salud, educación, vivienda, recreación, el principio transversal y rector en temas de familia en relación a los niños que se invoca y aplica es el "*el interés superior*" o "*su derecho prioritario*"[379] ante conflicto de intereses.

Es decir, la sentencia de adopción plena extranjera desde este punto de vista debe ser ejecutada y cumplida, en miras a que en el Estado extranjero, es cosa juzgada y su eficacia no depende de la inscripción de dicha sentencia en la Dirección del Registro del Estado Civil, en su país de origen, sino del hecho de que a ese niño, niña o adolescente se le ha garantizado el derecho de vivir en una familia, adquiriendo una identidad a través de la adopción, la efectivamente debe ser inscripta en los registro del Estado donde se ha tramitado el juicio de adopción, por lo que no se puede coincidir en las apreciaciones del Director de Asistencia Jurídica Internacional[380], la inscripción de la resolución extranjera en nuestro Estado se vuelve accesorio al fin que persigue la institución de la adopción que es dotar a un *Niño o Niña de una Familia*, anexo al desplazamiento de estado que sufrió el niño con la resolución emanada en juzgados extranjeros. No causará ningún perjuicio procesalmente irreparable, pues la ley de residencia habitual es la que rige su vida jurisdiccionalmente.

15.- CONCLUSION

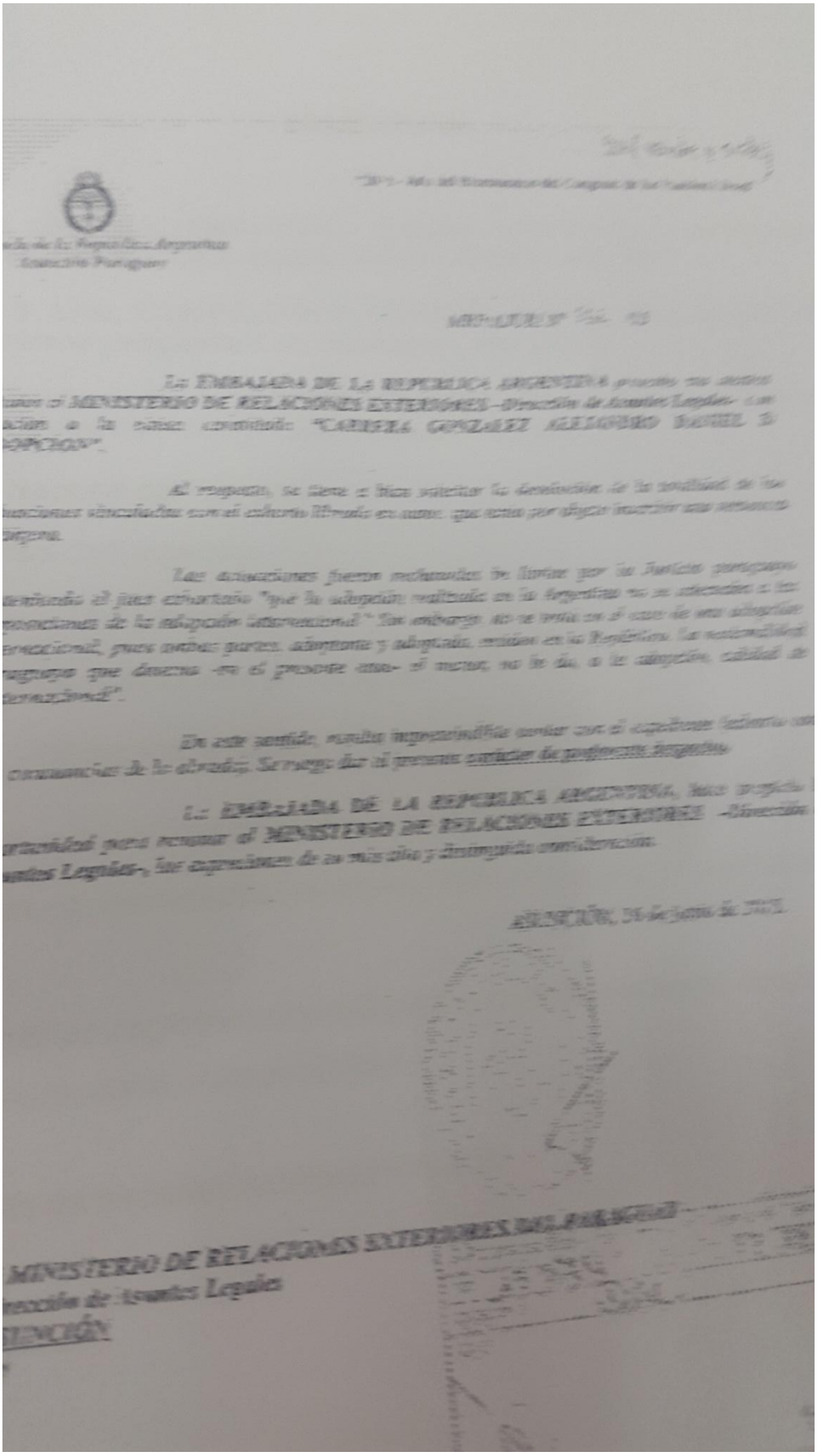
La falta de aplicación de los principios cardinales del fuero especializado de familia, niñez y adolescencia, así como de las normas del procedimiento civil interno e internacional, hacen posible que los juzgados admitan o denieguen la inscripción de las sentencias de adopción extranjeras remitidas al Paraguay, la inexistencia de protocolo o procedimiento adecuado que efectivicen y hagan eficaz las inscripciones de las resoluciones recaídas en los trámites de adopción de paraguayos menores de edad, tramitados en la república Argentina, es sumamente necesario, si bien el derecho interno del Estado hermano permite entender que se trata de una adopción nacional aplicando la jurisdicción de la residencia de los adoptantes, los derechos del

[379] Preámbulo de la Ley 900/96
[380] Anexo 39/40

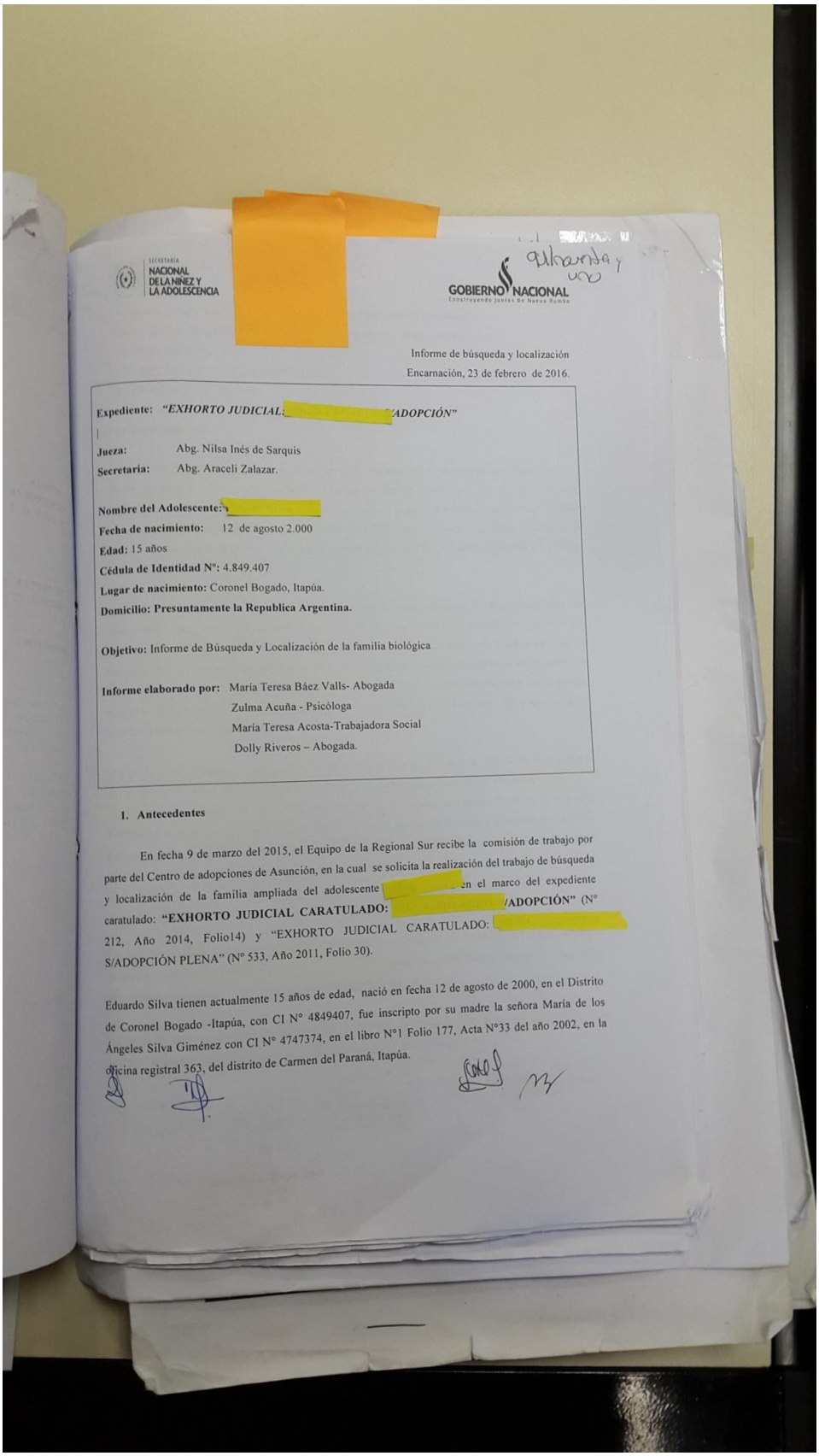
adoptado extranjero residente en dicho Estado deben ser garantizados. El criterio de jueces y organismos paraguayos consideran que este tipo de trámites tiene relación con adopciones internacionales, por lo que se debe aplicar los convenios Internacionales sobre derechos humanos ratificados por ambos Estados. Es de parecer que la judicatura extrajera y los organismos de ambos Estados deben colaborar en forma estrecha en la búsqueda y localización de los progenitores y otros familiares del adoptado garantizando su derecho a la identidad, conocer su origen, agotando la posibilidad de permanencia con su familia de ampliada, manteniendo sin dudas su jurisdicción. El derecho del niño, niña o adolescente de conocer sus progenitores o los familiares de los progenitores es un derecho no negociable y las adopciones en estos casos evidencia una amenaza y violación a este derecho de IDENTIDAD, es esa la postura asumida por instituciones del Estado como la Dirección General del Registro del Estado Civil y el Centro de Adopciones, y por algunos jueces paraguaya. Esa identidad a la que nos referimos es el derecho del adoptado de conocer su historia, sus orígenes, sus raíces, lo cual marcará su personalidad en la medida del interés que el adoptado tenga de conocerlos. Estas instrumentales e historial deben ser facilitados por los operadores de justicia o por el órgano estatal designado para el efecto. La inscripción de la sentencia extranjera de adopción, en síntesis es simplemente un anexo que concluye el trámite procesal, que no incide en forma directa en la vida del adoptado menor de edad, sin embargo, a futuro podría acarrearle problemas legales, por tener la misma persona dos inscripciones, por un lado, su registro de nacimiento en un país y por el otro en otro Estado el del registro de la adopción. Es necesario un trabajo conjunto y mancomunado de las autoridades administrativas y judiciales de ambos Estados para garantizar de fondo y forma las adopciones tramitadas por jueces con jurisdicción extranjera en relación a niños, niñas y adolescentes de nacionalidad paraguaya, es de vital importancia para ambos Estados, protocolizar las gestiones o diligencias. Hoy día más que tratarse de temas del fuero especializado por ser temas que afectan los derechos humanos del niño, niña o adolescentes, busca respuesta en el derecho internacional privado.

En definitiva, Estado paraguayo ha ratificado el Convenio de La Haya de 1993, Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, mientras que el Estado Argentino no lo ha ratificado, por lo que correspondería exhortar su ratificación por aquel, en vistas a que prácticamente es común en las esferas jurisdiccionales de nuestro país que se tramiten casos de esta naturaleza, con dictámenes en contra de la Autoridades Centrales paraguayas, lo que crea inconvenientes de naturaleza consular y de relaciones exteriores. La simple organización de mesas de diálogos y la redacción de un acuerdo sobre las actuaciones o procedimiento, pondrían fin a los conflictos de criterios de los magistrados en el orden jurídico por la interpretación y aplicación antagónica de la ley.

“No te canses de hacer lo que debes hacer, aunque eso signifique ir contra las reglas de la sociedad”



MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DEL PARAGUAY
Dirección de Asuntos Legales



SECRETARÍA NACIONAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo Juntos Un Nuevo Rumbo

Informe de búsqueda y localización
Encarnación, 23 de febrero de 2016.

Expediente: ***"EXHORTO JUDICIAL: [redacted] /ADOPCIÓN"***

Jueza: Abg. Nilsa Inés de Sarquis
Secretaria: Abg. Araceli Zalazar.

Nombre del Adolescente: [redacted]
Fecha de nacimiento: 12 de agosto 2.000
Edad: 15 años
Cédula de Identidad N°: 4.849.407
Lugar de nacimiento: Coronel Bogado, Itapúa.
Domicilio: Presuntamente la Republica Argentina.

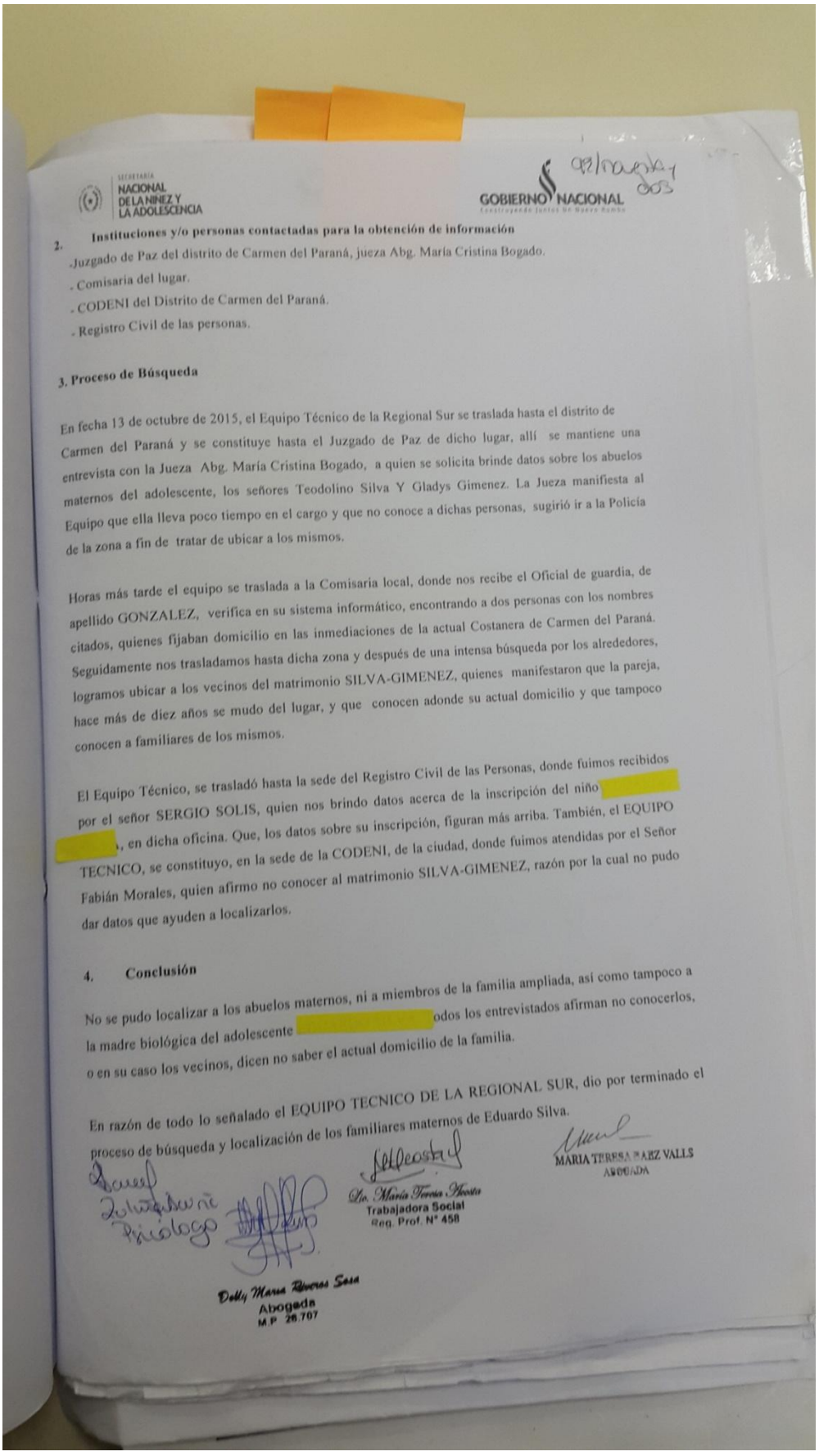
Objetivo: Informe de Búsqueda y Localización de la familia biológica

Informe elaborado por: María Teresa Báez Valls- Abogada
Zulma Acuña - Psicóloga
María Teresa Acosta-Trabajadora Social
Dolly Riveros – Abogada.

1. Antecedentes

En fecha 9 de marzo del 2015, el Equipo de la Regional Sur recibe la comisión de trabajo por parte del Centro de adopciones de Asunción, en la cual se solicita la realización del trabajo de búsqueda y localización de la familia ampliada del adolescente [redacted] en el marco del expediente caratulado: **"EXHORTO JUDICIAL CARATULADO: [redacted] /ADOPCIÓN"** (N° 212, Año 2014, Folio14) y "EXHORTO JUDICIAL CARATULADO: [redacted] S/ADOPCIÓN PLENA" (N° 533, Año 2011, Folio 30).

Eduardo Silva tienen actualmente 15 años de edad, nació en fecha 12 de agosto de 2000, en el Distrito de Coronel Bogado -Itapúa, con CI N° 4849407, fue inscripto por su madre la señora María de los Ángeles Silva Giménez con CI N° 4747374, en el libro N°1 Folio 177, Acta N°33 del año 2002, en la oficina registral 363, del distrito de Carmen del Paraná, Itapúa.



SECRETARÍA NACIONAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

GOBIERNO NACIONAL
Construyendo Juntos un Nuevo Rumbo

2. Instituciones y/o personas contactadas para la obtención de información

.Juzgado de Paz del distrito de Carmen del Paraná, jueza Abg. María Cristina Bogado.

. Comisaria del lugar.

. CODENI del Distrito de Carmen del Paraná.

. Registro Civil de las personas.

3. Proceso de Búsqueda

En fecha 13 de octubre de 2015, el Equipo Técnico de la Regional Sur se traslada hasta el distrito de Carmen del Paraná y se constituye hasta el Juzgado de Paz de dicho lugar, allí se mantiene una entrevista con la Jueza Abg. María Cristina Bogado, a quien se solicita brinde datos sobre los abuelos maternos del adolescente, los señores Teodolino Silva Y Gladys Gimenez. La Jueza manifiesta al Equipo que ella lleva poco tiempo en el cargo y que no conoce a dichas personas, sugirió ir a la Policía de la zona a fin de tratar de ubicar a los mismos.

Horas más tarde el equipo se traslada a la Comisaria local, donde nos recibe el Oficial de guardia, de apellido GONZALEZ, verifica en su sistema informático, encontrando a dos personas con los nombres citados, quienes fijaban domicilio en las inmediaciones de la actual Costanera de Carmen del Paraná. Seguidamente nos trasladamos hasta dicha zona y después de una intensa búsqueda por los alrededores, logramos ubicar a los vecinos del matrimonio SILVA-GIMENEZ, quienes manifestaron que la pareja, hace más de diez años se mudo del lugar, y que conocen adonde su actual domicilio y que tampoco conocen a familiares de los mismos.

El Equipo Técnico, se trasladó hasta la sede del Registro Civil de las Personas, donde fuimos recibidos por el señor SERGIO SOLIS, quien nos brindo datos acerca de la inscripción del niño [redacted], en dicha oficina. Que, los datos sobre su inscripción, figuran más arriba. También, el EQUIPO TECNICO, se constituyo, en la sede de la CODENI, de la ciudad, donde fuimos atendidas por el Señor Fabián Morales, quien afirmo no conocer al matrimonio SILVA-GIMENEZ, razón por la cual no pudo dar datos que ayuden a localizarlos.

4. Conclusión

No se pudo localizar a los abuelos maternos, ni a miembros de la familia ampliada, así como tampoco a la madre biológica del adolescente [redacted] todos los entrevistados afirman no conocerlos, o en su caso los vecinos, dicen no saber el actual domicilio de la familia.

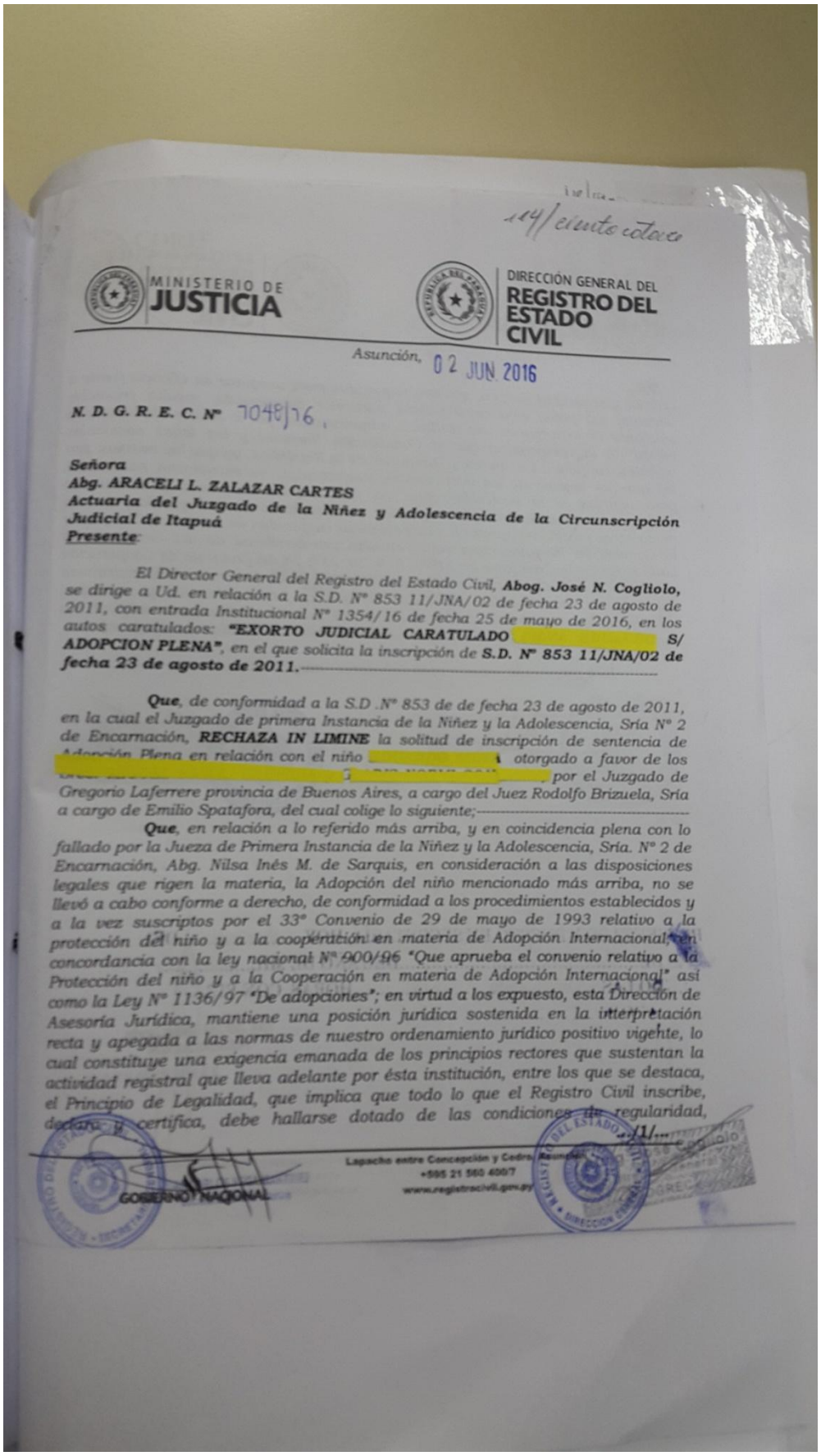
En razón de todo lo señalado el EQUIPO TECNICO DE LA REGIONAL SUR, dio por terminado el proceso de búsqueda y localización de los familiares maternos de Eduardo Silva.

Psicologo

Dolly María Riveros Sosa
Abogada
M.P 26.707

Lic. María Teresa Acosta
Trabajadora Social
Reg. Prof. N° 458

MARIA TERESA PAEZ VALLS
ABOGADA



114/ ciento catorce

MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

Asunción, 02 JUN 2016

N. D. G. R. E. C. Nº 7048/16.

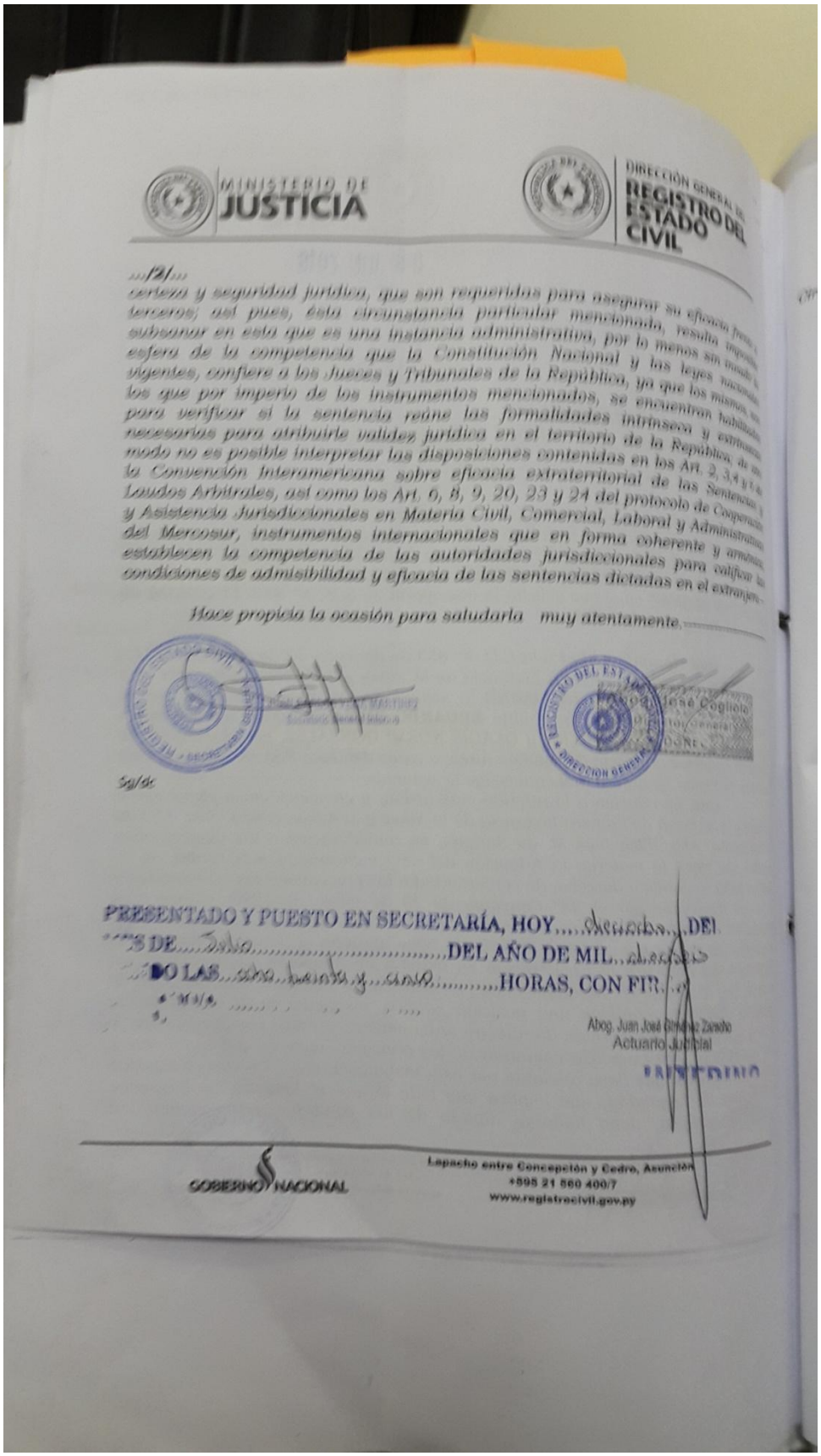
Señora
Abg. ARACELI L. ZALAZAR CARTES
Actuaria del Juzgado de la Niñez y Adolescencia de la Circunscripción Judicial de Itapuá
Presente:

El Director General del Registro del Estado Civil, **Abog. José N. Cogliolo,** se dirige a Ud. en relación a la S.D. Nº 853 11/JNA/02 de fecha 23 de agosto de 2011, con entrada Institucional Nº 1354/16 de fecha 25 de mayo de 2016, en los autos caratulados: **"EXORTO JUDICIAL CARATULADO [redacted] S/ ADOPCION PLENA"**, en el que solicita la inscripción de **S.D. Nº 853 11/JNA/02 de fecha 23 de agosto de 2011.**----------

Que, de conformidad a la S.D .Nº 853 de de fecha 23 de agosto de 2011, en la cual el Juzgado de primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia, Sría Nº 2 de Encarnación, **RECHAZA IN LIMINE** la solitud de inscripción de sentencia de Adopción Plena en relación con el niño [redacted] otorgado a favor de los [redacted] por el Juzgado de Gregorio Laferrere provincia de Buenos Aires, a cargo del Juez Rodolfo Brizuela, Sría a cargo de Emilio Spatafora, del cual colige lo siguiente;----------

Que, en relación a lo referido más arriba, y en coincidencia plena con lo fallado por la Jueza de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia, Sría. Nº 2 de Encarnación, Abg. Nilsa Inés M. de Sarquis, en consideración a las disposiciones legales que rigen la materia, la Adopción del niño mencionado más arriba, no se llevó a cabo conforme a derecho, de conformidad a los procedimientos establecidos y a la vez suscriptos por el 33º Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional, en concordancia con la ley nacional Nº 900/96 "Que aprueba el convenio relativo a la Protección del niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional" así como la Ley Nº 1136/97 "De adopciones"; en virtud a los expuesto, esta Dirección de Asesoría Jurídica, mantiene una posición jurídica sostenida en la interpretación recta y apegada a las normas de nuestro ordenamiento jurídico positivo vigente, lo cual constituye una exigencia emanada de los principios rectores que sustentan la actividad registral que lleva adelante por ésta institución, entre los que se destaca, el Principio de Legalidad, que implica que todo lo que el Registro Civil inscribe, declara y certifica, debe hallarse dotado de las condiciones de regularidad,

.../1/...



MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

.../2/...

certeza y seguridad jurídica, que son requeridas para asegurar su eficacia frente a terceros; así pues, ésta circunstancia particular mencionada, resulta imposible subsanar en esta que es una instancia administrativa, por lo menos sin invadir la esfera de la competencia que la Constitución Nacional y las leyes nacionales vigentes, confiere a los Jueces y Tribunales de la República, ya que los mismos son los que por imperio de los instrumentos mencionados, se encuentran habilitados para verificar si la sentencia reúne las formalidades intrínseca y extrínsecas necesarias para atribuirle validez jurídica en el territorio de la República, de otro modo no es posible interpretar las disposiciones contenidas en los Art. 2, 3,4 y 5 de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales, así como los Art. 6, 8, 9, 20, 23 y 24 del protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccionales en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del Mercosur, instrumentos internacionales que en forma coherente y armónica establecen la competencia de las autoridades jurisdiccionales para calificar las condiciones de admisibilidad y eficacia de las sentencias dictadas en el extranjero.-

Hace propicia la ocasión para saludarla muy atentamente.-

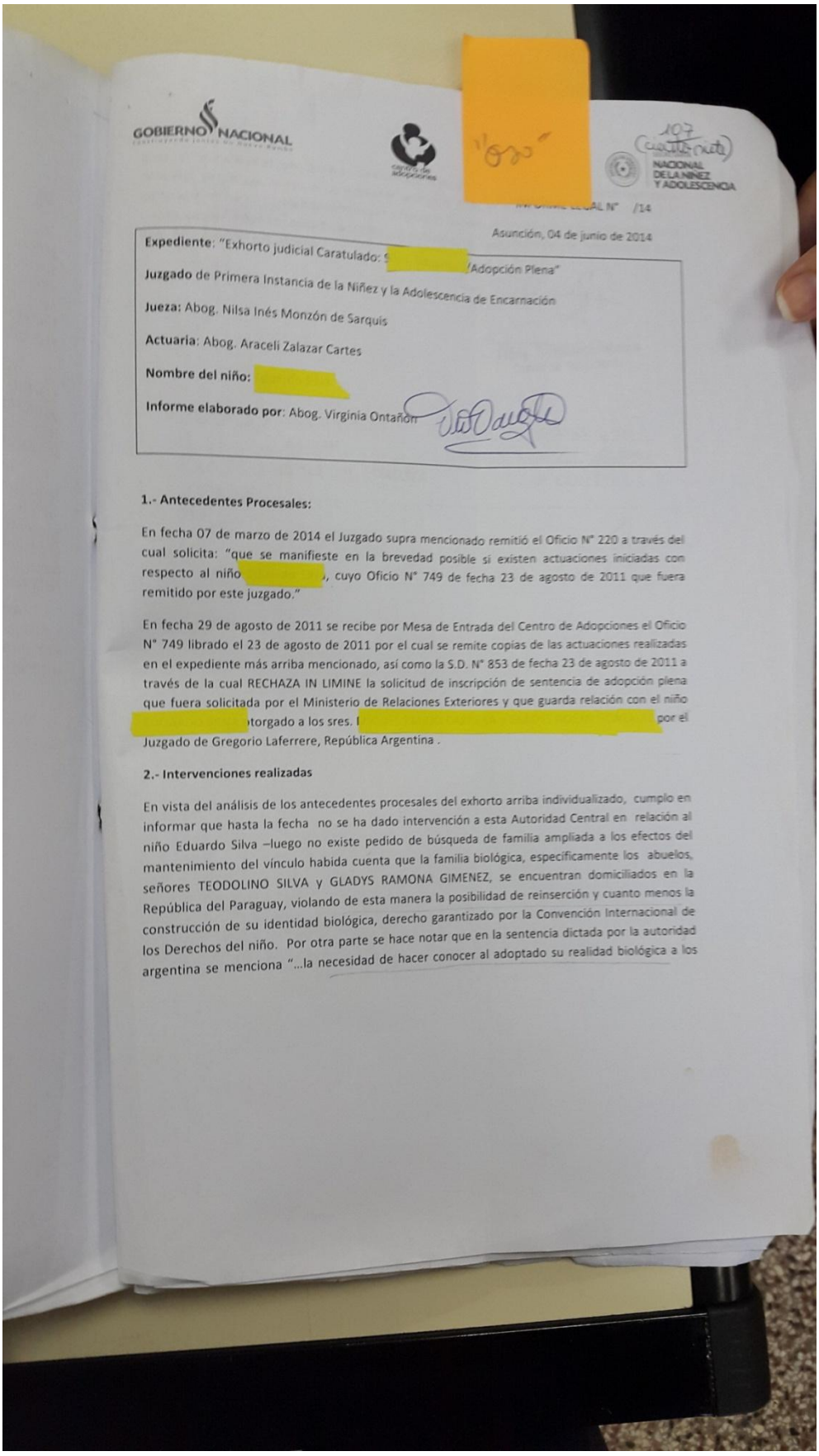
Sg/dc

PRESENTADO Y PUESTO EN SECRETARÍA, HOY.....DEL
.....DE.....DEL AÑO DE MIL.....
.....LAS.....HORAS, CON FIR.....

Abog. Juan José Giménez Zaracho
Actuario Judicial

GOBIERNO NACIONAL

Lapacho entre Concepción y Cedro, Asunción
+595 21 560 400/7
www.registrocivil.gov.py



GOBIERNO NACIONAL

NACIONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

INFORME LEGAL N° /14

Asunción, 04 de junio de 2014

Expediente: "Exhorto judicial Caratulado: [redacted] /Adopción Plena"

Juzgado de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia de Encarnación

Jueza: Abog. Nilsa Inés Monzón de Sarquis

Actuaria: Abog. Araceli Zalazar Cartes

Nombre del niño: [redacted]

Informe elaborado por: Abog. Virginia Ontañón

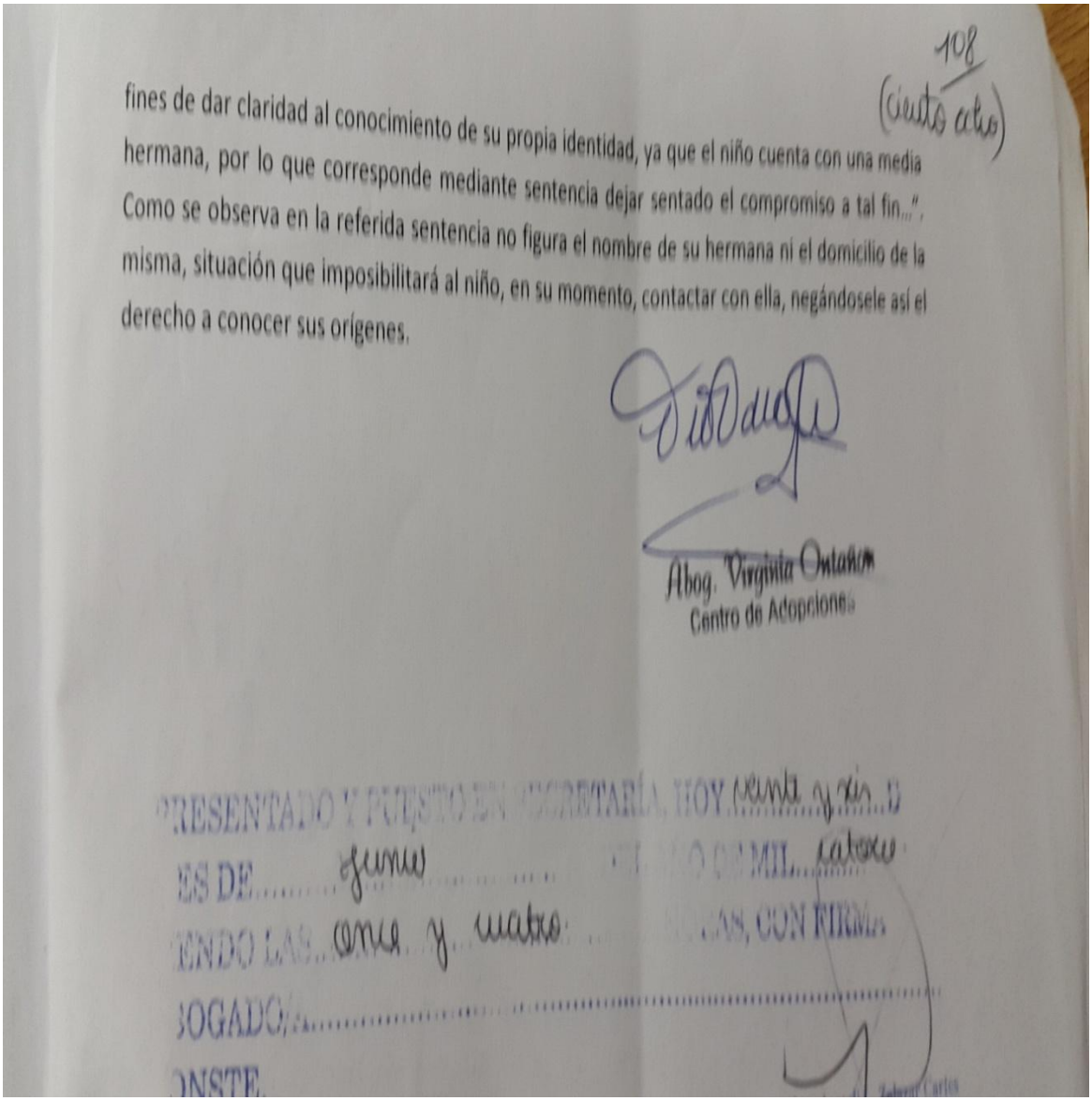
1.- Antecedentes Procesales:

En fecha 07 de marzo de 2014 el Juzgado supra mencionado remitió el Oficio N° 220 a través del cual solicita: "que se manifieste en la brevedad posible si existen actuaciones iniciadas con respecto al niño [redacted], cuyo Oficio N° 749 de fecha 23 de agosto de 2011 que fuera remitido por este juzgado."

En fecha 29 de agosto de 2011 se recibe por Mesa de Entrada del Centro de Adopciones el Oficio N° 749 librado el 23 de agosto de 2011 por el cual se remite copias de las actuaciones realizadas en el expediente más arriba mencionado, así como la S.D. N° 853 de fecha 23 de agosto de 2011 a través de la cual RECHAZA IN LIMINE la solicitud de inscripción de sentencia de adopción plena que fuera solicitada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y que guarda relación con el niño [redacted] otorgado a los sres. [redacted] por el Juzgado de Gregorio Laferrere, República Argentina .

2.- Intervenciones realizadas

En vista del análisis de los antecedentes procesales del exhorto arriba individualizado, cumplo en informar que hasta la fecha no se ha dado intervención a esta Autoridad Central en relación al niño Eduardo Silva –luego no existe pedido de búsqueda de familia ampliada a los efectos del mantenimiento del vínculo habida cuenta que la familia biológica, especificamente los abuelos, señores TEODOLINO SILVA y GLADYS RAMONA GIMENEZ, se encuentran domiciliados en la República del Paraguay, violando de esta manera la posibilidad de reinserción y cuanto menos la construcción de su identidad biológica, derecho garantizado por la Convención Internacional de los Derechos del niño. Por otra parte se hace notar que en la sentencia dictada por la autoridad argentina se menciona "...la necesidad de hacer conocer al adoptado su realidad biológica a los



108
(ciento ocho)

fines de dar claridad al conocimiento de su propia identidad, ya que el niño cuenta con una media hermana, por lo que corresponde mediante sentencia dejar sentado el compromiso a tal fin...". Como se observa en la referida sentencia no figura el nombre de su hermana ni el domicilio de la misma, situación que imposibilitará al niño, en su momento, contactar con ella, negándosele así el derecho a conocer sus orígenes.

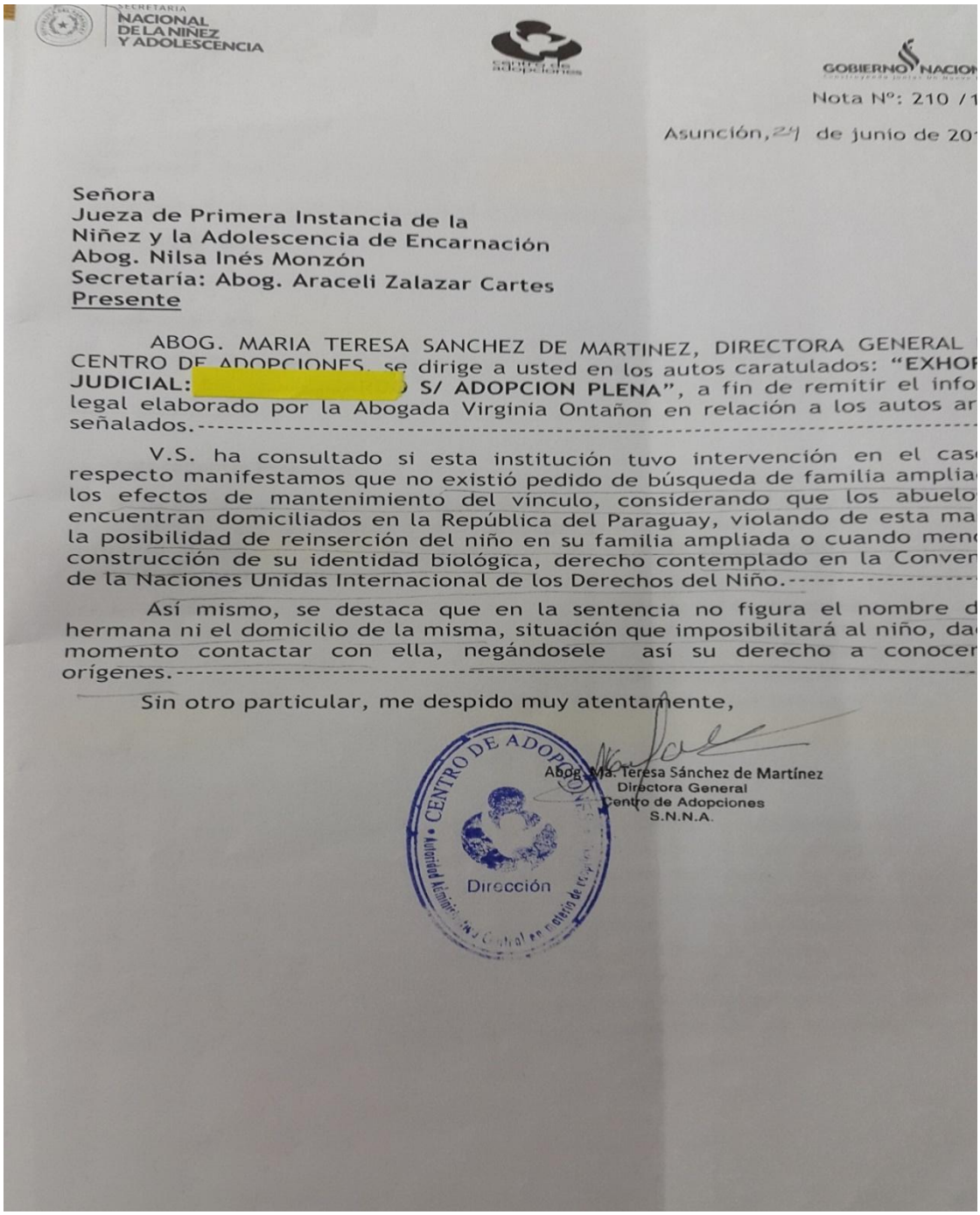
Abog. Virginia Ontañón
Centro de Adopciones

PRESENTADO Y PUESTO EN SECRETARÍA, HOY veinte y seis DE
ES DE junio DEL AÑO DE MIL catorce
ENDO LAS once y cuatro HORAS, CON FIRMA
BOGADO/A.....
ONSTE.

Zelazar Carlos

Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios Profesionales y Operadores de Niñez Adolescencia y Familia

ALAMFPyONAF



SECRETARÍA NACIONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

centro de adopciones

GOBIERNO NACION

Nota Nº: 210 /1

Asunción, 24 de junio de 201

Señora
Jueza de Primera Instancia de la
Niñez y la Adolescencia de Encarnación
Abog. Nilsa Inés Monzón
Secretaría: Abog. Araceli Zalazar Cartes
Presente

ABOG. MARIA TERESA SANCHEZ DE MARTINEZ, DIRECTORA GENERAL CENTRO DE ADOPCIONES, se dirige a usted en los autos caratulados: **"EXHOR JUDICIAL: [redacted] S/ ADOPCION PLENA"**, a fin de remitir el info legal elaborado por la Abogada Virginia Ontañon en relación a los autos ar señalados.----------

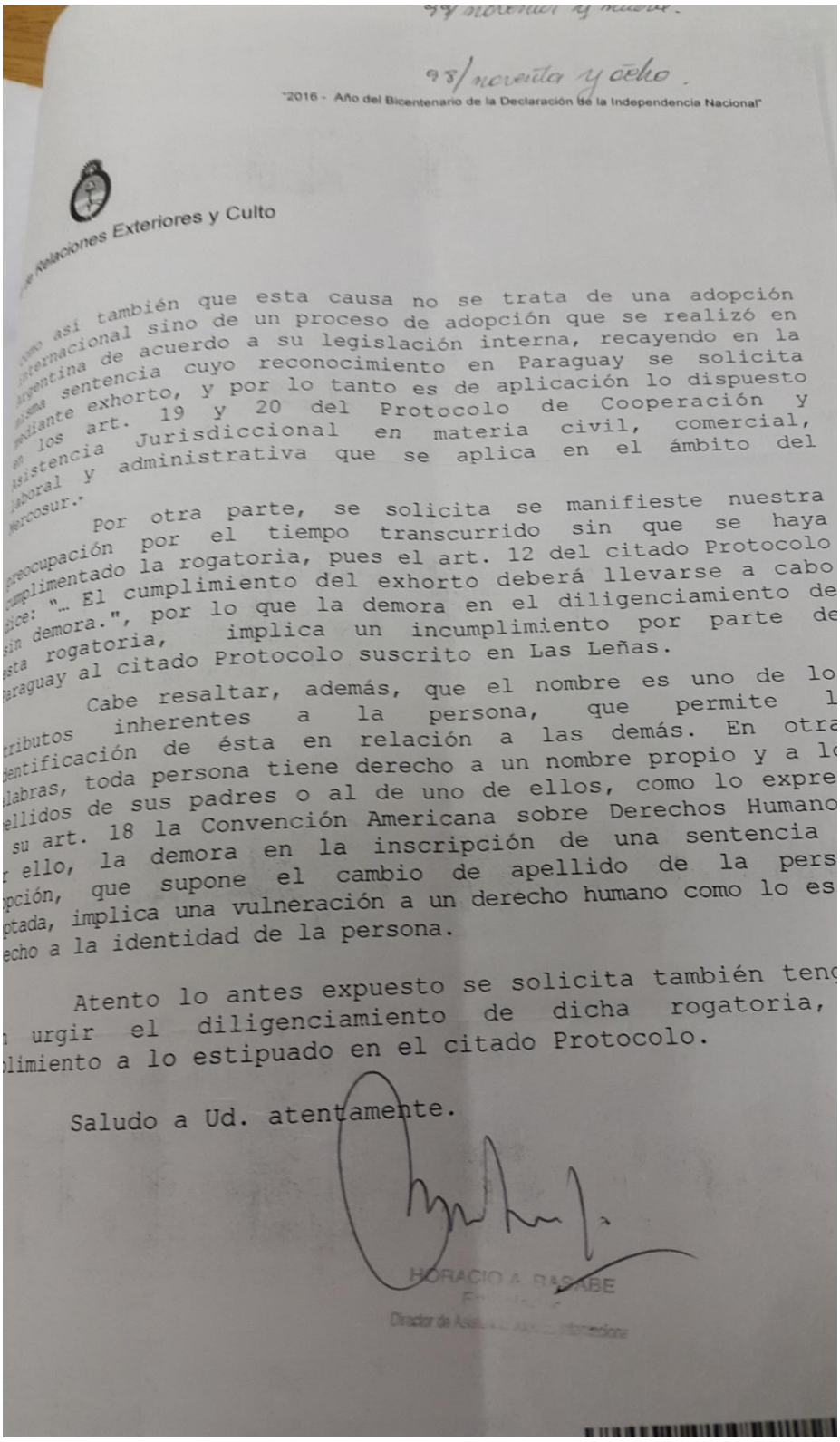
V.S. ha consultado si esta institución tuvo intervención en el cas respecto manifestamos que no existió pedido de búsqueda de familia amplia los efectos de mantenimiento del vínculo, considerando que los abuelo encuentran domiciliados en la República del Paraguay, violando de esta ma la posibilidad de reinserción del niño en su familia ampliada o cuando men construcción de su identidad biológica, derecho contemplado en la Conven de la Naciones Unidas Internacional de los Derechos del Niño.----------

Así mismo, se destaca que en la sentencia no figura el nombre d hermana ni el domicilio de la misma, situación que imposibilitará al niño, da momento contactar con ella, negándosele así su derecho a conocer orígenes.----------

Sin otro particular, me despido muy atentamente,

CENTRO DE ADOPCIONES
Autoridad Administrativa Central en materia de adopciones
Dirección

Abog. Ma. Teresa Sánchez de Martínez
Directora General
Centro de Adopciones
S.N.N.A.



98/ noventa y ocho.

"2016 - Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

...de Relaciones Exteriores y Culto

...como así también que esta causa no se trata de una adopción ...internacional sino de un proceso de adopción que se realizó en ...Argentina de acuerdo a su legislación interna, recayendo en la ...misma sentencia cuyo reconocimiento en Paraguay se solicita ...mediante exhorto, y por lo tanto es de aplicación lo dispuesto ...en los art. 19 y 20 del Protocolo de Cooperación y ...Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, ...laboral y administrativa que se aplica en el ámbito del ...Mercosur."

...Por otra parte, se solicita se manifieste nuestra ...preocupación por el tiempo transcurrido sin que se haya ...cumplimentado la rogatoria, pues el art. 12 del citado Protocolo ...dice: "... El cumplimiento del exhorto deberá llevarse a cabo ...sin demora.", por lo que la demora en el diligenciamiento de ...esta rogatoria, implica un incumplimiento por parte de ...Paraguay al citado Protocolo suscrito en Las Leñas.

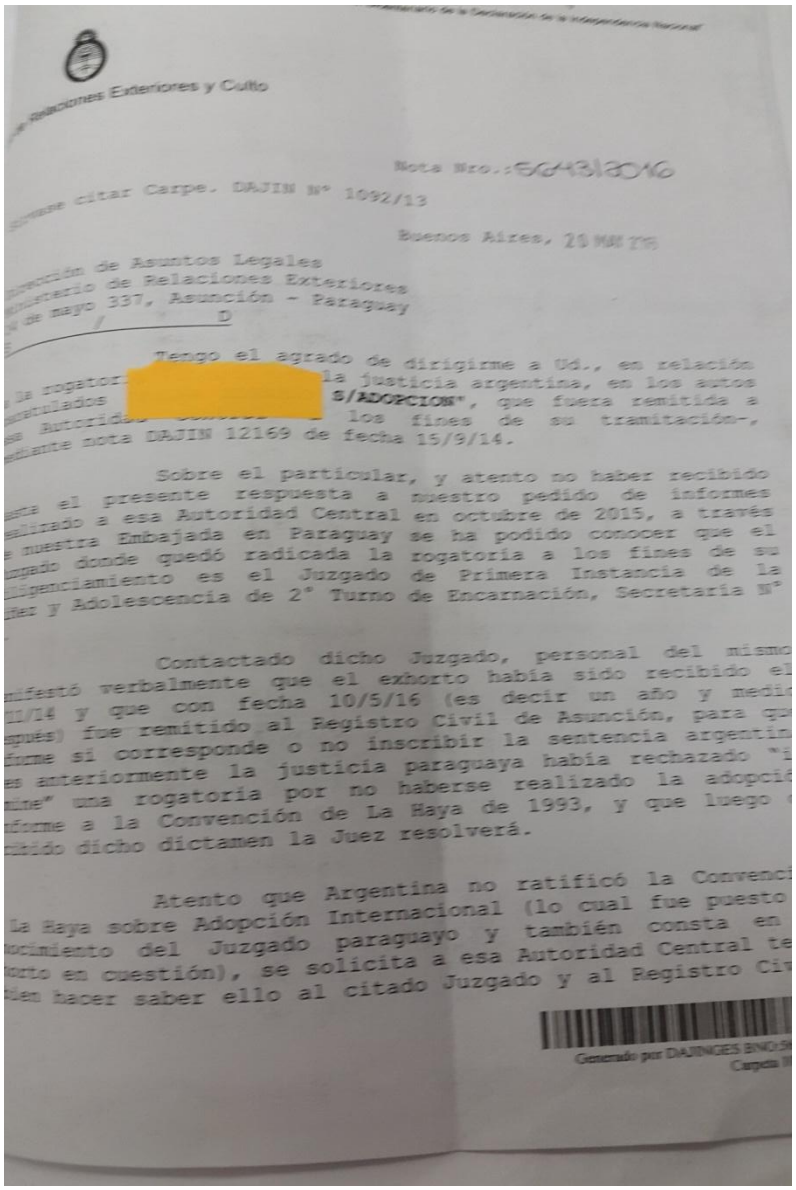
...Cabe resaltar, además, que el nombre es uno de los ...atributos inherentes a la persona, que permite la ...identificación de ésta en relación a las demás. En otras ...palabras, toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los ...apellidos de sus padres o al de uno de ellos, como lo expresa ...su art. 18 la Convención Americana sobre Derechos Humanos ...Por ello, la demora en la inscripción de una sentencia ...adopción, que supone el cambio de apellido de la persona ...adoptada, implica una vulneración a un derecho humano como lo es ...derecho a la identidad de la persona.

...Atento lo antes expuesto se solicita también tenga ...a urgir el diligenciamiento de dicha rogatoria, ...cumplimiento a lo estipuado en el citado Protocolo.

Saludo a Ud. atentamente.

HORACIO A. BASABE

Director de Asuntos Internacionales



Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios Profesionales y Operadores de Niñez Adolescencia y Familia
ALAMFPyONAF

...Relaciones Exteriores y Culto

Nota Nro.: 5643/2016

...citar Carpe. DAJIN N° 1092/13

Buenos Aires, 20 MAY 2016

...ección de Asuntos Legales
...isterio de Relaciones Exteriores
...de mayo 337, Asunción - Paraguay
D

Tengo el agrado de dirigirme a Ud., en relación ...la rogatori[redacted]la justicia argentina, en los autos ...atulados [redacted] S/ADOPCION", que fuera remitida a ...Autorida[redacted] los fines de su tramitación-, ...diante nota DAJIN 12169 de fecha 15/9/14.

Sobre el particular, y atento no haber recibido ...sta el presente respuesta a nuestro pedido de informes ...alizado a esa Autoridad Central en octubre de 2015, a través ...e nuestra Embajada en Paraguay se ha podido conocer que el ...zgado donde quedó radicada la rogatoria a los fines de su ...ligenciamiento es el Juzgado de Primera Instancia de la ...ñez y Adolescencia de 2° Turno de Encarnación, Secretaría N°

Contactado dicho Juzgado, personal del mismo ...nifestó verbalmente que el exhorto había sido recibido el ...11/14 y que con fecha 10/5/16 (es decir un año y medio ...spués) fue remitido al Registro Civil de Asunción, para que ...forme si corresponde o no inscribir la sentencia argentina ...es anteriormente la justicia paraguaya había rechazado "i...mine" una rogatoria por no haberse realizado la adopción ...nforme a la Convención de La Haya de 1993, y que luego ...cibido dicho dictamen la Juez resolverá.

Atento que Argentina no ratificó la Convenci... La Haya sobre Adopción Internacional (lo cual fue puesto ...ocimiento del Juzgado paraguayo y también consta en ...orto en cuestión), se solicita a esa Autoridad Central te...bien hacer saber ello al citado Juzgado y al Registro Civ...

Generado por DAJINGES BNO:5...
Carpeta N...

BIBLIOGRAFIA

- DE MILGUEL ASCENCIO, Pedro Alberto "Eficacia de las Resoluciones Extranjeras de Jurisdicción Voluntaria". Edit. L. Eurolex. Madrid, España. Año 1997

- HERNADEZ B., Lidia, UGARTE, Luis A., URIARTE, Jorge A. "Juicio de adopción" – 2° edición actualizada y ampliada. Edit. Hammurabi. Año 1.998

- PALACIO, Lino Enrique, ALVARADO VELLOZO, Adolfo "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" Tomo 9°. Edit. Rubinzal – Culzoni

- Constitución Nacional del Paraguay

- Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994

- Código Procesal Civil argentino

- Código Procesal Civil paraguayo

- Ley 1136/97 - De Adopciones del Paraguay

- Ley 1680/01 - Código de la Niñez y la Adolescencia

- http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-41.html
- http://iies.faces.ula.ve/censo90/Conceptos_definiciones_de_poblaci%C3%B3n_vivienda.html
- https://www.iberred.org/convenios-civil/protocolo-de-las-lenas-de-cooperacion-y-asistencia-jurisdiccional-en-materia-civil

- http://concepto.de/nacionalidad/#ixzz4IFsdlD5i

Ponencia 24 – Comisión 2

Título: TRANSITANDO OTROS CAMINOS III: escuchando a los niños y adolescentes en los procesos que los involucra.

Autor/es: Zulma B. Mengual

Datos y contacto autora:

ABOGADA – MEDIADORA- DOCENTE

zulmamengual@elbolson.com

"TRANSITANDO OTROS CAMINOS III: ESCUCHANDO A LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS QUE LOS INVOLUCRA"

INTRODUCCION:

A través de mi experiencia profesional he vivenciado que en los adultos todavía no se percibe la importancia de la voz de los niños y adolescentes en los procesos que los involucra. Y estos a su vez desconocen sus derechos a participar y ser oídos.

Considero que uno de los objetivos de nuestra sociedad es el de concientizar y valorizar la Mediación Familiar como uno de los pilares jurídicos de comunicación entre los miembros de la familia en conflicto.

Conocer desde otras miradas la problemática de las comunicaciones intergeneracionales colabora estratégicamente, para un acercamiento fluido y eficaz, al momento de tomar decisiones.

TEMARIO:

1-El sentido de la Mediación familiar.

2- Herramientas de Comunicación Intergeneracional.

3- Una forma constructiva de mirar a través de la escucha.

4- Participación procesal de los niños y adolescentes.-

DESARROLLO:

1-El sentido de la Mediación familiar.-

El sentido de satisfacer las necesidades de los integrantes de la familia, incluye a todos los involucrados. La mediación familiar no es simplemente el cumplir con un formato obligatorio. La Instancia es la oportunidad que tienen todas las partes de ser escuchados, y así poder tomar las decisiones más convenientes ante los conflictos antes de llegar a los estrados judiciales.

Cuando los involucrados comparten su mirada con cada uno, y se sientes escuchados. Las decisiones son relacionadas entre todos. Cada cual asume su responsabilidad y es más sencillo su cumplimiento.

El derecho de los niños y adolescentes de ser oídos es factible concretar también en esta Instancia. Ahora al momento de poner en práctica debemos asumir también como adultos responsables de cómo, cuándo y principalmente para que queremos escucharlos. Si no tenemos la respuesta del para que, debemos pensar que es lo que nos ocurre a nosotros, cual es el sentido. La simple curiosidad no abona lo positivo si no menoscaba la voz de los adolescentes.

En la práctica algunos progenitores requieren de la presencia de sus hijos y en otros casos son los propios hijos los que quieren intervenir, y en otros nadie lo requiere.

Cuando los conflictos se producen en la familia.-

Aquí debemos diferenciar las Instancias Judiciales, donde el Juez decide después de escuchar a todos los involucrados.

Y las Instancias Intra, Pre o Extra Judiciales de Mediación donde los que deciden son las personas adultas, los miembros de la familia participan aportando sus miradas y alternativas para solucionar el problema. Es ahí donde la voz de los adolescentes está presente para que puedan tener la oportunidad de realizar sus aportes.

INSTANCIAS	3° OBJETIVIO -NEUTRAL	DECISION
MEDIACION	MEDIADOR	**PROGENITORES**
JUDICIAL	JUEZ	JUEZ

INSTANCIAS	PRESENTACION	RESOLUCION
MEDIACION	VOLUNTARIA	**ACUERDO** DE LOS PARTICIPANTES

JUDICIAL	OBLIGATORIA	SENTENCIA

INSTANCIAS	PARTES	NIÑOS- ADOLESCENTES
MEDIACION	REQUIRENTE / REQUERIDO	INVOLUCRADO
JUDICIAL	ACTORA/ DEMANDA	PARTE

Cuando los temas involucran a los Niños y Adolescentes

INSTANCIAS	ESCUCHA	DCHO. A SER OIDO
MEDIACION	VOLUNTARIA	PARTICIPACION VOLUNTARIA: DIRECTA REPRESENTANTE LEGAL DEFENSOR DEL NIÑO ABOGADO DEL NIÑO
JUDICIAL	ATRIBUCION- OBLIGACION	PARTICIPACION VOLUNTARIA: DIRECTA REPRESENTANTE LEGAL DEFENSOR DEL NIÑO ABOGADO DEL NIÑO

ESCUCHAR Y OIR son dos términos con significados distintos.

La legislación ampara a los niños y adolescentes en el ejercicio de su derecho a ser oídos.

Diferenciemos oír de escuchar, por ejemplo podemos **oír** una canción, una disertación el audio de un video en un idioma que desconocemos, oímos pero no escuchamos.

Cuando **escuchamos activamente** es para entender al otro. Solo así podremos ponernos en su lugar, comprender su realidad. Empatizar positivamente con las personas.

QUE HACEMOS CON LO QUE ESCUCHAMOS?

INSTANCIAS	3°	ACCION
MEDIACION	MEDIADOR	**TRANSMITE** LOS INTERESES DE Y A LOS ADULTOS- NIÑO-

		ADOLESCENTES
JUDICIAL	JUEZ	**DECIDE** TENIENDO EN CONSIDERACION EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO- ADOLESCENTE

Aunque nos podemos encontrar con personas difíciles, con distintos tipos de conducta según el momento, el entorno, el lugar y el tiempo. Y además se puede sumar una personalidad conflictiva.

NIÑOS- ADOLESCENTES- PROGENITORES-ADULTOS

TIPOS DE CONDUCTA	CARACTERISTICAS GENERALES
LA PERSONA AGRESIVA	Es la que intimida verbalmente que tan sólo se preocupa de satisfacer sus necesidades y que frecuentemente hiere a los demás. Es la única que puede tener razón en cualquier situación y que lo único que importa son sus necesidades, recuerda a los demás continuamente lo inteligente, fuerte o importante que es.
EL DICTADOR	Es una persona capaz de ser extremadamente agresiva. Su palabra clave es «yo». Tiene una actitud dictatorial. ¡Quiere que las cosas se hagan, ahora! Necesita sentir que está totalmente al mando de cada situación y le gustaría pensar que todo el mundo es igual, pero sabe que no es así y eso le produce impaciencia e intolerancia. Puesto que dice lo que piensa sin buscar palabras suaves, puede herir a aquellos que considera «simples mortales». De hecho, no tiene mucho tiempo para las personas y está mucho más interesado en los resultados.

LA PERSONA PASIVA	Es la que tiende a sacrificarse constantemente sus necesidades por los demás Es un buen blanco para que la gente se aproveche de ella, incluso hasta los que no son agresivos por naturaleza, sufre enormemente a causa de sus sentimientos de inseguridad e inferioridad. Tiende a aceptar las críticas sin preguntarse si son justificadas o no.
LA PERSONA ASERTIVA	Es la que se preocupa de ella misma, de sus derechos y de los derechos de las otras personas. Le gusta conocer a los demás en un plano de igualdad en lugar de querer estar por encima de ellos. La persona asertiva suele ser la única de los tres tipos que acaba consiguiendo las metas que se ha propuesto.

Los niños, los adolescentes en la mediación familiar.

Cuando hablamos de conflictos en la familia el mayor obstáculo es la comunicación que los niños y adolescentes tienen con sus padres cuando estos dejan de convivir en la misma casa, muchas veces hasta ignoran lo que está pasando. Este desconocimiento los abruma llevándolos a la confusión, temor y culpa.

Los progenitores suelen subestimar la capacidad de sus hijos para entender, si bien debemos tener en consideración la edad, género y madurez en particular de cada uno, hablar con ellos con la verdad de los sentimientos y emociones que circulan en la familia, escuchar activamente sus necesidades, hacerles conocer las decisiones de los adultos, favorecemos el entendimiento y la convivencia.

Reacciones infantiles más comunes:

EDAD	REACCION
2 a 5	Confusión, fantasías, culpa regresión, miedo, ansiedad…

5 a 7	Tristeza, añoranza, sufrimiento, abandono, lealtad…
8 a 12	Vergüenza, fobias, dolencias, mala conducta, rechazo…
13 a 18	Presión, conflicto, celos, depresión, delincuencia…
18 a ….	Dependencia emocional-económica, responsabilidad y cuidado de los progenitores

Los datos no son taxativos, dependerá del contexto y las características de la familia y la personalidad de cada persona involucrada.

MEDIACIONES PRE JUDICIALES FAMILIARES (Resumen Prov. Rio Negro Argentina 2014)

TEMAS DE FAMILIA: Régimen de visitas - Tenencia -Alimentos -División sociedad conyugal- Varios temas de familia

TRAMITADAS: 5.100

SUSTANCIADAS: 3407 66%

NO SUSTANCIADAS:1778 44%

SUSTANCIADAS	cantidad	%
Con acuerdo parcial	191	6
Con acuerdo total	2238	73
Sin acuerdo	603	21
Decisión del mediador	15	0
Total	3407	

Llegan a un Acuerdo 8 de 10 Mediaciones

NO SUSTANCIADAS	cantidad	%
Desistida	388	
No mediado por decisión Requerido	382	
No mediado por decisión Requirente	187	
Incomparecencia del Requerido	819	
No mediable	2	
En tramite	275	
Total	1778	

MEDIACIONES PRE JUDICIALES CON DIFERENTES TEMAS (2007-2010)

PROPORCIONES	%
FAMILIA	69
DAÑOS Y PERJUICIOS	16
EXTRA PATRIMONIALES	7
OTROS	5
COBRO DE PESOS	2
EJECUCIONES	1

Llegan a un Acuerdo 6 de 10 Mediaciones

Estas estadísticas son un espejo de lo que sucede en el resto de las provincias argentinas, no tenemos datos más actuales, dado que todavía no se han hechos los cambios de la nueva terminología, de acuerdo al Nuevo Código Civil y Comercial, en vigencia desde el año 2015.-

Lo que es preocupante es la cantidad de mediaciones no sustanciadas, porque no asisten a la audiencia. Es esto lo que debemos trabajar para revertirlo, sensibilizar a la sociedad del sentido de la mediación y los beneficios para los involucrados. Y aquí el desafío primero, comprometernos responsablemente todos los que trabajamos para y por los niños y adolescentes.

PARA QUE sirve la voz de los adolescentes en los procesos de mediación familiar?

La escucha permite entender la interferencia de las situaciones de la vida de cada niño, en su individualidad, en sus emociones y en sus ideas.

Consecuentemente la falta de palabra derivaba en la afección a otros derechos personalísimos, el de la integridad física, espiritual y al pleno desarrollo de sus capacidades naturales.

"las problemáticas de los niños son responsabilidad de los adultos. Esto no se debe, en absoluto, a la carencia de voz de los niños (infancia) sino a la dificultad que poseen ciertos adultos para detectar, atender y dar respuesta a lo que los niños dicen incesantemente en sus diversas modalidades de expresión". Eduardo Galeano

2- HERRAMIENTAS DE COMUNICACIÓN INTERGENERACIONAL.-

COMUNICACIÓN

Existen tres problemas posibles de comunicación:

1-Discusiones que involucran varios niveles comunicativos donde se discute un problema determinado pero lo que está en juego se refiere al nivel actitudinal.

2- Discusiones “paralelas” : las partes hablan pero no se escuchan realmente.

3- Malentendidos como consecuencia de errores de interpretación.

Para evitar estos problemas y mejorar la comunicación, el mediador debe respeta los siguientes principios:

- Escuchar activamente: atender a aspectos verbales y no verbales (lenguaje corporal): solicitar explicaciones adicionales para comprender realmente lo que las partes quieren decir.
- Alentar a las personas para que hablen de sí mismas.
- Focalizar la atención en los intereses y no en las posiciones adoptadas frente al problema. Son los intereses de cada persona los que definen un problema, los cuales surgen de una combinación particular entre las necesidades, deseos y temores.

Las necesidades básicas de los humanos son:

- La seguridad
- El bienestar material
- La pertenencia
- El reconocimiento
- El control sobre la propia vida.

Ejemplos: en un caso de divorcio, un adolescente puede solicitar mucho más tiempo con uno u otro de lo que los progenitores, posiblemente en la vivienda conyugal, esto le da más seguridad y o sentido de pertenencia.

Debemos trabajar en conjunto para que exista una transformación ante escenarios distintos con toda la familia:

- Analizar el problema antes de analizar las posibles respuestas.
- Reconocer los intereses de todos los involucrados como componentes del problema.
- Pensar con vistas al futuro y no en función del pasado
- Mantener firmeza respecto al problema, pero cordialidad con las personas

La comunicación es cultura.

El ejercicio de ponerse en el lugar del otro, es difícil lograr cuando existen distintas edades, costumbres, género, emociones y aprendizajes… El abanico de posibilidades puede ser muy abarcativo o muy acotado, dependerá de los intereses de cada participante: Padres, hermanos, abuelos, tíos, los niños, adolescentes, nuevas parejas.

Los adultos somos espejo donde los niños se ven reflejados. El aprendizaje se obtiene de la imitación de las conductas. Deben saber lo que los otros sienten para saber que va a suceder.

Diles lo que quieras, pero diles la verdad…… A los niños diles las verdades. "Di a los niños lo que quieras", decía Maurice Sendak, "pero diles siempre la verdad"

Obstáculos en la comunicación intergeneracional.-

- Los ruidos que se producen a la hora de comunicarnos, en la utilización de diferentes códigos del lenguaje verbal, escrito, gestual.
- El grado de agresividad, pasividad o desorientación con las que llegan algunos de nuestros jóvenes a la consulta, a las aulas, al hogar.
- Reacciones que suelen desarrollar en su comportamiento, para confirmarse, revalorizarse, sentirse aceptado, en búsqueda de su identidad.

Generan un estado de confusión a la hora de comunicarnos eficazmente.

Propuestas que facilitan una comunicación eficaz entre las personas adultas y adolescentes:

A) Colaborar en la construcción de la comunicación efectiva;

B) Optimizar los recursos y habilidades de comunicación aprendidos;

C) Hacer conocer las herramientas y técnicas de la mediación para mejorar la relación entre las personas adultas y los niños, adolescentes y jóvenes.

D) Valorizar la importancia de la incorporación de la voz de todos en los temas que los involucra.

Cuando nos toca de hablar de conflictos solemos tomar actitudes, están podrán ser de: competir, conceder, evitar, convenir o colaborar. Dependerá de ellas cómo resolvemos.

Los jóvenes generalmente recurren a un referente adulto para que le solucionen los problemas, cuando se le acabaron los recursos. Primero abran preguntado a su pareja, amigos, compañeros, al grupo de pares.

Debemos educar para que se involucren, que decidan por sí mismos, es una forma de que puedan asumir y afrontar responsablemente el cuidado de su cuerpo, sus elecciones, sus emociones… su proyecto de vida.

3- UNA FORMA CONSTRUCTIVA DE MIRAR A TRAVÉS DE LA ESCUCHA.

Como escuchamos, hablamos - Como hablamos, escuchamos

Oportunidad de escucha.-

Es un derecho de los jóvenes poder opinar e intervenir en las decisiones, cuando los involucra. 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.

Puede oírselo en:

a- Cualquier oportunidad y tantas veces como fuera necesario

b- Siempre previamente a tomar decisiones

c- En cualquier Instancia

d- Y provisoriamente hasta tanto se produjere la mayoría de edad

De forma:

Directa: establecido el art. 12 de la Convención de derechos del Niño … Directamente oído personalmente por el Juez, teniéndolo como medio de información y no de prueba.

Por medio de un Representante legal. Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atienda su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores. Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión.

Elección de los momentos de participación directa-

El verdadero alcance de este derecho a ser oídos está representado por la participación activa en las cuestiones que les conciernen a las niñas, niños y adolescentes. Por lo tanto, el derecho a ser oídos debe quedar garantizado en todo asunto que les incumba, siempre conforme a su grado de madurez y desarrollo, y debiendo darse primacía a su autodeterminación salvo que se configure un interés contrario que válidamente justifique el apartamiento de tal manifestación de voluntad.

Este derecho a ser oído que poseen las niñas, niños y adolescentes tiene como contrapartida la obligación de la autoridad competente de escucharlos cada vez que así lo requieran y que forma parte de un abanico mucho más amplio, que es el que se les reconoce de participar activamente en el proceso que los involucra.

La preferencia del niño debe ser conocida y apreciada en el contexto general de la causa, pues si bien tal voluntad no resulta vinculante, su atención permite arribar a una solución eficaz; y debe meritarse si en virtud de su edad y madurez está en condiciones de formarse un juicio propio.

Es que, para poder determinar cuál es el superior interés de la niña, niño o adolescente deviene imprescindible contar con su opinión en cuanto sujeto de derecho que es.

En este sentido se indica que cuando niños, niñas y adolescentes participan:

1) están aprendiendo a tomar decisiones sobre su vida;

2) sienten más confianza en sí mismos, se fortalece su autoestima y su autonomía;

3) reconocen que sus opiniones son valiosas para el resto y que pueden hacer contribuciones a la sociedad;

4) fortalecen su sentimiento de pertenencia y responsabilidad;

5) pueden expresarse, pedir ayuda y estar más preparados para situaciones de riesgo;

6) desarrollan su capacidad para generar cambios, y

7) promueven una cultura democrática porque aprenden a escuchar diversos puntos de vista, pensar opciones y compartir la toma de decisiones.

En consecuencia, el axioma del interés superior se erige en la pauta rectora en materia de participación de las niñas, niños y adolescentes en los procesos que los implican, en cuanto opera como presupuesto esencial de la protección integral de sus derechos, entre ellos el derecho a ser oídos y a que su opinión sea valorada.

Cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse en cuenta la evolución de las facultades del niño. Cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior.

4- PARTICIPACIÓN PROCESAL DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.-

Intervención de los Defensores y Abogados del Niño

El abogado del niño actúa como garantía del debido proceso legal, es quién debe representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces.

Este tratamiento no sólo se refiere al derecho a ser escuchado personalmente sino que además a la participación de los representados en el proceso.

La normativa habilita la intervención del "abogado del niño", en determinados supuestos. Esta figura es una institución para la protección procesal del niño, específicamente, la canalización del derecho a ser oído a través de la asistencia directa de un letrado patrocinante, distinto del de sus padres en conflicto, prevista también en la Convención de Derechos del Niño.

La opinión del niño como sujeto de Derecho debe ser tenida en cuenta por el juez para tomar la decisión. Pero además el oírlo no debe ser un mero rito vacío de contenido.

Pero el derecho a que su opinión sea oída no implica que se decida en ese sentido.

El juez puede y debe valorar si la opinión del niño coincide con su interés. Asimismo debe establecerse un sistema para asegurar que el niño es informado de la decisión en cuanto sea adoptada.

Si el niño ha participado, la decisión no le tomará por sorpresa. Cuando los niños sienten que han sido escuchados, entendidos y respetados, puede resultarles más fácil aceptar una decisión, incluso si se oponen a ella inicialmente.

PROPUESTAS:

Estos temas merecen el debate y el intercambio permanente, haciendo hincapié en que a nosotros los adultos y especialmente quienes trabajamos con y para la infancia debe guiarnos una premisa básica, a modo de imperativo ético.

Este debe ser el de proteger a los niños, fundamental mente, de la segregación, el desamparo, las injusticias, el maltrato, los abusos, defendiendo sus derechos como personas, como sujetos, como seres humanos, merecedores de un sano y armonioso desarrollo, de una vida digna, frente a nuevos paradigmas y otros contextos

Para que la incorporación de la voz de los niños y adolescentes sea nuestra inspiración y sostén: **necesitamos escuchar…**

Ponencia 25 – Comisión 2

Título: La recepción de institutos sanadores en el nuevo Código Civil Argentino en relación a derechos que hacen a la identidad de las personas: la adopción integrativa y el cambio de nombre por petición de niños y jóvenes.

Autor/es: María Teresa Hube

Contacto:

Dirección: Azcuénaga 268 - C.P. 8430 – Localidad de El Bolsón, Provincia de Río Negro, Argentina

Teléfono: 0294 15 4 954087 celular y fijo 0294 492580

LA RECEPCIÓN DE INSTITUTOS SANADORES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL ARGENTINO EN RELACIÓN A DERECHOS QUE HACEN A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS: LA ADOPCIÓN INTEGRATIVA Y EL CAMBIO DE NOMBRE POR PETICIÓN DE NIÑOS Y JÓVENES.

SUMARIO: Trataremos de plasmar algunas reflexiones acerca de novedades en el reformado Código Civil y Comercial Argentino, en relación al instituto de la adopción y más precisamente acerca de la adopción integrativa, como asimismo indagar respecto de las causas que motivan, desde la perspectiva de Niños, Niñas y Adolescentes (NNA), la aceptación de esta modalidad familiar, centrada a nuestro criterio, en una necesidad reparadora del abandono –en la mayoría de los casos-, lo que también observamos en supuestos de petición de cambio de nombre, con un breve pantallazo sobre la nueva concepción de capacidad de las personas.

Así, desde un hecho concreto, como lo es la adopción integrativa y las peticiones de cambio de nombre, intentaremos expresar lo que nos ha llegado como un convencimiento, cuál es la necesidad de satisfacción de reparación de derechos conculcados, todo ello dentro del concepto de identidad, esto es, cómo nos observamos a nosotros mismos y qué entendemos que somos, como una expresión de derecho personalísimo, con nuestras capacidades a pleno.

<u>BREVE SINTESIS DE LA PROPUESTA</u>: en relación a la ponencia que propiciamos, entendemos que se podría proponer, en consonancia con la normativa actual del CCCN argentino, el especial cuidado en las escuelas respecto al uso de los nombres sin atender a los apellidos para evitar situaciones de agresión a niños o niñas, y procedimientos específicos que no resulten dilatorios del trámite, como pueden serlo el libramiento de oficios al Banco Central para supuestamente resguardar los derechos de acreedores (en el proceso de cambio de nombre) y la indicación expresa legislativa de considerarse innecesario el llamado al progenitor que ha hecho abandono de sus responsabilidades parentales por períodos prolongados, en las peticiones de adopción integrativa.

Ponencia 26 – Comisión 2

Título: Procesos en el ámbito judicial de las familias de Tucumán

Autor/es: Carlos Acuña

Datos y contacto autor:

APELLIDO Y NOMBRE : ACUÑA CARLOS ANTONIO
DIRECCION: CALLE LAPRIDA N° 176 DPTO 71 SAN MIGUEL DE TUCUMAN -ARGENTINA
TEL 3816818277
DIRECCION DE CORREO : maxi1202010@gmail.com

EL NUEVO RÉGIMEN PROCESAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA Y EL IMPACTO EN NUESTRO CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE LA PROVINCIA DE TUCUMÁN. EL ROL DEL JUEZ EN ESTE NUEVO MARCO NORMATIVO.

RESUMEN

La ponencia que se presenta, parte de la siguiente premisa: la necesidad de la adecuación de las normas procesales de nuestra provincia a la legislación nacional y la actuación del Juez de familia en el proceso. Pensar en el procedimiento actual en el ámbito judicial en las cuestiones de familia implica analizar dos variables trascendentales: por un lado, la modificación producida en la normativa nacional de Argentina con el nuevo Bodigo Civil Comercial y la internacionalización, o globalización, de los derechos humanos, y por otro, la transformación y aumento de litigiosidad que en el presente sufren los juzgados de Familia, indudablemente ligada a la primera. Estos hechos han provocado, a su vez, la re formulación de los principios procesales del derecho familiar y partiendo de la base de que todo el procedimiento civil ha recibido importantes innovaciones que tienen que ver con la moralidad, la inmediación y el activismo de los magistrados durante el proceso, considero que nos enfrentamos a un gran desafió El cambio en la legislación Nacional y en la función jurisdiccional el derecho de familia en nuestro país fruto de leyes que iniciaron la transformación en el derecho de familia y que se consolidó con la incorporación al texto constitucional de principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos, (2) y se profundizó en la actualidad con el reconocimiento de derechos que garantizan y resguardan la

diversidad y las nuevas relaciones de familia. En la actualidad estos encuentros sirven para comparar la función jurisdiccional actual en latinoamericana y que nos resta hacer en el ámbito nacional.

PALABRAS PRELIMINARES

Este trabajo busca mostrar en este Congreso Internacional nuestra realidad provinciana del norte de la República Argentina desde la implementación del nuevo Código Civil y Comercial vigente desde agosto de 2015 y nuestra legislación de forma local, poniendo a consideración de los presentes nuestras dudas y propuestas para lograr mayor efectividad en la resolución de los conflictos del Derecho de Familia en latinoamericano.

Cada época histórica tiene diverso contenido social, cultural y económico, ello nos posiciona en repensar las instituciones procesales dispuestas para la realización del derecho en el afán de lograr respuestas dotadas de mayor eficiencia. La finalidad sera desentrañar cuál es el paradigma actual de la sociedad y en base a ello establecer cómo debe llevarse adelante el proceso sobre las cuestiones de familia en nuestra provincia.

Intento plasmar una mirada crítica a la legislación local y su coincidencia o no con el nuevo Código Civil que incorpora la noción de proceso de familia. Buscaré poner en evidencia la singular integración de las normas sustanciales y adjetivas que se producen en la tutela efectiva del derecho de familia. Para ello resulta ineludible referirnos a los principios procesales que según considero deben ser tenidos en cuenta por el juez tanto para dictar medidas protectoras de derechos antes de la sentencia de fondo o una vez dictada la misma.

Corresponde establecer los lineamientos procesales en el derecho de familia en el nuevo Código Civil y la adecuación de la legislación procesal de nuestro Código Procesal local, para una mayor efectividad en la resolución de conflictos, identificando las pautas mínimas que deben contener los modelos procesales provinciales para el fuero de Familia y la comparación con nuestra ley de fondo.-

INTRODUCCION

Si tenemos en cuenta que el nuevo Código Civil y Comercial impone una reforma integral del derecho privado y ajusta la normativa a mandatos constitucionales a partir de lo que se ha llamado la «constitucionalización del derecho de familia». Al hacerlo, estimo, que se adoptaron posiciones reclamadas por la doctrina y jurisprudencia con anterioridad.

En consecuencia, el abordaje de éste trabajo lleva a transitar desde el derecho sustancial hacia el derecho formal. Como sabemos los códigos de fondo en la materia familiar siempre han contenido en su texto normas adjetivas (1). Esta forma se refuerza a partir de la necesidad de asegurar el ejercicio efectivo de los derechos a partir de la impronta que marca el bloque constitucional (art. 75, inc. 22, CN).-

Las normas procesales no se encuentran ubicadas exclusivamente en los códigos de procedimiento y en las leyes de organización y competencia de los órganos judiciales. También las hay en la Constitución Nacional, en las constituciones provinciales, en los códigos de fondo a que se refiere el art. 67 inc.11º de la Constitución Nacional y en los ordenamientos jurídicos nacionales y provinciales de diversa índole» (2).

Se entiende que, de conformidad al sistema federal adoptado por la Constitución, la atribución de regular el procedimiento pertenece en principio a las legislaturas provinciales en virtud del texto de los arts. 67 inc. 12, 5, 7 y 121 CN.-

No obstante, «las facultades de las provincias para legislar en materia procesal deben ser entendidas sin perjuicio de las normas de ese carácter que puede dictar el Congreso con el fin de asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo» (3). Por ello «el poder de las provincias no es absoluto pues tampoco cabe desconocer las facultades del Congreso para dictar normas procesales cuando sea pertinente asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo» y «existe un vasto sector de normas procesales cuya sanción no podía reconocerse a cada una de las provincias sin riesgo de desnaturalizar instituciones propias del |denominado derecho substancial o material» aunque alerta sobre la dificultad de trazar una neta línea divisoria (4).En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que «si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimiento, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar».-.

El Código Civil y Comercial fija de manera sistematizada las pautas que han de regir el procedimiento familiar; reconoce de esa manera la existencia de un derecho procesal de familia, cuya autonomía científica y legislativa ya no se discute, lo que será aplicable en todo el territorio de la Nación.

Considero que el derecho sustancial familiar requiere que se respeten las directivas que se fijan como patrones ineludibles que se deben seguir en el proceso.-

EL PROCESO DE FAMILIA EN NUESTRO CODIGO PROCESAL CIVIL DE LA PROVINCIA DE TUCUMAN

Quedo establecido que no existe obstáculo constitucional para que, en consonancia con la necesidad de reconocer los perfiles propios del conflicto familiar que llega a los tribunales, el proyecto incorpore disposiciones referidas a los procesos de familia.

La inclusión sistematizada de normas de naturaleza adjetiva, encuentra su antecedente más próximo en el proyecto de Código unificado de 1998, aunque este se limitaba a destacar los caracteres específicos de las acciones de estado y los efectos de las sentencias (6).

Considero que si el nuevo Código Civil respeta las facultades reservadas a las provincias por lo que se abstiene de imponer formas organizativas para los tribunales, las que serán decididas por las autoridades locales (arts. 5 y 31 CN); no se indica un «tipo o sistema» procesal, lo que se refiere al diseño legal y a la organización de los tribunales, sino que se establecen principios generales que han de iluminar la regulación adjetiva del litigio de familia y su práctica; estas se dirigen al juez y al legislador.

Ello por cuanto la importancia de las formas procesales tiene como resultado la efectividad de la tutela judicial. Es una aspiración lograr soluciones para la comunidad ya sea desde el derecho positivo o la jurisprudencia, se ambiciona resolver de manera rápida y adecuada los conflictos llevados a la jurisdicción. con ese fin el Derecho Procesal ha realizado diversos aportes para un modelo más adecuado para dirimir los litigios de familia.

Otro tópico a tratar es la actuación del Juez cuál es el papel que desempeña dentro del nuevo código civil, el legislador ha impuesto normas de derecho de familia en forma de valores, y uno de esos valores es la solidaridad, por lo que la “voluntad obligante” ya no se sitúa sólo en el campo de la moral individual, sino que impone positivamente al juez para que haga cumplir “las promesas” e imperios que redactó el legislador. Entonces, se le pedirá al juez que no vea a los otros seres humanos como individuos funcionales a un grupo social determinado, sino que los vea como personas individuales nutridas de valores humanos que deben ser reconocidos. Cuando éste tenga frente a él una persona vulnerable socialmente, el juez no debería ver sólo las carencias de las personas, sino más bien lo mucho que tiene en potencialidad de valor humano. Para promover esta concepción de la responsabilidad solidaria Es en el ámbito de la doctrina donde encontramos interesantes aportes para un análisis de los rasgos de la responsabilidad judicial: la afirmación de Aída Kemelmajer de Carlucci “...es ético que el juez asuma un rol docente” esto ha de ser visto concatenado con otro de los rasgos de la responsabilidad judicial que es la de incrementar los horizontes de “confianza social”. (1)

Al respecto se afirma que más allá de los lineamientos clásicos de los estudios tradicionales,“...la estructura de la institución judicial puede ser considerada como un cuerpo de arreglos, restricciones e incentivos, cuya finalidad explícita es la de resolver contenciosos, mientras que

implícitamente su función se dirige a incrementar los niveles de confianza social, para disminuir los costos de transacción. Si aceptamos este punto de vista, los jueces cumplirían con esta función, es decir, la de ser promotores de la confianza colectiva mediante el cumplimiento de tareas.

Lo antes expuesto se corresponde con la tutela judicial efectiva, que encuentra reconocimiento en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Comprende la garantía de acceso a la justicia y se complementa con los principios de concentración y celeridad, que derivan del principio de economía procesal, aspecto también vinculado a la necesaria disminución de los gastos del proceso. Implica la existencia de un juez independiente, imparcial y pre constituido por la ley (art. 18 CN), con respeto del derecho de defensa en igualdad de oportunidades que la contraria (art. 16 CN) y que culmine con una sentencia razonablemente fundada (conf. art. 3 del proyecto) dictada en un plazo razonable. Asimismo, la noción alude a las herramientas procesales necesarias y proporcionadas para garantizar el efectivo cumplimiento de las resoluciones judiciales (17).Este nuevo Código incluye la mayor cantidad de disposiciones de naturaleza procesal en la regulación de las relaciones de familia, ámbito donde el interés publico involucrado exige efectividad.

Reconoce la necesidad de una tutela diferenciada de la materia, detalla los principios generales que deben regir en esos procesos (Art. 706 y cc del Código Civil.). Los regímenes locales deben adecuarse a las nuevas disposiciones del Código Civil, ya que si bien la regulación procesal corresponde a las legislaturas provinciales, en virtud del art. 5 y 121 de la C.N., las facultades de las provincias debe ser entendida sin perjuicio de las normas que de ese carácter pueda dictar el Congreso de la Nación con la finalidad de asegurar los derechos que establece la legislación de fondo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido de modo Invariable desde el precedente "Bernabé Correa del año 1923 "que ello no debe considerarse una avance sobre la autonomías provinciales pues el poder de las provincia no es absoluto y el Congreso cuenta con facultades para dictar normas procesales cuando sea pertinente asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo…" (2)

Se ha sostenido con acertado criterio que la inclusión de normas adjetivas en la ley sustancial opera como elemento unificador para tratarlas cuestiones de familia.

Cada provincia tiene dispares sistemas procesales para dirimir los conflictos de familia, así en algunas existen tribunales especializados, en algunas el proceso es oral y en otros predomina el procedimiento escrito; alguna con instancias única, otras estructuran procesos con dos instancias, la primera unipersonal y la segunda colegiada como ocurre en nuestra provincia de Tucumán.

Al inicio de la tarea adelante que eran dos las cuestiones a tratar en este trabajo la correspondencia de nuestro digesto procesal con el nuevo Código Civil en el proceso de familia.

La regulación actual de nuestro digesto local impone la necesidad de cambio, reforma.

La otra cuestión se plasmaba en el papel del Juez de Familia en este nuevo escenario que dejo instalado la reforma del Código Civil y Comercial. -

(2). CSJN 2/11/1953LL 74-116 “Los códigos de fondo pueden incluir disposiciones procesales tendientes a asegurar el mejor cumplimiento de las figuras por ellos regulados”.-

DESARROLLO

Los nuevos paradigmas del proceso de familia

El derecho de familia tiene como función determinar la estructura de la familia y su organización, valoración flexible a la luz de los nuevos tiempos. Las normas jurídicas contemporáneas relativas al tema surgen de los textos constitucionales que ensancho la protección de nuevos derechos humanos y la re dimensión de otros, esto se traduce en el Art. 14 bis de la Constitución Nacional (“protección integral de la familia”, la que se complementa con los tratados internacionales y el nuevo Código Civil y Comercial.

La trascendencia que el tema procesal adquiere en el derecho de familia se torna evidente cuando verificamos que numerosos aspectos relativos al trámite de las causas o a la manera de evaluar la prueba resultan consagrado en normas de fondo y de forma.

Si partimos que sistema procesal es el conjunto de reglas que enlazadas entre si hacen al modo de administrar justicia. Su elección depende de la materia cuya actuación jurisdiccional se pretende y los principios y fines que rigen un procedimiento. Augusto Morello destacó la importancia para la disciplina de hacer ciencia útil, cuestionaba el excesivo rigor de las formas, un Juez inmóvil y distante o una interpretación que lo vacíe de contenido, lesionando el adecuado servicio de justicia…. reclamaba que los estudios del derecho procesal dejaran la preocupación por el diseño del modelo que reemplace al que se halla en uso, proponiendo superar la sobredosis de galantismo y ritos complacientes para acuñar un rostro más humano , sensible y realista de la justicia. (5)

En materia de Derecho de Familia, el sistema procesal que prevalezca se debe ajustar a sus principios. Trataré de mostrar la urgencia de la creación de un digesto procesal en materia de

familia para nuestra provincia. Ello por cuanto el conflicto familiar tiene peculiaridades que requieren un abordaje distinto al resto de las cuestiones civiles , ////

5.- Morello Augusto “Derecho Procesal y Derecho Procesal” E. D 1079

y el medio de actuación que se elija para la realización de los actos procesales responderá a una verdadera tutela jurídica.

El nuevo código civil siguiendo la senda iniciada por el proyecto unificado de 1998, profundiza la idea al establecer las bases que rigen el proceso de familia en todo el territorio de la Nación. En su estructura y con buen criterio el método lógico, el nuevo digesto inicia el tratamiento en el libro II titulo VIII, con la enunciación de los principios y reglas generales (capitulo I), la acciones de estado (capitulo II) reglas de competencia (capitulo III) y medidas provisionales (capitulo IV).-

Ahora bien, debemos comparar el nuevo ordenamiento jurídico Nacional o Federal que exige una tutela judicial efectiva y que haga operativo el derecho de fondo, correlacionado con nuestras normas procesales locales para determinar la viabilidad del dictado de una sentencia que resuelva con justicia los conflictos familiares en el menor tiempo posible. (6)

El otro tópico es que el nuevo código ha consagrado un activismo judicial a lo largo de todo el articulado dejando en cabeza del Juez el deber de asegurar la tutela efectiva de los derechos integrados por la Constitución Nacional, los tratados Internacionales y las normas infraconstitucionales. Dicho activismo se traduce en las disposiciones relativas a los procesos de familia, lo que se corresponde con el interés público comprometido.

Así vemos como el art. 1 del nuevo Código Civil ha consagrado la aplicación tópica de razonamiento jurídico en la interpretación y aplicación de la ley, concepción esta que es superadora el método exegético y que deja en manos del Juez interpretar la ley al plexo de constitucionalidad, ello ayuda a la tutela judicial efectiva.

6-Marinoni Luiz “Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva “Ed Palestra Lima “007. pag 234

Considero que éste código ha puesto en la persona del Juzgador el deber de velar por la tutela efectiva de los derechos y encuentra ese rol más acentuado en el proceso de familia. Entiendo que en este ámbito, las decisiones involucran a personas vulnerables por la edad, el género, por restricciones de capacidad, por situaciones de violencia.-

Por ello se incluyen numerosas disposiciones que buscan asegurar la igualdad real, con normas especificas para la tutela de los vulnerables. Una finalidad de este trabajo es alentar a que los jueces de familia garanticen el acceso a la justicia en el derecho familiar, siguiendo los lineamientos del Preámbulo, la Convención de los Derechos del Niño reconoce a la familia como “...grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños...”, comprometiendo luego a todos los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, de conformidad con la ley sin injerencias

ilícitas, incluyendo particularmente en ese concepto el respeto por las relaciones familiares (art. 8). (7)

"...En similar orientación se inscribe la reciente ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que incluyó en el derecho a la identidad de sus sujetos (art. 11), los derechos a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley y a crecer y desarrollarse en su familia de origen...". (7).

Así se puede decir sin lugar a dudas que para la efectividad de la justicia de Familia se debe analizar no solo las normas procesales adecuadas sino también de todo el derecho que permita la operatividad cabal del derecho sustancial Este trabajo pretende establecer con sentido crítico las modificaciones que nuestro digesto local debe adecuar a la luz del nuevo código civil y el rol del Juez.

Pensar en el rol que en la actualidad está llamado a cumplir un juez de familia implica analizar dos variables: por un lado, la modificación producida en la normativa nacional a partir de la internacionalización, de los derechos humanos, y por otro, //////////////////////

7.-Cámara Nacional de Casación Penal, sala III, "E. A. K. s/ recurso de casación", 27/11/2006. Graciela del Valle Ariza 168.-

la transformación y aumento de litigiosidad que en el presente sufren los Juzgados de Familia en nuestra region, indudablemente ligada a la primera.

Con relación a estos, y partiendo de la base de que todo el procedimiento civil ha recibido importantes innovaciones que tienen que ver con la oralidad, la inmediación y el activismo de los magistrados durante el proceso, entendemos que los jueces de familia se enfrentan a un desafío mayor: el de constituirse en jueces de los derechos humanos de ciertas personas en situación de vulnerabilidad social. Considero que por la manda constitucional-convencional, este nuevo y necesario texto debía tomar todos los avances y desarrollo que se ha venido dando en el campo de los Derechos Humanos, el cual ha interpelado de manera profunda la legislación civil actual, a tal punto de presionar una nueva normativa integral y sistemática. El principio de igualdad y no discriminación, el principio de libertad e intimidad, el principio de realidad, el reconocimiento de diversas formas de vivir en familia, el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, el derecho a vivir en familia, el principio de solidaridad familiar y todo ello, buscando la protección al más débil y junto a ello, la obligada perspectiva de género ya que en muchas ocasiones, las más débiles son las mujeres que tras la ruptura de la pareja se quedan totalmente desamparadas. En ese marco, cuáles son los principales cambios que propone el nuevo Código, esto es lo que se pretende sintetizar en el próximo punto. La forma en que estos se plasman en su especialidad y cómo cambian o mejoran, la vida de las personas. Tal como quedo establecido en las diversas charlas en el desarrollo del cursado, quedo plasmado las diversas modificaciones como ser: se regulan diferentes formas de vivir como ser las parejas no se casan que en el nuevo Código llamadas "uniones convivenciales" así el elemento central de este tipo de relaciones afectiva: la convivencia. Veamos, en la actualidad, diferentes leyes especiales regulan estas uniones de manera

parcial (por ej., derecho a pensión, a continuar la locación urbana, a tomar medidas en los casos de violencia familiar etc); estas leyes implican que el legislador reconoce este tipo de uniones familiares. En cualquier caso, la ley debe ser una herramienta que, fundado en el principio de solidaridad, respete la autonomía y, al mismo tiempo, proteja a los más vulnerables para acercarse, de este modo, a la igualdad real.

Ahora bien como impacta las reformas expresadas en la legislación local y como ayuda nuestro digesto procesal a que se torne operativo el nuevo código es lo que pretendo mostrar en estas líneas.

El impulso normativo de los textos constitucionales desde el año 1994 fue generando en nuestro país nuevas interpretaciones de los textos procesales a la luz del nuevo bloque de constitucionalidad, como también reformas procesales y organización judicial. Así, por ejemplo las cien reglas de Brasilia establecen recomendaciones en ese sentido destinado a operadores del sistema judicial en cuestiones que involucran a personas vulnerables por su edad, genero, estado físico, circunstancias económicas, sociales que resultan aplicables a los procesos de familia (8).

A ello se debe sumar las pautas establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Convención sobre los derechos del niño, que con la finalidad de favorecer una tutela efectiva, han elaborado nuevos institutos procesales aplicables tanto a procesos civiles en general como al proceso de familia, Así tenemos como por ejemplo la tutela anticipada, la medida autosatifactiva, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas,etc. Estos institutos persiguen adecuar el proceso Civil a las nuevas exigencias constitucionales de tutelas judiciales, que debe ser oportuna y en algunos casos preventiva, sin embargo estos nuevos institutos no se encuentran en la mayoría de los códigos de las provincias.

Siguiendo el propósito de este trabajo se analizara los diferentes institutos procesales que buscan asegurar una tutela efectiva y si existe correspondencia con las normas de nuestro digesto procesal local.

8. Regla 35 de las 100 reglas de Brasilia de acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad. Elaborado por XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008.

Como primer paso en esta tarea corresponde analizar el código procesal para la Justicia de familia vigente en la ciudad autónoma de Buenos Aires. Este código constituye un conjunto normativo orgánico y auto suficiente que pretende servir de modelo para la necesaria compatibilización de los textos procesales locales con el régimen del Código Civil de la Nación.

En el título preliminar el citado cuerpo legal enuncia los principios generales y el sistema procesal adoptado para las cuestiones de familia integrándolo con las normas del C.C.C.N. Consta de tres libros: El libro I llamado parte general regula los institutos procesales aplicables, el libro II o parte especial establece el tramite de tres tipos de procesos: ordinario, extraordinario y urgente, siendo el juez el que determina el tramite aplicable, el libro III regula procesos especiales (autorizaciones

judiciales, alimentos, divorcios, filiación, protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, violencia familiar, adopción, etc.) Conforme se propuso en esta tarea veremos de relacionar las formas con la efectividad de la justicia en familia y enunciaremos los institutos idóneos vigentes y si nuestro Código Procesal Civil contiene alguna similitud.

Sabido es que para la efectividad de la justicia necesitamos tener a mano herramientas idóneas, partiendo en primer lugar de los fundamentos de la Comisión Redactora, quienes ponen en primer lugar la tutela judicial efectiva, que comprende el acceso a la justicia, el de economía procesal y el de celeridad procesal, recogiendo el valor y entidad que se otorga estos principios con las 100 reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad.-

El nuevo Código en su titulo VIII titulado Procesos de Familia establece en primer lugar que su aplicación será en los procesos en materia de Familia, sin perjuicio de lo que la ley disponga en casos específicos Seguidamente establece los principios generales de tutela judicial efectiva, esto es inmediación, buena fe, y lealtad procesal oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Como resultado de los cambios normativos y prácticas jurisdiccionales que venimos refiriendo, algunos de los importantes principios procesales del derecho de familia deben también resignificarse.

Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. En el sentido de obtener una rápida y eficaz respuesta de parte del órgano jurisdiccional, acorde con la petición formulada. A modo de ejemplo, podemos mencionar las medidas cautelares —imaginemos un pedido de restitución de un hijo en cumplimiento de una sentencia—, o las autosatisfactivas —pensemos en las medidas de protección contra la violencia familiar—, que en ocasiones no reciben en un tiempo razonable un pronunciamiento jurisdiccional adecuado —ya sea haciendo lugar o rechazando la petición. Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

Con relación a la participación en el proceso el Art. 707 establece: en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

El Art. 708. Refiere al acceso limitado al expediente. El acceso al expediente en los procesos de familia está limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso. El Art. 709 dispone el Principio de oficiosidad a cargo del Juez quien puede ordenar pruebas oficiosamente. También se establece que no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

Con relación a la prueba, el Art. 710 establece el principio de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar. Además se determina que los testigos, los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos. También se faculta al Juez para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados.

Teniendo en cuenta la fase del proceso que se vinculan con la tutela efectiva judicial, corresponde determinar en primer lugar:

El acceso a la justicia: se consagra el principio de gratuidad en toda cuestión de familia, como ser la obtención del beneficio de litigar sin gastos lo que se corresponde con la ley Provincial nº 6314). Considero que el acceso a la Justicia de las personas que pretenden efectivizar sus derechos familiares, como un derecho fundamental e indispensable en un Estado democrático de derecho. Sin ello este derecho fundamental, que debe ser garantizado por el Estado, ninguno de los principios de derechos humanos que rigen las relaciones de familia tendría plena vigencia. El acceso a la Justicia refiere al menos tres representaciones: Como el derecho a que se garantice la proximidad geográfica del órgano judicial, mediante la creación de juzgados en barrios o lugares alejados de las cabeceras departamentales. La cercanía del juez de familia facilita no solo el acceso de los justiciables a la sede del juzgado, sino también la interrelación de aquel con los distintos efectores involucrados en las diversas problemáticas familiares. Habrá de tenerse en cuenta la necesidad del contacto personal que el juez debe mantener con niños, niñas y adolescentes —muchas veces alojados en ámbitos alternativos a su hogar— y con personas internadas por patologías psiquiátricas. Será indispensable también la creación de defensorías oficiales que garanticen el patrocinio letrado a quienes no pueden costear los gastos de un abogado particular.

La asistencia letrada gratuita a través de Defensorias Oficiales que cumplan con el acceso igualitario a las Jurisdicciones y a la defensa idónea, todo ello conforme al art. 35 y 36 del C.C.C.N en materia de restricción a la capacidad. Ello también se plasma en la Ley Orgánica de Tribunales que estableció la creación de Defensorías Oficiales para asistir a las personas carentes de recursos económicos. Las mismas a la fecha resultan insuficientes para atender ante la creciente demanda. El debido proceso requiere que la posibilidad de acceder de la justicia sea real y efectiva y no puramente declarativa. El objetivo final ha de ser la implementación de un sistema de asistencia jurídica integral, una verdadera cobertura de seguridad social (8)

El código Civil regula las reglas de competencias relativas al proceso de familia, adoptando como elemento fundamental el “Centro de vida” como pautas de competencia territorial en los procesos en que se deciden derechos de niños, niñas y adolescentes (guarda, custodia, alimentos, etc.). El código Procesal de la Ciudad Autónoma (C.P.M.F) precisa que a los efectos de la competencia, la expresión centro de vida se refiere a personas menores de edad con capacidad restringida o incapaces.

También se tiene en cuenta que el Juez que intervino en medidas preliminares en el proceso de familia debe seguir en todos los conflictos que deriven de la cuestión a resolver; con la finalidad de evitar la división del tratamiento en cuestiones conexas y favorecer la celeridad de las medidas.

Nuestro Código Procesal de Tucumán no tiene una rama especifica, solo establece en general las reglas de competencia. Otro elemento a considerar es el deber de saneamiento depositado en manos del juez, quien debe señalar previamente los defectos u omisiones y ordenar que se subsanen dentro de un plazo legal. Así también la tarea de juez en la reconstrucción de postulaciones que constituyen una aplicación del principio iura novit curia, indicando al litigante la aplicación correcta del derecho en lugar de rechazar la presentación, es decir indicar la aplicación normativa procesal adecuada para lograr una solución justa.-

8 De Lazzari Eduardo "Caraterísticas del debido Proceso" Rubinzal Culzoni 2005 Pag 62/65

El código también establece la flexibilidad de las formas para evitar excesos rituales que demoren la acción en la justicia sin violentar el debido proceso. El nuevo código modelo dispone la oralidad para los procesos de familia, sobretodo en las audiencias con filiación de lo allí acontecido buscando la mayor efectividad de la prueba e impidiendo la revictimizacion del menor; el acceso limitado del expediente a las partes, a los letrados y a los auxiliares designados. En nuestro digesto local encontramos normas que regulan estas situaciones como se vera a continuación.

El sistema procesal en el derecho de familia debe ser oral o escrito, las ventajas de la oralidad implica una comunicación directa entre el Juez y las partes. En la actualidad en nuestra provincia en el Art. 400 del digesto de forma dispone un tramite sumarisimo para las cuestiones de fijación de alimentos, reducción de alimentos, régimen de visitas de menores e incapaces, autorización para contraer matrimonio, etc. fijando el traslado de la demanda y una audiencia ante la presencia del Juez, es decir un método mixto oral y escrito pues el actor inicia la acción con una demanda y el accionado contesta en la audiencia en forma oral y ofrece las pruebas de las que intenta valerse. Sin embargo el Art. 402 dispone que la no concurrencia a la audiencia del actor se tiene por desistida la acción. En este punto considero que se debe modificar la sanción en cuestiones de familia (no patrimoniales) otorgando al órgano juzgador la posibilidad de evaluar la urgencia de la demanda.

También se debe considerar la especialización y la multidisciplina que determina que los jueces ante los cuales se tramitan las causas de familia deben ser especializados y contar con un apoyo

multidisciplinario. Los elementos emocionales, psicológicos que involucran todo el conflicto familiar hacen necesaria la especialización jurídica en el tratamiento de dichas cuestione, dotando al juzgador de la información ajena a la ciencia jurídica a través de asistencia de trabajadores sociales, psicólogos, sociólogos, etc.

Las 100 Reglas de Brasilia, ya citadas, contienen principios esenciales relativos a la participación en el proceso judicial de "aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico", e instan: "Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares". (9)

Las materias relativas a violencia de género, salud mental y niños con derechos vulnerados —que representan el mayor cúmulo de causas en trámite en los juzgados de familia—, sumadas a las que comprenden a personas que por su condición social o económica se encuentran en "especiales dificultades" para acceder a la justicia, constituyen un porcentaje muy elevado dentro de la totalidad de los conflictos que debe resolver un juez de familia. De modo que estos principios resultan de estricta aplicación a las reglas procesales del derecho familiar.

Analizando los principios veremos que para su implementación nuestro código procesal trabaja con una estructura obsoleta en materia de familia. En el se asienta el absoluto señorío y poder dispositivo del justiciable sobre el objeto litigioso Siguiendo lo que en doctrina se llamo el proceso civil inquisidor, donde prevalece la no intervención del Juez de oficio, la no posibilidad de resolver extra petita y ultra petita, juzgando según lo alegado y probado por las partes.

Considero que evidentemente los principios que rigen el proceso son los presupuestos políticos de un tiempo y lugar determinado que imponen la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera.

En nuestro digesto prevalece el principio dispositivo a pesar de lo que dispone el Art. 30 que impone a los jueces la dirección del proceso y se lo faculta a realizar todos los actos tendientes a obtener mayor rapidez y economía en su desarrollo. Sin embargo la actuación del Juez no puede vulnerar la igualdad de las partes del proceso ni afectar la legitima defensa de cada una, cabe preguntarnos si en los casos de familia donde el conflicto en torno a niños, niñas y adolescentes en virtud del interés superior del niño, el juez puede romper las garantías procesales, no excite una norma que lo faculte a ello. Ello producto de la tendencia publicista que exige del Juez un rol protagónico, siendo la contienda un fenómeno social y no una cuestión privada.

Vemos que el principio dispositivo que rige el contexto del proceso civil impone que sean las partes las que determinan el thema decidendum del litigio sometido a decisión del Juez, el cual debe limitar su pronunciamiento a lo que ha sido materia de litigio. Esta normativa no se corresponde con el Art. 708/709 del C.C.C.N. en los procesos de familia donde el Juez debe resolver lo que sea mejor para los más vulnerables apartándose si es necesario del objeto de las partes.(10).

Otra cuestión a tener presente es la valoración de la prueba, en el Art. 40 del digesto procesal local, se establece que el Juez valorara la prueba con los principios de la sana crítica. Esto se encuentra en correlación con el Art. 710 del Código Civil y Comercial. Sumado a ello nuestro Código Procesal Civil en el art 243 expresa que deducida la acción de separación personal ,divorcio o nulidad de matrimonio o antes de ella, en caso de urgencia el juez decidir si alguno de los conyugues debe retirarse del hogar o ser reintegrado a él, o determinar la guarda de los menores o fijar los alimentos provisorios.

Estas medidas se enmarcan dentro de las medidas cautelares en general, en las que se busca la protección de personas. Ello a diferencia de la ley 24417 de protección a la violencia familiar que con criterio mas amplio dispone que toda persona que sufriere las lesiones o maltrato físico por parte de algunos de los integrantes pueda denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez de familia y solicitar medidas cautelares. El Art. 244 de nuestro digesto prevé que las medidas serán adoptadas previa ratificación del peticionante y audiencia de los interesados. En caso de circunstancia grave y urgente sumariamente acreditadas podrán dictarse sin audiencia.

En esta cuestión nuestro digesto local adolece de soluciones más expeditas, que busquen la total protección del grupo familia.

10 D¨Albano Torres Patricia Ines “estudio del nuevo Código Familia y Sucesiones Año 2015 pag 226/227

Sabedores que nuestra sociedad tucumana ha cambiado en los últimos quince años, la mirada al problema de la violencia de género comenzó una lenta gestación de apertura y busca de soluciones.

Para ello fue necesario la construcción de mecanismos concretos de transformación para remover los obstáculos que las mujeres pudieran encontrar para acceder a justicia en una materia especialmente sensible como la violencia en el ámbito familiar o de las relaciones interpersonales, a través de la creación de la Oficina de Violencia Doméstica que depende del Poder Judicial de Tucumán (Acordada nº 810/2009).-

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A los fines de cerrar el tema traído a consideración del auditorio me permito formular las siguientes propuestas:

1) Pensar en el rol que en la actualidad está llamado a cumplir los Códigos Procesales en materia de familia implica analizar la normativa nacional de cada país a partir de la internacionalización,de los derechos humanos, y la adecuación de los códigos procesales locales.

2) La realidad actual ha provocado, a su vez, la re formulación de los principios procesales del derecho de familia. Con relación a estos y como ya se explico partiendo de la base de que todo el procedimiento civil ha recibido importantes innovaciones que tienen que ver con la oralidad, la inmediación y el activismo de los magistrados durante el proceso.-

3) En el fuero de familia en cualquier region, el Juez enfrenta un desafío mayor: el de constituirse en jueces de los derechos humanos de ciertas personas en situación de vulnerabilidad social.

4) Quedo demostrado que en nuestra jurisdicción de Tucumán en materia de familia existen dificultades con nuestro digesto procesal local para el ejercicio de la función judicial, exigiendo herramientas procesales idóneas y eficaz para su implementación.

5) La realidad social impuso en materia de familia un camino irreversible de transformación en el derecho de familia, que se consolidó con la incorporación al texto constitucional de principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos..

6) También cabe resaltar como se dijo la labor del Juez en éste escenario quien debe aplicar los tratados, descartar las normas internas incompatibles o contrarias, suplir los vacíos normativos internos remitiendo al derecho internacional, y garantizar el debido proceso". (11)

7) Ello conlleva la necesidad de la preparación del juez de familia, y del sistema procesal en su integridad, para la aceptación y acatamiento de las decisiones de instancias supranacionales que serán las que, en última instancia, velen por el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos .

8) En este trabajo se hizo mención como grandes temas, a los principios que se encuentran plasmados en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina a la realidad actual de nuestro foro local.

9) Se propone ante el aumento de la litigiosidad de los juzgados de familia, que se traten las situaciones de violencia de género, al control de legalidad de las medidas excepcionales de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes y a los procesos de salud mental.

10) Aspiramos a un derecho de acceso a la justicia que se complemente, con el de garantía de ejecución de las decisiones judiciales. Resulta esencial que la noción de acceso a la justicia no concluya al momento del pronunciamiento definitivo del juez, sino que acompañe el proceso posterior de su efectivización..

11) Creo sin dudas que ese ha sido la intención del los autores del Código al incorporar en su texto normas de claro contenido procesal, en el entendimiento de que su observancia se relaciona en forma directa con una garantía mínima de sujeción a normas básicas del derecho familiar.

12) El juez de familia debe, entonces, pensarse como director del proceso, y no solo como tercero imparcial frente a las pretensiones de cada parte, sobre todo si tenemos en cuenta que, en las acciones de familia, a menudo existe un desequilibrio entre los posicionamientos de las partes y corresponde a quien lleva el curso del juicio asegurar la completa igualdad entre ellas.

13) Anhelamos a una normativa de forma referida a las personas en “condición de vulnerabilidad” contenga claras disposiciones sobre la inmediación, como la obligación de escuchar en forma personal a niños, niñas y adolescentes Como sostiene Kielmanovich: “Los intereses comprometidos en el litigio de familia tornan imperioso el de por sí conveniente y necesario contacto directo del juez con las personas que intervienen en el proceso”.- (12)

15) Por lo tanto, entiendo necesario en este punto la consideración de posibles reformas procesales que tiendan hacia una mayor oralidad, con base en las nociones de inmediación, abreviación, publicidad, contradicción y concentración de la prueba, en concordancia con el Código Civil y Comercial..
16).La sanción de un Código Procesal de Familia para nuestra provincia contribuirá a acercar un poco más los juzgados de familia a las personas y a hacer más efectivos los procedimientos judiciales. La actuación del juez de familia que responda a los parámetros fijados por estos derechos fundamentales hará más accesible y efectiva la función jurisdiccional.

11 De de la Rua Angelina “Régimen Procesal del fuero de Familia Año 2010 Cap III Pag 81/82
(12) Famá, María Victoria; Gil Domínguez, Andrés; Herrera, Marisa, “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”,
Fuentes utilizadas:

- Ley de Protección Integral de los derechos de la niñas, niños y adolescentes Ley 26061,Año 2005
- Pacto de San José de Costa Rica art 4 Ley 23.054
- Constitución de la Nación Argentina año 1994.

Código Civil y Comercial de la Nación LEY 26.994. 1/10/2014. Art 1 y 706 y sgtes.-

Ponencia 27 – Comisión 2

Título: El comienzo de la vida Humana e introducción a la naturaleza Jurídica del embrión en la Legislación Argentina.

Autor/es: Román Rosario Caggiano

EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA E INTRODUCCIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL EMBRIÓN EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA.

SINTENSIS

La presente exposición humildemente pretende abrir un sano debate acerca de la vida humana, su comienzo, la cualidad de sujeto de Derecho, su regulación normativa.

Que ya autorizada Doctrina, se ha pronunciado frente a la orfandad legislativa ante tan importante *nomen iuris*, pues el comienzo de la vida humana, debe ser considerado preferente sujeto de Derecho.

Lo contrario importaría, ora la cosificación a categoría de cosa, ¿fungible?, no fungible?, o establecer que los Derechos Humanos y su consagración en América y el Mundo debe y tiene que ser resguardatoria de la vida, más allá de las técnicas artificiales o naturales.

El primer asomo, idéntico, irreproducible, irrepetible, exclusivo de la vida humana, es el gameto o embrión. (En palabras del Código civil y Comercial de la Argentina).

Hoy estamos frente al gran desafío de establecer el valor de la vida no en consideraciones intelectuales o interminables devaneos doctrinarios, sino en dar al comienzo de la vida llámese gameto, embrión, no otra cosa (que la unión que hace la vida es vida), protección jurídica, tutela jurídica y judicial, pues es lo más sagrado, es nuestro principio, y el del otro ser humano, que por un "descuido legal" puede quedar en con la triste etiqueta de *"res mancipi"*, en nomenclatura del viejo Derecho Romano.

En adelante expondré las razones de esta necesidad y una breve consideración del tema.

La vida Humana, su comienzo, es innegable que abarca un debate que involucra aportes de diferentes disciplinas y perspectivas, que además de ser científicas, devienen en ideológicas.

La presente en miras de caer en un devaneo intelectual poco fecundo, tratare de abocarme a lo estrictamente Jurídico, sin soslayar los conceptos extrajurídicos, a efecto de coadyuvar a una perspectiva, si bien discutida, pero lo más clara posible.

En el viejo Derecho romano, aprendimos el concepto de nasciturus, y luego el de persona, sujetos de Derecho, que tenían su diferente tutela de acuerdo a su naturaleza.

Es claro que el génesis humano se encuentra en la unión sexual del hombre y la mujer, en una fecundación natural, fenómeno biológico donde el ovulo femenino es fecundado por el espermatozoide masculino, así los 23 gametos de uno y otro sexo conforman el embrión/cigoto.

El adelanto científico, ha hecho realidad que existe otro tipo de fecundación, procreación humana asistida o denominada artificial.

Así encontramos que estas formas son las denominadas inseminación artificial y fecundación extra corporal:*"la fertilización asistida involucra distintos métodos o vías para llegar a la reproducción humana, tanto aquellos que se alcanza la concepción sin copula u otros que, si bien no la descartan, requieren de la intervención médica para llegar al embarazo….//….la inseminación artificial es el proceso por el cual, previa extracción de semen, este se introduce en la vagina ya sea en el cuello del útero (inseminación intracervical) o en el interior de este (inseminación intrauterina).La fecundación extra corporal o fertilización in vitro es aquella que se obtiene en el laboratorio ante la imposibilidad de que el semen fertilice naturalmente al ovulo en el interior del tercio extremo de las trompas de Falopio…) María Victoria Fama-La Filiación - Régimen Constitucional, Civil y Comercial- PAG.52.-*

Nos encontramos justo aquí a un nuevo sujeto de Derecho, pues hay alguien antes del conocido nasciturus o persona por nacer, se denomina embrión / cigoto.

Es menester antes de proseguir, que este mismo, tiene una dinámica intrínseca, como toda vida, pero la denominación en este micro evolución la dejo para otros profesionales.

Aquí lo que llama es el embrión como sujeto, objeto, bien sin valor económico, todo en un contexto jurídico, es aquello que una vez fecundado, técnicamente, es depositado en un centro de salud habilitado y permanecerá o permanecerán, hasta ser seleccionados e implantados en la mujer.

Ahora determinado el objeto, dígase embrión, o embrión cigoto, comenzare a intentar delinear su nomen iuris, si es que no lo tiene,

En el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, el Art. 19 define: *Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.*

En su comentario al artículo resume: *El Código define el momento desde el cual se considera persona humana. El Código señala el comienzo de la existencia de la persona humana acontece desde la concepción. Si bien no aclara que se entiende por concepción en esta disposición, si se hace desde un análisis integral y sistémico del texto civil, y se reafirma en otras legislaciones como la ley 26.862, que regula la cobertura médica en técnicas de reproducción asistida (conocida también por sus siglas TRHA), su decreto reglamentario 956/13 y en especial lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica" del 28 de noviembre de 2012, cuya jurisprudencia es obligatoria para la argentina, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional (conforme CSJN, caso MAZZEO, fallos 330:3248 entre otros).*Código Civil y Comercial de la Nación comentado T – I- Pág. 87- Ricardo Luis Lorenzetti-

En consonancia el caso "*Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica"* determina la denotación del termino concepción, que no es otro que hay concepción cuando el embrión se implanta en el útero de la madre.

Es importante que la Corte exprese el contenido conceptual del término concepción, concordando en el mismo párrafo que no viola el art. 4 de la Convención de Derecho Humanos

La primera delimitación conceptual la encontramos aquí en el Derecho Positivo, sabemos que el embrión no implantado no es persona.

La ley Española lo define como pre-embrión. de acuerdo a la Ley 14/2006 en su exposición de motivos, parte II.

La segunda que la existencia de la persona comienza con la concepción.

La tercera se trata de determinar que el comienzo de la persona comienza desde la implantación del embrión en el seno materno o naturalmente de acuerdo a la las presunciones establecidas en el artículo 20, (Época de concepción y duración del embarazo), y por la remisión a lo dictado en *"Artavia Murillo y otros Vs Costa Rica"*

En consonancia con el párrafo del comentario al artículo, la ley 26.862 y su decreto reglamentario huelga en definir qué se entiende por concepción, si lo hace el decisorio de la Corte Interamericana de Derecho Humanos al definir que:*"….de que hay 'concepción' recién desde el momento en que ocurre la implantación del embrión en el seno materno y que antes de este momento no es persona y- por lo tanto- no procede la protección a la vida contemplada en la Convención Americana de*

Derechos Humanos; los embriones descartados, no seleccionado no merecen la tutela jurídica que los jueces de Costa Rica han realizado….".

Ahora bien, en el derecho positivo regional, podemos afirmar que el desafío es que protección le damos al embrión antes de ser implantado, siempre y cuando se lo considere como sujeto de Derecho u objeto de Derecho.

Continuando con una perspectiva que sea útil y directa, sin inmiscuirnos en otras disciplinas, debo referirme a lo establecido en el Código Civil y Comercial en cuanto lo referente a los derechos individuales de las personas respectos a los bienes.

En su artículo 15 distingue entre bienes y seguidamente clasifica el concepto de cosas,

Seguidamente el artículo 17 se crea una nueva categoría de objeto de derechos, que son sobre el cuerpo humano.

ARTICULO 17.- *Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.*

Es aquí donde retomo el tema respecto a donde se ubica jurídicamente el embrión: es de lógica que el embrión es *un objeto de derecho* que no tiene un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, según el mismo Código Civil y Comercial y su cometario a articulo transcripto.

Es necesario citar a Fernando José D. López de Zavalia: .. *El primero de los textos expresa que el consentimiento para las técnicas de fertilización "debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones". Con solo fijar la vista en el verbo empleado por la norma, que habla de una "utilización", basta para advertir la instrumentación, y consiguiente "cosificación" del individuo de la especie humana que configura el embrión, y al que el propio artículo 19 le reconoce el carácter de persona. Y luego todavía el 561 agrega que se trataría de una res "descartable" o desechable, pues prescribe que el consentimiento "es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión". Y continua "….Pero conforme lo expusiéramos en otra parte, desde una perspectiva filosófica, una persona nunca podría configurar el objeto de un derecho subjetivo, y por lo tanto el objeto mediato de un contrato…"*y luego afirma *"En consecuencia, si el embrión es un individuo de la especie humana, le corresponde el status de persona desde un punto de vista jurídico"*

Tenemos el rechazo total de autorizada doctrina a considerar como objeto de derecho a embrión, por las razones que desarrolla de acuerdo a una interpretación filosófica pero no menos jurídica.

Es de recordar que la disposición transitoria segunda del Nuevo ordenamiento Civil y Comercial dispone que La protección del embrión no implantado sea objeto de una ley especial, que al día de hoy se encuentra en trámite legislativo.

Es tan importante y de tanta trascendencia jurídica el ubicar al embrión no implantado, como sujeto de Derecho u Objeto de Derecho, que va la protección, existencia, manipulación, y; por fin la vida o muerte; del embrión no implantado.

Siguiendo la normativa vigente al respecto y la preponderancia que acarrea el determinar su naturaleza jurídica es plausible apreciarlo en el art. 8 de la ley 26.862 *: "También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años, que aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro"*.

Un embrión es vida humana, es la conjunción de gametos, es la fecundación natural del ser humano, es su manifestación, individual y autentica.

Es esclarecedor el tratamiento en el Título V, Capítulo I del Libro segundo Art. 558 establece las tres fuentes filiatorias, entre ellas, por técnica de reproducción asistida.

La voluntad procreacional, como indudable elemento del acto jurídico, en el cual se prestar a efectos de la manipulación de los gametos o embriones, establecido en el artículo 560, en donde el consentimiento previo, informado y libre de las persona que se sometan a las Técnicas de reproducción humana asistida debe ser renovado cada vez que se proceda a la utilización de gametos y embriones.

Pues en una correcta lectura del art. 7 de la ley 26.862 permite: Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer".

En absoluta concordancia con la prescripto con la ley 26.529 que su artículo: *el paciente o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados"*,

Por demás está decir en que consiste y de que depende la vida y la muerte del embrión o cigoto, o el hijo?De aquel o aquella persona que presto su voluntad procreacional.

Tampoco creo que el embrión posea un "status moral intermedio", como en una medulosa exposición refiere Eleonora Lamm.

Primero porque a la vida humana más allá de sus características es un ser humano, y la ciencia lo ha dicho con una identidad exclusiva, irrepetible, un ser humano diferente a cada otro ser humano, quizás ayude la definición que estos profesionales de la salud expresan: *"El ser humano empieza a ser un ser humano a partir del momento en que el espermatozoide delhombre fecunda el óvulo de la mujer." Prof. Dr. E. Blechschmidt con doctorado superior en medicina,director del Instituto de Anatomía de la Universidad en Göttingen, Alemania"No cabe la menor duda de que el óvulo desde el momento de la fecundación, llamado embrión,es un individuo." Prof. Dr. B. Chazan con doctorado superior en medicina, especialista nacional en larama de obstetricia y ginecología, Varsovia."El respeto por la nueva vida desde el momento de la concepción y el reconocimiento del niño comoparticipante en el diálogo es muy importante. Este diálogo se inicia a partir del momento de laconcepción." Prof. Dr. P. G. Fedor-Freybergh con doctorado superior en medicina, psicólogo, Estocolmo."Desde el momento de la concepción existe un ser vivo. El niño por nacer es una persona."Prof. Dr. Med. A. Ingelman-Sunberg, director de la Clínica de Ginecología y Obstetricia en Estocolmo.La vida del individuo empieza en el momento de la concepción, es decir la fecundación, y finalización la muerte." Prof. Dr. R. Klimek con doctorado superior en medicina, miembro del Colegio Real deMédicos de Londres*.

En Argentina con fecha 30 de julio de 2014 por la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en la causa L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN s/ INC.".ElDr. PérezHualde. En su voto expresa : *"no existe avance científico ni derecho humano, por muy legítimo que fuera, que para su realización implique necesariamente la experimentación sobre seres humanos mediante procedimientos que se hagan cargo de la posibilidad cierta e inevitable de ese uso instrumental y eventualmente de su eliminación por descarte voluntario del investigador."* - Respecto a la legitimidad del derecho invocado por los accionantes, expresa que no duda de su "legitimidad", no obstante "este legítimo derecho no es absoluto, como no lo es ninguno

reconocido por la CN y encuentra su límite en la necesaria protección de la vida humana, y del impedimento coherente de que ella se sometida a experimentaciones y manipulaciones que se hagan cargo de la necesaria supresión de otras vidas humanas no menos dignas de protección y -en cualquier caso- de sacrificio e instrumentación útil en aras de otras vidas o del ejercicio de otros derechos aun cuando éstos fueran los de sus progenitores" .

Sin lugar a dudas el planteo jurídico del embrión y su tratamiento normativo, desde una perspectiva, moral, filosófica, medica etc. Se ve a todas luces en este párrafo transcripto, don del Dr. Hualde es terminante al tratamiento que no hay que darle al embrión.

En primer lugar habla estrictamente de la vida humana y de la dignidad, de Derechos Humanos y sus límites, hasta donde debe llegar ese derecho que se dice inculcado, pues hay que considerar si el sacrificio de otro Derecho no menos importante está en juego.

SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL EMBRION NO IMPLANTADO

No es el propósito de la presente inmiscuirse en doctrinas religiosas, culturales, morales al efecto, sino rescatar lo que he considerado más destacado para definir o intentar aproximar una idea de la naturaleza jurídica del embrión no implantado.

En nuestra Doctrina Pizarro expresa al embrión como *individuo de la especie humana*, y continuando en su exposición determina que es una persona, (LA REGULACIÓN DE LA PERSONA HUMANA. ASPECTOS GENERALES - Por Fernando José D. LÓPEZ DE ZAVALIA) (cita 25 En nuestro trabajo “Técnicas de reproducción humana asistida y el proyecto de código”, publicado en La Ley del 23 de Agosto de 2012, y también en otra Ponencia presentada en estas mismas Jornadas ante la Comisión 1) pero de acuerdo al resumen al dicho artículo por Marisa Herrera no lo clasifica como persona, es más, refiere al fallo “Artavia Murillo” que distingue que concepción será una vez implantado el embrión, ergo comienza la definición de persona en sentido estrictamente jurídico, desde la concepción en el seno materno o su implantación en el seno de la mujer.

Es hora de dejar de lado el concepto de persona para referirnos al embrión no implantado.

El Art. 15 del Código Civil y Comercial, establece en su cometario: “Mediante esta norma se crea una nueva categoría de objeto Derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social....” (Código Civil y Comercial comentado” Dirección Ricardo Luis Lorenzetti-T-I Pág. 81.

Estamos frente a una nueva categoría de bien pues este bien posee un valor, pero no es económico, sino de otra naturaleza que se diferencia de los enumerados en los artículos15 y 16, debido que a estos son susceptibles de valor económico.

Podría ser una conclusión que el Código no define por aquella regla del Derecho Romano venida del Digesto de Justiniano "omnisdefinitio in iuricivilepericulosaest"

Si se puede afirmar que sin darle una definición conceptual, a efectos regulatorios en su tratamiento, el comentario transcripto expresa textualmente, **que el embrión no implantado para el Derecho Positivo Argentino es un objeto de Derecho.**

El problema es la consecuencia jurídica que genera la falta de definición, pues este bien jurídico sin valor económico objeto de Derechos, queda sometido a la voluntad de personas que definen su vida y su muerte.

En síntesis no existe, ora por inexistencia de la sanción y promulgación ley especial que reglamente de acuerdo a la disposición transitoria 2da. Que afirma: "La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial", ora por la orfandad en normativa del nuevo Código Civil y Comercial de una definición a efectos de la protección y tratamiento de los pre embriones y/o gametos.

Así que no lo hace ni las leyes españolas o francesas en la materia, en cuestionamientos a este tipo de manipulación solo se limita la ley o la jurisprudencia a determinar si se afecta o no el Derecho a la vida, a la identidad, a la preservación de la familia y otros Derechos Humanos.

A idéntica forma la Ley Española 14/2006 en su artículo 1° Inc c) 2 define: "*A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde".*

Es necesario destacar que la citada ley se denomina "sobre técnicas de reproducción humana asistida", el pre embrión, que es un embrión in vitro, (para quien suscribe, una persona humana concebida fuera del vientre materno, es un mero instrumento detales técnicas, que en muy apretada síntesis; pues no es el objeto de la presente; funcional a la manipulación para la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético como también utilización de gametos y pre embriones humanos crio conservados.

Quizás es pretencioso pedir desde aquí, que los legisladores dejen de lado el mirar fuentes europeas a la hora de legislar, tomar moldes foráneos al momento de regular derechos y obligaciones de personas y cosas.

Que un embrión es una persona humana en un estado primario, que como bien dicen los detractores de esta postura, necesita de la más alta atención de sus progenitores, que no puede

valerse por sí mismo, porque si no hay personas humanas, que en su intercambio genético, biológico, artificial, no hay embrión.

Que la ciencia debe estar al servicio del ser humano y no el ser humano al servicio de la ciencia.

Las leyes que regulan tan precisamente la reproducción humana asistida, se están olvidando, que es reproducción humana al fin.

La Ley Española, que no dudo que será fuente de leyes en nuestro continente, expone llena de eufemismos y buenas intenciones, la manipulación del ser humano en su etapa biológica primigenia.

Esta misma Ley deja la puerta abierta a cualquier puesta cinematográfica de ciencia ficción, en el citado artículo 3, al prescribir la clonación de seres humanos con fines reproductivos, la tentación es preguntar qué tipo de clonación es la permitida?

Manipulación que llega hasta ya sin pruritos, poner a disposición de "Centro de salud" la manipulación para otros fines no reproductivos, gametos, preembriones, tejidos ováricos, etc.

Para evitar que un ser humano, sea un objeto de derecho al servicio de la ciencia, ese ser humano, siempre tiene que estar en la literatura jurídica como Sujeto de Derecho y no como objeto, de lo contrario el ser humano embrionariamente está perdido.

Sin caer en susceptibilidad el mismo artículo en su inciso tercero expresa: *Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.*

Para quien expone, es un bien jurídico sin valor económico objeto de derechos.

Sera tema a debatir aquí en más su *nomen iuris* considerando de una vez por todas si este Bien Jurídico, es vida, si es vida, si posee identidad, si reúne estos requisitos que Derechos posee, si posee derechos quien los resguarda, si un laboratorio, esto es un empresa, o los Estados deberán establecer organismos especializados y dedicados a la defensa y protección de esta individualidad humana, pasando de ser un objeto de Derechos a ser un sujeto de Derechos por la ontológica e inevitable razón que se trata de vida humana, en potencia o en acto, pero vida humana al fin.

POR ELLO PROPONEMOS

De lege data

Interpretar el art 19 del CCC tal cual se escribió en el Libro I Titulo I Comienzo de la existencia *"La existencia de la persona humana comienza con la concepción"* posibilitando así la

protección del embrión desde la concepción no haciendo alusión alguna a la implantación en el seno de una persona.

De lege Ferenda

Impulsar la regulación normativa protectoria del embrión a los fines de evitar interpretaciones erróneas y posibilitar su efectivo amparo

.

Ponencia 28 – Comisión 2

Título: Principios generales de los procesos de familia. su aplicación en el procedimiento administrativo.

Autor/es: Dra. María Luisa Arias

PRINCIPIOS GENERALES DE LOS PROCESOS DE FAMILIA. SU APLICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

INTRODUCCIÓN.-

Los procesos en materia de familia requieren de normas especificas para su tramitación en razón de la particular naturaleza y características de los hechos e intereses debatidos que lo diferencian de otros procesos civiles.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) que rige a partir de agosto de 2015, realiza importantes transformaciones, unifica el derecho civil y comercial. Amplia las normas procesales insertas en el Código anterior e incorpora principios y reglas en los procesos de familia que constituyen lineamientos básicos de adecuación del derecho privado a mandatos constitucionales, lo que se ha dado en llamar “constitucionalización del derecho de familia”.

Los principios generales son reglas orientadoras que tienen por finalidad encaminar la labor jurisdiccional durante la tramitación de las causas, el dictado de una sentencia eficaz, tendiente a brindar una respuesta jurídica adecuada a los conflictos familiares planteados.

A través de esta ponencia se aspira que los principios aludidos tengan aplicación en el procedimiento administrativo, con el objeto de que las actuaciones instruidas por los operadores de esa área se realicen de manera ágil y eficaz.

Para ello, se propone examinar los principios invocados, en su contenido y su relación con Institutos del derecho de familia, sobre todo de aquellas personas en condiciones de vulnerabilidad. Asimismo reflexionar sobre la importancia de su aplicación tanto por los operadores jurídicos del ámbito judicial como aquellos que trabajan en organismos administrativos, a efectos de evitar prácticas dilatorias y revictimizantes.

ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LOS PROCESOS DE FAMILIA INCORPORADOS EN EL CCyCN.

Los principios generales previstos por el CCyCN en los arts. 705 al 711 del Libro de las Relaciones de Familia, han sido receptados de normas constitucionales e internacionales, de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), de otros tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad (art. 75 inc., 22 CN[381]) y de normas procesales.

A pesar de que las leyes de procedimiento son reguladas por las provincias, según el sistema federal que establece la Constitución Nacional, ya no se discute que esas normas procesales incorporadas en el código de fondo son constitucionales, siguiendo a la antigua doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[382] en tanto solo establece principios mínimos esenciales para la vigencia del Código de fondo, efectividad y plena eficacia del proceso que trata la aplicación del derecho sustancial.

El Art. 706 del CCyCN refiere que el proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Los tres primeros son principios del proceso moderno, mientras que los restantes hacen específicamente al fuero de familia.

Siguiendo el paradigma protectorio del más débil, ese mismo artículo establece que las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables y la resolución pacífica de los conflictos. Resalta que los jueces ante los cuales se tramitan las causas deben ser especializados y contar con apoyo interdisciplinarios. Agrega un último principio rector de interpretación que los jueces deben utilizar en sus decisiones, el interés superior de los niños, niñas o adolescente, en un proceso de familia en los que estén involucrados los derechos de éstos.

PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA[383]

[381] Convención Internacional de los Derechos del Niño, las 100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia en condiciones de vulnerabilidad, Declaración de Brasilia XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 4, 5 y 6 de marzo de 2008.

[382] Conf. Fallos de la CSJN t.138; t.136 P.154.-

[383] Arazi, Roland, "Flexibilización de los principios procesales", RDP, "El derecho procesal en vísperas del Bicentenario", Núm. extraordinario conmemorativo del Bicentenario, Rubinzal-Culzoni, p. 111.

La tutela judicial efectiva constituye un derecho “fundamental” de toda persona, reconocido en el Derecho Constitucional y en el de Derechos Humanos. Consiste en acceder a tribunales independientes en procura de justicia, proclamado en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Sin embargo ha sido desarrollado de manera específica en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (PSJCR, arts. 8 y 25), incorporada a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22), al consagrar el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y a una sentencia que se cumpla.

El art. 706 del CCyCN expresa que el proceso en materia de familia debe respetar, entre otros, el principio de tutela judicial efectiva. El derecho que emerge de este principio abarca tres momentos distintos: al acceder a la justicia es decir peticionar; durante el desarrollo del proceso tendiente a obtener una resolución de fondo en tiempo y forma, como también al tiempo de ejecutarse la sentencia, para que esta se cumpla, dada su obligatoriedad.

El acceso a la justicia se complementa con los principios procesales de concentración, celeridad que derivan del principio de economía procesal vinculado con la disminución de gastos del proceso.

En relación al plazo razonable que surge del principio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el citado concepto resulta aplicable a todos los procesos internos dentro de cada uno de los estados contratantes. E incluso el pacto de San José de Costa Rica obliga aquellos a organizar sus jurisdicciones, toda vez que resulta de vital importancia que la justicia sea administrada sin retardos, que comprometan la eficacia y credibilidad pues la lentitud excesiva de la justicia representa un daño importante para el estado de derecho”.

El tiempo durante el cual transcurre el conflicto familiar, para su tramitación, sea en sede administrativa o judicial, influye en la solución que en tiempo oportuno y de manera eficaz debe proporcionar el órgano jurisdiccional; la resolución se ve afectada en ocasiones, frente a hechos consumados que modifican los presupuestos fácticos de inicio; por lo que resulta esencial la tramitación de la causa y el dictado de la sentencia sin demora.

Por otra parte la delicada misión de los organismos administrativos encargados de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en situación de riesgo o privados de un medio familiar (arts. 37, 39, cs. y ss. de la Ley 26.061), obliga a sus operadores a trabajar para la reinserción a su familia de origen u otro ámbito familiar adecuado, o en la búsqueda de otras alternativas posibles, en el menor tiempo posible, evitando que la disposición o estadía en aquellas dependencias se prolongue en el tiempo mas de lo debido o tenga carácter permanente.

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN Y PERSONALIDAD: ORALIDAD[384]

Los intereses comprometidos en el litigio de familia tornan imperioso y conveniente el contacto directo del juez con las personas que intervienen en el proceso, de modo de procurar alcanzar, así, un conocimiento de primera mano de los hechos debatidos y de los sujetos involucrados en el proceso[385]. Ese contacto significa la interacción de los operadores jurídicos con las partes, escuchando activamente, preguntando y repreguntando si es necesario.

El nuevo Código recepta este principio en el art. 706, con el perfil de un juez activo, colaborador e impulsor de medidas. Por su parte el Código de Ritos impone al juez la obligación de asistir y dirigir las audiencias bajo pena de nulidad (Art. 13 del CP.C Jujuy). Lo que indica que no debe tolerase delegación de funciones del judicante a secretarios o auxiliares, en audiencias o diligencias en que su intervención es ineludible.

Cabe señalar la importancia del contacto directo del juez en la entrevista personal de niños, niñas y adolescentes y de personas con discapacidad para la tramitación de las causas y por la trascendencia futura de los efectos jurídicos civiles que tiene dicha disposición.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que, cuando se debaten cuestiones referidas a menores debe favorecerse un contacto directo y personal del órgano judicial con éstos, y que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez con la situación de aquellos.[386]

La inmediación también tiene aplicación en el ámbito administrativo a través del abordaje de los casos, para lo cual debe prevalecer la unidad de gestión por parte de profesionales que integran un equipo interdisciplinario, a los efectos de que no se produzca una mayor dispersión de recursos humanos o por el contrario participen distintos operadores en forma simultánea respecto del mismo caso, lo que conlleva una revictimización ante la ausencia de unicidad de criterio en las actuaciones.

---

[384] Bertoldi de Fourcade, María V. - Ferreyra de De la Rúa, Angelina, *Régimen procesal del fuero de familia*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 21.

[385] Kielmanovich, Jorge L, Los principios del proceso de familia Revista de Derecho Procesal 2002-1 ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe pag. 30

[386] Cfr. CSJN, "S.E.D. c B.J.F." 05/03/2002; "D.M.H.", 06/02/2003, La Ley On line; AR/JUR/8542/2003; "B.R.E.", 16/03/2004, JA 2004-III, 81.-

BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL

La buena fe y lealtad procesal constituyen el principio de moralidad procesal que es necesario preservar en todo proceso, e imprescindible hacerlo en los procesos de familia.

Buena fe y lealtad procesal es un concepto abierto que puede definirse como el deber de los sujetos procesales (las partes, el juez, personal judicial, auxiliares de justicia) de adaptar su comportamiento durante el proceso a un conjunto de reglas, criterios de conducta, de carácter ético, social y deontológico. La defensa de una parte no puede basarse en perjudicar el derecho a de defensa de la otra o en la inducción a error del órgano jurisdiccional, impidiendo o dificultando que pueda ofrecer una efectiva tutela de los intereses en conflicto.

Este principio se aplica también al meritar la conducta procesal de las partes, que puede ser un indicador de convicción judicial y llevar al juez, junto con otros medios de prueba, a decidir de una determinada manera; también en relación al deber de colaboración de las partes.

La mayoría de los códigos procesales civiles establecen la facultad de los jueces de sancionar todo acto contrario al deber de buena fe y lealtad. El art. 8 del CPCP de Jujuy prescribe sobre el principio de probidad, que las partes tienen el deber de ser veraces y proceder de buena fe, imponiendo al órgano jurisdiccional a adoptar medidas legales tendientes a prevenir o considerar las faltas de lealtad y probidad en el debate.

La buena fe se aplica especialmente en relación a los acuerdos celebrados por las partes, ya sea extraprocesalmente o durante el proceso que no sólo deben ser respetados por las partes que los celebraron, sino que deben ser tomados como antecedente relevante para decidir las cuestiones sometidas al juez.

El procedimiento administrativo no escapa al principio de buena fe y lealtad procesal, el que deben poner en practica los auxiliares y profesionales intervinientes, en relación a las actuaciones que promueven o en todas aquellas medidas o diligencias dispuestas por el órgano jurisdiccional; entre otros, al entrevistar a las personas involucradas, en la elaboración de los informes, los que en ocasiones aparecen teñidos de sujetividad o son superficiales por no ahondar en la búsqueda y verificación de familiares o personas en condiciones de brindar contención; u omiten datos relevantes para la toma de decisiones.

Resulta esencial que el personal administrativo trabaje también de manera seria y comprometida, en conocer en profundidad la conflictiva familiar planteada, para que el juez pueda tener confianza en el abordaje realizado y la estrategia que propone.

PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD

El principio de oficiosidad es enunciado en el art. 706 del CCyCN, y a su vez explicitado por el art. 709 al establecer que en los procesos de familia el impulso procesal esta a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente, lo que no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

De ello se desprende que el juez de familia debe ser un juez activo, director del proceso, que ejerce amplios poderes-deberes impuestos por la ley. El principio de oficiosidad se extiende a las facultades del juez en materia de prueba, las medidas ordenatorias e instructorias, incluyendo el impulso de oficio, y la limitación del principio de disposición de los hechos y del proceso.

Estas facultades se deben llevar a cabo posibilitando el ejercicio del derecho de defensa, que implica el derecho de ser oído, presentar defensas, ofrecer contraprueba, controlar la prueba y alegar sobre su mérito.

Para Morello es un nuevo modelo de justicia para esta clase de conflictos, la justicia de colaboración o acompañamiento, en el cual el juez, sin claudicar en el principio de imparcialidad, se coloca cerca de las partes, adentrándose en el conflicto para orientarlas, buscando soluciones no traumáticas que contemplen distintos intereses en juego.

Reseña Kemelmajer de Carlucci que ”La doctrina argentina y comparada mayoritaria extrae que el proceso familiar una vez comenzado, debe continuar sin necesidad de petición de partes, se afirma que por la propia naturaleza del problema, es menester que el juez pueda ordenar el procedimiento adecuándolo, instando el tramite pues de ello derivará también una mas acabada comprensión del conflicto sometido a decisión[387].

La opinión doctrinaria se ha visto reforzado por el criterio sustentado por CIDH en el caso “Furlán” al señalar que el impulso no debe depender “exclusivamente” de la iniciativa de las partes, de allí surge que -al menos en los casos en que intervienen personas en condiciones de vulnerabilidad- el deber de impulsar corresponde a los jueces[388].

El principio de oficiosidad en la orbita de la administración a cargo de la protección de personas vulnerables consiste en disponer medidas tendientes a activar el procedimiento o actuaciones allí instruidas; a través del exhaustivo seguimiento del caso, fortalecimiento familiar brindado. Asimismo al informar situaciones extraordinarias, graves que requieren la inmediata intervención del organo jurisdiccional, lo que impide la consolidación de hechos nocivos, que con el transcurso del tiempo resultan difíciles de revertir.

---

[387] (Kemelmajer de Carlucci Aída, “Principios procesales y tribunales de familia” ob. cit. Pag. 11.-
[388] CIDH, Serie C Nº 246, caso Furlán y familiares vs. Argentina, 31/08/12.

Quienes trabajan en esa área deben impulsar las medidas pertinentes hacia la solución de la problemática, sin esperar peticiones, medios de prueba por parte de familiares o personas interesadas y con ello contribuir a la desjudicialización del caso y brindar respuesta en el menor tiempo posible.

EL IMPULSO DE OFICIO[389]

Se consagra el impulso procesal de oficio; por ende el juez debe realizar todas las medidas necesarias para que el expediente avance hacia la sentencia, incluyendo confeccionar cédulas y oficios, proveer la prueba y fijar de oficio las audiencias, entre otras.

Se deroga implícitamente el instituto de la caducidad de instancia. La solución de los conflictos de familia interesa no sólo a las partes sino a la sociedad toda. Por eso se carga sobre el servicio de justicia el otorgar una solución jurisdiccional. Dado que es responsabilidad del tribunal el avance del expediente, no puede la inacción de la parte generar la caducidad del proceso.

ACCESO LIMITADO AL EXPEDIENTE

El artículo 706 del CCyCN enuncia el tradicional principio de reserva como "acceso limitado al expediente" en contraposición del principio de publicidad que rige en el sistema del derecho procesal civil. En los procesos de familia se tutela el derecho a la intimidad de los involucrados, aspectos esenciales que hacen a su vida privada de preservar para sí o para los suyos sustrayéndolo del conocimiento público.

El art. 708 del CCyCN señala que el acceso al expediente en los procesos de familia esta limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso.

Esta limitación o reserva se hace extensiva a la privacidad de las audiencias y a la consulta del protocolo para preservar efectivamente el derecho, que es su fundamento; en concordancia con las Reglas de Brasilia que destacan la necesidad de brindar reserva a las actuaciones judiciales, cuando el respeto de los derechos de la persona en condiciones de vulnerabilidad lo aconseje.

En caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otros juzgados, su remisión es ordenada si la finalidad de la petición lo justifica y garantiza su reserva (art. 708 de CCyCN).

---

[389] Graciela Medina, El Proceso de familia en el CcyCN.-

Idéntico recaudo deben adoptarse cuando el conflicto se encuentra bajo la órbita administrativa, respecto del acceso limitado de las actuaciones, debiendo los operadores o profesionales intervinientes llevar las mismas de manera reservada, acorde a las circunstancias que presentan, como también la información que poseen, evitando que la causa se encuentre al alcance de cualquier persona y surjan efectos perjudiciales para las personas sujetas a su cuidado.

El acceso limitado no solo esta dirigido al instrumental administrativo, sino a la obligación de no difundir públicamente la identidad y los hechos o cuestiones vinculadas al procedimiento por ellos instruido que conduzcan a la identificación de los menores.

ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS VULNERABLES: CON CAPACIDAD RESTRINGIDA Y DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

El CCyCN destaca que las reglas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente de personas vulnerables, (art. 706, ap. a). Se refiere expresamente a la participación en el proceso de personas mayores con capacidad restringida (por razones de discapacidad mental) y de niños, niñas y adolescentes que según las circunstancias, estén en condiciones de formar un juicio propio y cuya opinión debe ser tenida en cuenta en el proceso que los afecte directamente (art. 707 del CCyCN).

DERECHO A SER OÍDO

Los niños, niñas y adolescentes son representados por uno o ambos padres; los mayores con capacidad restringida por su curador o el sistema de apoyos, y en ambos casos, el Ministerio Público tiene su representación promiscua. A pesar de ello, es necesario que, si aquel al que afectara la decisión puede formar su propia opinión, el juez la escuche.

El art. 12 de la CDN consagra el derecho del niño a se oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, por otra parte la ley 26.061 contempla ese derecho en diversos artículos (2,3 24, 27 inc. e).

El Código lo extiende a las personas con capacidad restringida con idéntico fundamento, y propicia la participación en el proceso tanto del representante como del representado a quién afectará la decisión. Es importante conocer sus pensamientos, sentimientos y opiniones para evaluar correctamente el impacto de la acción propuesta sobre su bienestar.

DERECHO A QUE SU OPINIÓN SEA TENIDA EN CUENTA

El juez debe tener en cuenta la opinión de los sujetos de derecho en estudio, para la toma de decisión. El oír al menor no debe ser un mero rito vacío de contenido. Pero ello no implica que, oída su opinión, se decida en ese sentido. Sus expresiones se valorará de conformidad al grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso teniendo en cuenta la edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio.

ESCUCHA DIRECTA POR EL JUEZ O TRAVÉS DEL EQUIPO INTERDISCIPLINARIO O POR OTROS FUNCIONARIOS.

Las entrevistas con los niños o personas con capacidad restringida tienen un papel central en el proceso de decisión.

El derecho a ser oído en forma personal se encuentra vinculado de manera directa con la noción de autonomía progresiva[390].

La violación del ejercicio del derecho, en los procesos de guarda ha dado lugar a nulidades procesales cuando no se ha respetado el principio de la autonomía progresiva, o el tribunal, sin razón valedera, se ha apartado de la preferencia del menor por el mantenimiento del statu quo[391]

No obstante el criterio señalado se afirmaba que en algunos casos es aconsejable permitirle manifestar su opinión mediante especialistas médicos y psico-sociales. Por ejemplo los casos de niños que han padecido sucesos traumáticos y personas con discapacidades mentales. Tal conocimiento experto puede ayudar a determinar si la capacidad del niño para aportar información se encuentra afectada y que bajo ninguna circunstancia, las investigaciones deben violar la integridad física o mental del niño o incapaz.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que no era un imperativo la consulta directa de la voluntad del menor, señalando que del art. 12 CDN el derecho de ser oído puede satistifacerse

---

[390] Famá, Maria V y Herrera, M. *Una Sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina*, en Kielmanolvic-Bemavidez (compiladores) Derecho de Familia. Tras la premisas de su teoría general. San José de Costa Rica, ed, EJC, 2008, pág. 179.

[391] LLoveras, Nora y Orlandi, Olga; "Actualidad en el Derecho de Familia", Abedelo Perrot, Córdoba, nov. 2010, 2181), sin embargo esta nulidad nunca debe ser declarada en perjuicio del menor al que se pretende proteger (SC Bs. As., 10/2/2010, Rev. "El derecho de familia" 2010-III-103, Abeledo Perrot, Bs. As., ene. 2011 y en Abeledo Perrot, Bs. As., pag. 49 con nota de Stileman, Marta, "El interés superior del menor como eje primordial en las decisiones que lo afectan").

en forma directa o por medio de un representante u órgano apropiado, con la intervención del asesor de menores o algún otro miembro interdisciplinario (CSJN, L: L. 1996-A-259;CNCiv.).

En la actualidad ese pronunciamiento quedó superado al receptar el Código vigente un criterio amplio en el sentido que los niños y las personas con capacidad restringida siempre deben ser escuchados en forma personal por el juez, esta es la regla, pudiendo planteares situaciones excepcionales que deben ser justificadas.

Dada la trascendencia de las decisiones sobre el destino del niño, la ley exige que quien vaya a resolver lo conozca sin importar su edad pues lo niños no solo se expresan mediante un lengua oral o verbal sino también textual e inclusivo, mediante otras formas de comunicación (Ricardo L. Lorenzetti Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo IV, pág. 579, Edit. Rubinzal – Culzoni Editores).

En el caso de personas con incapacidades físicas que impiden la comunicación directa con el juez debe utilizarse el apoyo de auxiliares que permitan la traducción al juez del pensamiento, pero no es una excepción al contacto personal con el magistrado.

JUICIOS EN LOS QUE EL NIÑO DEBE SER ESCUCHADO.

El Código y la ley 26061 le confieren intervención y la posibilidad de escucha en todos los procesos que lo afecten directamente (art. 707 CCyCN) lo que le fue reconocido en el bloque de constitucionalidad federal, con ello se excluye aquellos en los que solo lo afectan indirectamente.

Se entiende que afectan directamente al niño, niña o adolescente en los procesos donde reclame sus derechos ante los tribunales (v.gr. decisiones atinentes de su propio cuerpo); los que se refieren a la filiación y cuestiones conexas (cuidado personal, régimen de comunicación, responsabilidad parental, autoridad parental), adopción, tutela, curatela, alimentos y cualquier decisión que se someta a decisión del juez por falta de consentimiento de ambos padres, cuando el mismo es necesario.

RESOLUCIÓN PACÍFICA DE LOS CONFLICTOS

El CCyCN señala, entre otras normas que rigen el procedimiento, que deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia y la resolución pacífica de los conflictos, así lo indica el nuevo Código Civil y Comercial (art. 706, ap. a). Esta modalidad de resolución se refiere a la preferencia

de la autocomposición de los conflictos por sobre las reglas que operan en el marco de un sistema adversarial clásico.

El principio en análisis indica que el tribunal debe favorecer la conciliación como medio de superar diferencias procurando la pacificación de la contienda mediante el avenimiento de las partes; lo que resulta esencial en lo relativo al conflicto familiar.

La conciliación se traduce en una herramienta idónea y decisiva que tienen los jueces en la búsqueda de soluciones no traumáticas en los conflictos familiares y evitar los efectos desbastadores que genera a todo el grupo conviviente por las posibles rupturas futuras de relaciones entre sus miembros.

La mediación como método alternativo de resolución de conflictos constituye otro medio para arribar a la solución pacífica del conflicto que trae aparejada una autocomposición de intereses.

ESPECIALIZACIÓN DE LOS JUECES Y DE OTROS OPERADORES [392]

Es inobjetable, en estos tiempos, la especificidad y especialización necesaria para dirimir conflictos jurídicos relativos a las problemáticas familiares.

Los jueces de familia deben poseer entrenamiento suficiente para un análisis diferencial del conflicto con soporte en la especialización y una permanente actualización en tema de ese ámbito.

El código recoge una inquietud reiterada por doctrinarios del derecho de familia y del derecho procesal, como también propuestas de congresos y otros eventos científicos que requieren al especialización de los jueces y contar con apoyo multidisciplinario (art. 706, parr. 3º).

Otro aspecto de la especialización está vinculado a la idoneidad de los operadores jurídicos como la de aquellos que integran la multidisciplina. Los tribunales de familia deben contar con gabinetes

[392] Enseña Kemelmajer de Carlucci que el tema de los tribunales de familia fue abordado en el I Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil, que tuvo lugar en Acapulco, México, en 1978; también en el Congreso Hispanoamericano de Profesores de Derecho de Familia, reunido en marzo de 1983, en Salta, Argentina, y en el VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia que sesionó en El Salvador, en septiembre de 1992. En todos se coincidió en que “la existencia de los tribunales especializados, técnicamente asesorados, contribuye a garantizar y consolidar la convivencia familiar y a resolver con mayor justicia y eficacia los conflictos familiares”. En El Salvador se insistió en que “los Estados deben proveer a los organismos jurisdiccionales de los recursos necesarios para que la estructura judicial pueda responder a las necesidades de los justiciables”, desde que de nada vale tener tribunales de Familia que carecen de la infraestructura mínima (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Principios procesales y tribunales de familia”, JA 1993-IV-676.

integrados por médicos, psicólogos, asistentes sociales y otros profesionales vinculados a la problemática familiar en conflicto.

La especialización que refiere el CCyCN, lo que también surge de la CDN y otros instrumentos internacionales; incluye a todos los operadores que trabajan en relación con niños, niñas y adolescentes y otras personas con discapacidad.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Cuando en un proceso familiar intervienen niños, niñas y adolescentes, el criterio rector es el del interés superior del niño, contenido en la CDN (art. 75, inc. 22 de la CN), hoy principio general del derecho, con base constitucional y del derecho internacional de derechos humanos (CCyCN, art. 706, ap. c).

Interés superior significa que en el conflicto se debe priorizar el interés del niño por encima del interés otras personas que confrontan con los derechos de la persona vulnerable.

En concordancia con la norma constitucional, el CCyCN dispone que la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, se debe tener en cuenta el interés superior de esas personas (art. 706 ap. c).

La Corte Federal sostiene que "cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia, la naturaleza de las pretensiones, encauzar los tramites por vías expeditivas, evitar que el rigor de las formas pueda conducir la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional"[393]

Cabe destacar que el art. 3 de la CDN refiere que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Dicha normativa señala claramente que el principio debe ser considerado y aplicado en todos los ámbitos, y por ende, en los servicios del área administrativa.

PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PRUEBA

Principio de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba.

[393] (CSJN, Fallos: 324:122; 327:2413).

El Código adopta el principio de libertad y amplitud probatoria que alcanza tanto al objeto a probar, a los medios probatorios y a la interpretación de la prueba; lo que involucra, además, al criterio de flexibilidad y proporcionalidad de la prueba (art. 710).

Del texto que nos ocupa surge la amplitud con la que pueden probarse los extremos que se invoquen.

La libertad, amplitud y flexibilidad respecto de la admisibilidad, producción y colaboración de la prueba está directamente relacionado con las cargas dinámicas de la prueba y la carga de colaboración.

Como corolario de la amplitud y libertad de la prueba debe aplicarse el principio *favor probatione* por el cual en caso de duda el juez debe pronunciarse a favor de la admisión, la producción, o la eficacia de la prueba de que se trate. Por ejemplo se admite la declaración de parientes como testigo (art. 711).

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

En la actualidad los temas relativos al derecho de familia tienen un procedimiento específico y una particular actividad jurisdiccional para tratar los conflictos que se suscitan en ese ámbito, al prever el nuevo CCyCN un fuero especializado y principios procesales propios de la materia de familia.

Esos principios que constituyen reglas orientadoras tornan viable las garantías constitucionales y demás disposiciones, con la finalidad de proporcionar la protección o respuesta que el caso requiere.

Es evidente que el nuevo Código Civil y Comercial tiene como eje central la defensa de los mas vulnerables, lo que surge al desarrollar la cantidad de normas dirigidas a los jueces a la hora de su interpretación para resolver, sobre premisas de equidad, interés familiar, defensa de los derechos humanos.

Precisamente el CCyCN exige el cumplimiento de reglas del procedimiento, al propiciar la vigencia efectiva, entre otros, de la inmediación, imponer la reserva de las actuaciones, aplicación de la norma de modo de facilitar la resolución pacífica de los conflictos, en el que la conciliación y la mediación revisten marcada relevancia. Sin perder de vista los lineamientos de la moderna tendencia del derecho procesal, en cuanto al activismo judicial y la flexibilidad de la congruencia, que marca el perfil de un juez creativo, operante en busca la verdad real sobre la formal, lo que contribuye a la efectividad del principio de la tutela judicial efectiva.

Por otro lado se advierte la necesidad de que la actuación de los operadores de los organismos administrativos se desarrolle siguiendo un procedimiento eficaz y en tiempo oportuno a los fines de atender con premura la problemática que les compete. Situación que en ocasiones resulta difícil de cumplimiento ante la falta de personal auxiliar o profesional, en número suficiente, para realizar los abordajes y seguimientos; o por el poder discrecional desplegado por éstos que refleja su mera voluntad (v. gr. en la entrega o externación de niños, con causa judiciales, sin contar con la orden del órgano jurisdiccional).

También se evidencia la falta de coordinación necesaria entre profesionales del área de salud y el poder judicial, respecto de niños en condiciones de ingresar al sistema de adopción, lo que contribuye a incrementar la situación de niños en riesgo, que se instale un obrar dirigido a desviar el mecanismo señalado y surjan entregas ilegales de niños, con la consiguiente aparición de flagelos como el tráfico, supresión de identidad y otros.

Considero que la observancia de los principios señalados, favorece a la protección integral de las personas en condiciones de vulnerabilidad, fundamentalmente en el ámbito administrativo evitando la omisión o dilaciones que traiga aparejada consecuencias perjudiciales, muchas veces difíciles de revertir.

Si bien existen algunas normas procesales en leyes nacionales (ley 26.061, art. 27 ss. y cs.) y provinciales, su previsión parcial y fragmentaria, no agota ni sustituye los principios generales del proceso de familia cuya aplicación se propone.

En este contexto, concretamente nuestra propuesta consiste en:

1) Requerir a los organismos administrativos y judiciales la observancia y efectiva aplicación de los principios generales de los procesos de familia, previstos en normas constitucionales, internacionales, de derechos humanos y derecho adjetivo, a los fines de una adecuada protección de derechos.

2) Proponer la elaboración y sanción de códigos adjetivos de familia en aquellas jurisdicciones que carecen de ella, lo que permitirá contar con normas procesales especificas aplicables en el fuero de familia y profundizar su aplicación de manera concreta y razonable, elevándose los standares de protección.

3) Propiciar que se introduzca un capítulo especial, con los principios señalados, en las leyes de protección de niñez y adolescencia, y/o en la ley procesal administrativa que rigen en la actualidad en las distintas jurisdicciones, destinado a regular el procedimiento en atención de la problemática jurídico-social y en consonancia con las normas que rigen el derecho administrativo.

4) Recomendar un trabajo conjunto entre el órgano administrador y el poder judicial y la creación de una comisión interinstitucional (Niñez y adolescencia – Desarrollo social y justicia) a los fines de un abordaje coordinado y de supervisión de la actividad de los servicios administrativos de protección, en los centros urbanos, rurales o del interior; como así también de favorecer la capacitación continua de los operadores, en resguardo de derechos fundamentales, salud e integridad psico-emocional de quienes son asistidos en esa área.

5) Instar a los servicios administrativos de protección a dar inmediata intervención al órgano jurisdiccional, bajo pena de sanción, cuando las circunstancias y las normas lo imponen, por comprometer derechos y garantías personales de niñas, niños y adolescentes y personas con discapacidad, en razón del control de legalidad que le corresponde.-

COMISIÓN 3

III. **Comisión 3:** Justicia Juvenil

Ponencia 1 – Comisión 3

Título: Abordaje de Salud Mental de Jóvenes en Conflicto con la Ley Penal.

Autor/es: María Susana Quinteros - Cristina Noemí Noguera

Datos y contacto autoras.

- María Susana Quinteros. Médica Psiquiatra. Profesora Universitaria en Universidad Católica de Córdoba. Senaf. Dispositivo en Salud. Córdoba. Argentina.
- Cristina Noemí Noguera. Lic. en Psicología. Profesora Universitaria en Universidad Nacional de Córdoba. Equipo profesional. Senaf. Área Penal Juvenil. Córdoba. Argentina.

Dispositivo Salud Córdoba:

- Doctora Elena Domínguez. Directora del Dispositivo Salud Córdoba. SeNAF. Córdoba. Argentina.
- Doctora Mariana Romero. Dispositivo Salud Córdoba. SeNAF. Córdoba. Argentina.

Contacto, dirección y teléfono:

- susana_quinteros@yahoo.com.ar. Dirección: Tránsito Cáceres de Allende, esquina Corrientes. Ciudad de Córdoba. CP 5000. Teléfono: 0054-9-351-156579227.
- noguecris@hotmail.com. Dirección: Tránsito Cáceres de Allende, esquina Corrientes. Ciudad de Córdoba. CP 5000. Teléfono: 0054-9-351-152701641.

ABORDAJE DE SALUD MENTAL DE JÓVENES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

RESUMEN:

Cuando hablamos de niños y jóvenes que han infringido la Ley, nos referimos a aquellos cuyo comportamiento los ha llevado a cometer actos denominados “delitos”. Los niños y adolescentes que incurren en actos delictivos, ha igual que otros adolescentes, se encuentran atravesando la crisis de la etapa de la adolescencia, lo que implica la elaboración de ciertos duelos (cuerpo, familiar e identidad)

Teniendo en cuenta el nuevo paradigma se toma al adolescente como sujeto con derecho aunque haya violado la ley penal; que se debe respetar el interés superior para lo cual la privación de libertad, la internación y la institucionalización aparecen como últimos recursos y por el menor tiempo posible, buscando la reintegración del niño.

Que algunos de ellos por su complejidad de rasgo de personalidad y/o patología , estructuras familiares, y zonas de residencias (contexto marginales) requieren de una modalidad de asistencia y tratamiento más específico, por lo que nos ha llevado a construir un espacio de abordaje y de seguimiento personalizado y particular, del joven y de su grupo familiar o de referencia, con una mirada interdisciplinaria y amplia que permite construir redes de sostén para cada uno de estos jóvenes que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, cuyo objetivo principal no es solo lo asistencial sino fundamentalmente generar estrategias que eviten la reincidencia o reiteración de conductas trasgresoras.

FUNDAMENTACIÓN:

Esta ponencia tiene como objetivo principal focalizarnos en la problemática de las niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal que han requerido atención en Salud Mental, dentro de los Centros Socioeducativos y en Situación de Externación, y que continúan a disposición de la Justicia, evitando la "psiquiatrización de los conflictos sociales y de situaciones netamente etáreas que hacen que el niño y el adolescente infrinjan la ley pero no necesariamente por una problemática psiquiátrica.

MARCO TEÓRICO:

Cuando hablamos de niños y jóvenes que han infringido la Ley, nos referimos a aquellos cuyo comportamiento los ha llevado a cometer actos denominados "delitos". O sea, han cometido un acto que se aleja marcadamente de lo que se ha esperado de ellos según su cultura, el régimen de valor dado por los adultos de esa sociedad y tiempo dado.

De acuerdo a la Ley que rige en nuestro país se lo considera adulto a la persona que cumple 18 años. Actualmente, esta mayoría de edad es considerada por igual desde la normativa civil y la penal; por lo que cualquier delito (acto contrario a derecho) cometido desde esa edad, es considerada como adulto; pero, ¿Qué pasa con los menores a esa edad? Son considerados punibles aquellos que cometan delitos entre los 16 años (edad de imputabilidad) y los 18 años de edad ya

que como se mencionó anteriormente sólo a esta edad pueden ser eventualmente juzgados y/o condenados.

Esto no significa que adolescentes que hayan cometido delitos graves queden afuera de un sistema que ignore la falta cometida y que no se establezcan acciones tendientes a lograr su reinserción social, sino que se establecen otros tipos de medidas (socioeducativas) para el logro de tal fin.

Se han tratado de establecer diferentes teorías tratando de explicar la conducta delictiva de los jóvenes: un perfil de riesgo sería:

1) Familia: generalmente disfuncional con problemas socioeconómicos y en su dinámica interna.

2) Problemas escolares: abandono temprano de la educación formal, conductas disociales o violentas.

3) Variables personales: trastorno de control de impulsos – problemas de ajuste en su entorno – Consumo de sustancias.

I. Familia: normalmente la misma tiene diversas funciones de las que sobresalen:

a) La función normativa: otorga al niño/joven la escala de valores necesaria para su inserción en la sociedad.

b) Función de relación: facilita el aprendizaje y la sociabilidad, cuando las características familiares son predictoras de delincuencia?, cuando en el seno de la familia hay conductas delincuenciales, cuando hay violencia familiar y maltrato infantil, cuando hay falta de comunicación, cuando hay padres ausentes (fundamentalmente desde el rol), madres sobre protectoras.

Los padres se caracterizan por tender a instaurar una disciplina férrea pero inconsistente, a recompensar las conductas desviadas con su atención y a ingresar la conducta pro-social.

En general, hay menor aceptación de sus hijos, menos cariño y apego. Entonces, suele ocurrir que los actos delictivos pueden aparecer cuando el proceso normal de aprendizaje social se ve alterado ante estas ambivalencias disciplinarias, la pobre supervisión, la hostilidad entre los padres y modelos antisociales entre las figuras de autoridad.

Por el contrario, los factores de protección que se ponen en juego son la estabilidad en el núcleo parental, la comunicación y la instauración de reglas claras en el proceso de socialización.

II. Escuela: en este ámbito sociocultural es donde se ponen en juego las habilidades del niño y el adolescente.

De acuerdo a Rutter (1979) las características del colegio contribuyen al riesgo de aparición de conductas disociales.

Diferentes teorías han tratado de explicar esta situación:

a) Teorías de Tensión – Frustración: el joven al no poder disponer de más acceso a la cultura responde con delitos para compensar la frustración.

b) Teoría del etiquetado: la tendencia a poner "rótulos" que puede generar violencia.

c) Teoría del desarrollo social de Hawkins y Weiss: ve a la familia, la escuela y grupo de pares como las unidades más importantes en el desarrollo humano.

III. Muchos jóvenes que han infringido la Ley presentan retrasos en la adquisición de destrezas cognitivas.

Hay abandonos tempranos de la escuela y dificultades en sostener la educación formal.

Farrington cree que la explicación en la relación inteligencia – delincuencia no es el fracaso escolar sino la escasa habilidad para manipular conceptos abstractos que se asocian con la rigidez cognitiva.

En cambio, Goleman plantea que las causas hay que cifrarlos en un claro descenso de la competencia emocional producto de la marginación, los problemas sociales, problemas inherentes a la alteración de la atención, razonamiento, ansiedad, depresión, agresividad, mentira, desobediencia, etc.

Kobleng plantea como hipótesis de la génesis delincuencial el modelo de desarrollo moral "incapacidad para internacionalizar valores morales". Las personas y su ambiente se relacionan en forma recíproca.

Andrews y Bonta tienen en cuenta los siguientes factores:

a) asociación con delincuentes;

b) factores estructurales y culturales;

c) factores familiares;

d) factores personales;

e) actitudes, creencias y valores;

f) antecedentes delictivos;

g) situaciones (definición) – ocasión.

Siguiendo al Lic. Alejandro Bonasso, director del Instituto Int. del Niño (DEA), vemos que de "menor delincuente a adolescente en conflicto con la ley penalmente responsable hay un verdadero camino conceptual.

En este nuevo paradigma se toma en cuenta al adolescente como sujeto con derecho aunque haya violado la ley penal; que se debe respetar el interés superior para lo cual la privación de libertad, la internación y la institucionalización aparecen como últimos recursos y por el menor tiempo posible, buscando la reintegración del niño.

Los niños y adolescentes que incurren en actos delictivos, ha igual que otros adolescentes, se encuentran atravesando la crisis de la etapa de la adolescencia, lo que implica la elaboración de ciertos duelos (cuerpo, familiar e identidad). En su gran mayoría podemos caracterizarlos como provenientes de contextos sociales carenciados, pobres, que se encuentran en situación de alta vulnerabilidad social (drogas, trasgresiones, conductas delictivas, peleas de bandas, entre otras).

De manera general podemos decir que en su mayoría se trata de niños y jóvenes que proviene de un mundo material signado por la carencia y por la exclusión social, sumado a esto la carencia en el mundo subjetivo, que terminan ambas asociándose. Son niños y jóvenes que conllevan historias dramáticas de vida, de privaciones y violencia, encontrando a través de la trasgresión una posibilidad de existencia y de ser.

PERFIL DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY CON ATENCIÓN EN SALUD MENTAL.

AREA PENAL JUVENIL	
TOTAL DE N,N y A . Año 2015	**454**
TOTAL DE JOVENES POR CONSULTA SALUD MENTAL	**311**

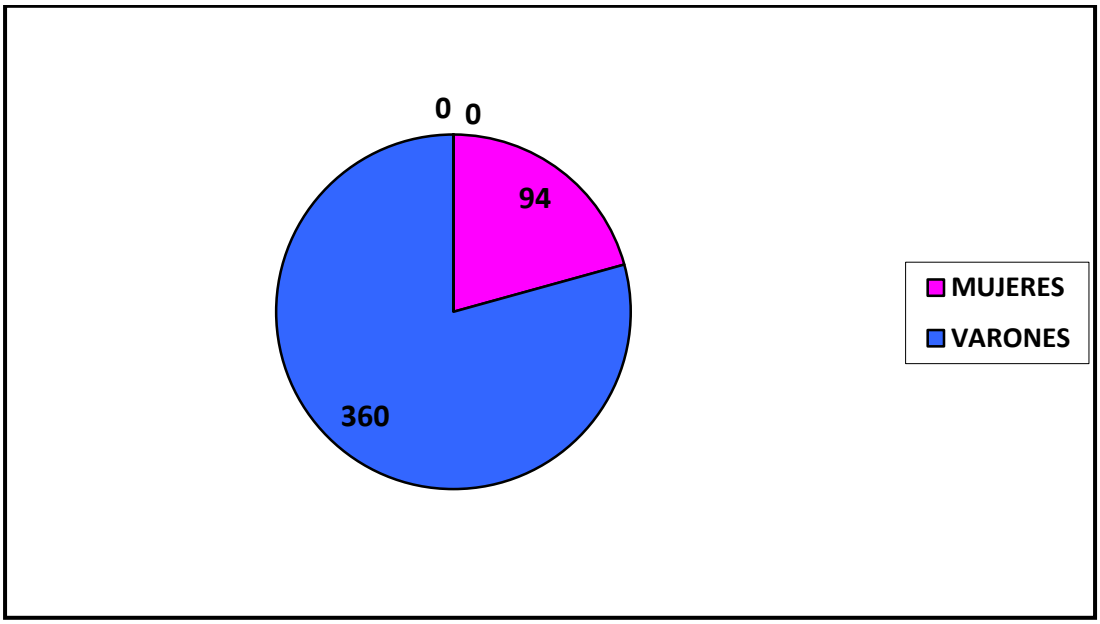


Fig. 1. Distribución Jóvenes según Sexo.

DISTRIBUCION DEJOVENES POR CONSULTA SALUD MENTAL SEGÚN CENTRO	
COMPLEJO ESPERANZA	291
CeSAM	20

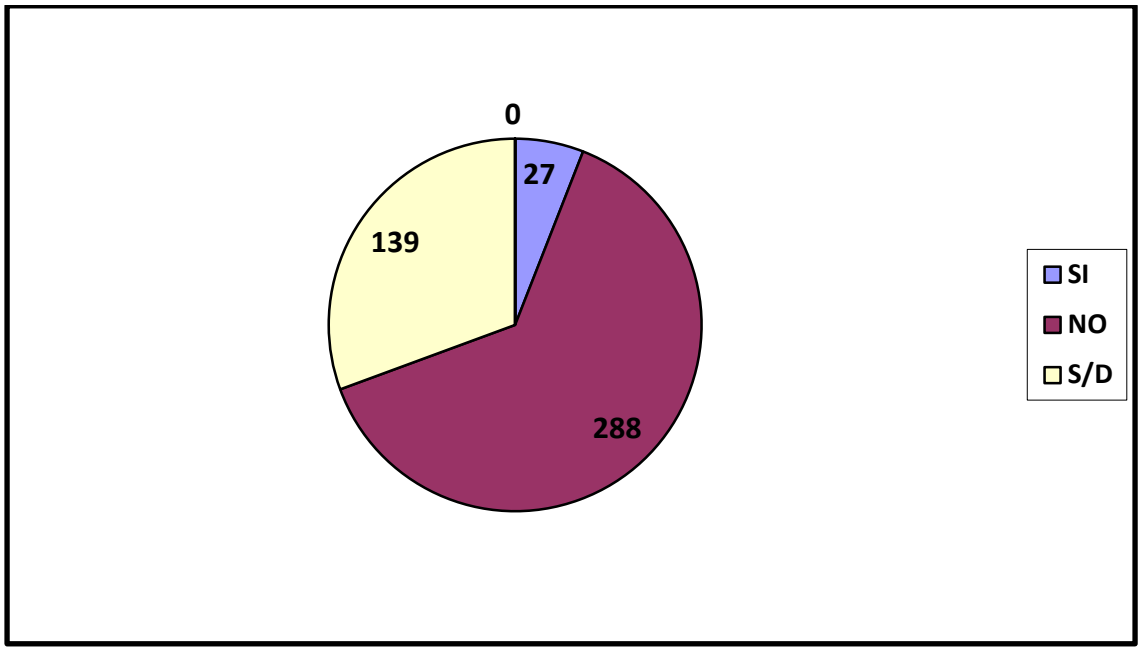


Fig. 2. Certificado de Discapacidad.

DIAGNOSTICO PREVALENTES EN CONSULTAS DE SALUD MENTAL.

De los jóvenes asistidos se hace constar que el 90% presentan antecedentes de Consumo de Sustancias. Sobre estos suelen presentar otras patología tales como: Trastornos de Ansiedad (40 %), Trastornos de Conducta (50%), Depresión (5%) Trastorno Control de Impulsos (4%) Psicosis (1%).

Clínicamente se evidencian por impulsibilidad, eventualmente presentan crisis de excitación psicomotriz, autoagresiones, insomnio, angustia.

En cuanto a los jóvenes en seguimiento cuando son externados, y que por su complejidad de rasgo de personalidad y/o patología , estructuras familiares, y zonas de residencias (contexto marginales) requieren de una modalidad de asistencia y tratamiento más específico, que abarque no solo su posible trastorno psicológico sino que a través de un proceso personalizado y reflexivo pueda

modificar su realidad cotidiana, futurizar y de ese modo evitar la reincidencia. Los mismos son derivados a este programa de casos de alta complejidad. En general son jóvenes que han desertado o que fracasan en el sostenimiento de otros dispositivos terapéuticos. En el año 2015 fueron entrevistados en toral 65 jóvenes. Los jóvenes en seguimiento del programa de casos complejos presentaron fundamentalmente comorbilidad de diferentes diagnósticos, tales como Psicosis Tóxicas - RM o Trastorno de Ansiedad - Abuso de Sustancia, siempre dentro de una conflictiva familiar y social. Esto determino que el abordaje sea lo más integral y abarcativo posible entre los aspectos familiares, escolares y sociales consistiendo en entrevista dos veces a la semana, tanto individuales como familiares, trabajo en Red con otros programas e Instituciones, con coordinación educativa y de capacitación laboral, y también.

Actualmente hay 40 jóvenes en seguimiento, de los cuales sólo 5 jóvenes han reincidido.

CONCLUSIONES:

Estamos en presencia de jóvenes en Riesgo Social entendiendo por el mismo a toda situación en que los niños y jóvenes exigen la adopción de medidas de prevención o rehabilitación para evitar situaciones de desamparo o inadaptación que se produce por el incumplimiento de los deberes de protección de niños y jóvenes cuando estos quedan privados de la necesaria asistencia moral o material y que se manifiesta en un conflicto que se origina como consecuencia de la conducta de los niños y jóvenes que hayan alterado gravemente las pautas de convivencia y comportamiento social y que causan perjuicio a terceros.

BIBLIOGRAFÍA.

1- De Ajuriaguerra Julián. Manual de Psiquiatría Infantil. Editorial Masson. Barcelona 2000.

2- González Eugenio. Análisis del desamparo y del conflicto social. Menores en desamparo y conflicto social. Editorial CCS. Madrid. España. Año 2000.

3- Kaplan H I y Sadock B J. Tratado de Psiquiatría. Inter-Médica. Editorial. Bs.As. 1997

4- Vidal Alarcón Lolas. Enciclopedia Iberoamericana de Psiquiatría. Ed. Panamericana. Bs. As 1995.

Ponencia 2 – Comisión 3

Título: Desafíos en la intervención con niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Autor/es: Silvia Cristina Almada - María Teresita González - Adriana Cristina Obregón - Paula Andrea Salto

Datos y contacto autoras:

- Almada, Silvia Cristina.
Profesión: Licenciada en Trabajo Social.
Contacto: silviaalmadac@hotmail.com
Teléfono Celular: 0351- 153887031
Dirección: Perito Moreno 282, B° Centro América. Córdoba Capital

- González, María Teresita.
Profesión: Abogada especialista en Derecho de Familia.
Contacto: teresitagonzalez20@gmail.com
Teléfono Celular: 0351- 156301919
Dirección: Antonio del Viso 191 3ero "A", B° Alta Córdoba. Córdoba Capital

- Obregón, Adriana Cristina.
Profesión: Licenciada en Trabajo Social.
Contacto: adrianaobregon64@gmail.com
Teléfono Celular: 0351-153089843
Dirección: Av. Armada Argentina 2835, B° Santa Isabel II Sección. Córdoba Capital

- Salto, Paula Andrea.
Profesión: Licenciada en Psicología
Contacto: pauli_salto@hotmail.com
Teléfono Celular: 0351- 156864151
Dirección: Manzana L, Lote 7, B° Los Cielos, Valle Escondido. Córdoba Capital

DESAFÍOS EN LA INTERVENCIÓN CON NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

RESUMEN

El presente trabajo refleja, un modelo de intervención interdisciplinaria llevada a cabo con jóvenes, sus familias, comunidad, desde la Secretaria de Niñez, Adolescencia y Familia, dependiente del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos de la Provincia de Córdoba, República Argentina, en su vinculación con el Sistema Penal Juvenil.

El equipo de trabajo, en esta oportunidad, está integrado por profesionales del campo del Derecho, Psicología y Trabajo Social; de vasta trayectoria dentro del Sistema Penal Juvenil de la Provincia de Córdoba,

Dicha experiencia está plasmada, analizada y sistematizada en un material bibliográfico, que se encuentra en proceso de elaboración y que será editado en formato libro.

Partimos de la idea de que el sistema penal juvenil a través de todos quienes lo componen, deben evidenciar y fortalecer las competencias (ser, saber, saber hacer y querer hacer) de cada uno de las/los niñas, niños y adolescentes con quienes interactúan, teniendo presente que nuestro vínculo con ellas/ellos es una "oportunidad", asumiendo con responsabilidad la importancia de quien está allí, frente a nosotros.

Es función de la Secretaria de Niñez, Adolescencia y Familia, dentro de lo Penal, *la ejecución de las medidas dispuestas por los juzgados penales juveniles, promoviendo y respetando los derechos de las/los niñas/os y adolescentes en el diseño e implementación de un sistema socioeducativo para su inclusión social y desistimiento delictivo*.

Desde el espacio territorial se promueve la participación y la inclusión social del joven y su familia, teniendo en cuenta que "El reconocimiento de las redes y recursos existentes, la identificación de las organizaciones que operan localmente y la posible articulación de sus referentes con los jóvenes incluidos en los programas pueden constituirse en estrategias de fortalecimiento tanto para la viabilidad y cumplimiento de las medidas, como para el establecimiento de vínculos que contribuyan a disminuir la vulnerabilidad de los jóvenes respecto del sistema penal".

Las intervenciones profesionales de los equipos técnicos en contexto de encierro han estado siempre atravesadas por las distintas políticas públicas, cuestiones sociales, cambios legislativos profundos, es por eso, que nuestra intención es, dejar plasmada la experiencia adquirida al vivenciar estas transformaciones, a los fines de que sirva de insumo a futuras generaciones, que al igual que nosotros, se encuentren atrapados en el bello mundo de la niñez, adolescencia y familia.

PROPUESTA

- Identificar y caracterizar a los jóvenes en conflicto con la ley penal, a los fines de incluirlo en su medio de vida respetando sus intereses e inquietudes personales.-

- Actualizar contantemente los perfiles de población con los que se interviene, no perdiendo de vista el gran dinamismo de la construcción social.

- Reconocer e incorporar al joven en las redes comunitarias que faciliten la restitución de sus derechos.

- Que los jóvenes vinculados a la institución vivan ese trayecto como una oportunidad de poder pensarse como sujetos de derechos, activos y responsables.

DESAFÍOS EN LA INTERVENCIÓN CON NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Situados en el territorio donde llevamos a cabo nuestra actividad laboral, es decir, Provincia de Córdoba, República Argentina, contamos, como marco normativo en relación al Sistema Integrado de Promoción y Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, desde el año 2005, con la Ley 26061, a nivel nacional, la cual deroga la ley 10903 de Patronato; y a nivel provincial, desde el año 2011, con la Ley 9944 de "Promoción y Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la provincia de Córdoba".

A los fines de establecer el marco teórico del presente trabajo, tomamos como definición de "Sistema Integral de Protección de Derechos de niños, niñas y adolescentes, … el conjunto de órganos, programas instituciones y servicios, diversos actores gubernamentales y no gubernamentales, como así también, a las unidades domesticas de niños, niñas y adolescentes y en los distintos ámbitos a los cuales la ley asigna una participación activa, destinados a la promoción, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes"[394].-

Dentro de este contexto, se encuentra la Secretaria de Niñez, Adolescencia y Familia, dependiente en la actualidad, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba.

Dicha Secretaria, asume la responsabilidad de ser Órgano de Aplicación de la ley de referencia, situación que se traduce en la responsabilidad de articular los recursos del Estado, desde sus distintas áreas y a las organizaciones de la sociedad civil, para cumplir el rol protagónico que

[394] Dra. Laje Maria Ines, Mgter. Fredianelli Graciela y otros. *"La accesibilidad a la Justicia de Sectores vulnerables; nin@s/ Adolescentes pobres victimas de criminalización/tutela en la Provincia de Córdoba".* San Juan, 2014.-

garantice el pleno ejercicio de los derechos de niños/as y adolescentes que habitan en el territorio Provincial.-

La Secretaria de Niñez, Adolescencia y Familia, tiene en la actualidad tres líneas de trabajo:

- **Penal Juvenil:** Centros Socioeducativos y Medidas Alternativas a la Privación de la Libertad.
- **Protección de Derechos**: Estructuras zonales articuladas en dispositivos de apoyo territorial, por medio de servicios locales, medidas de promoción y protección excepcional de derechos.
- **Fortalecimiento Institucional:** El cual se divide en dos ejes: 1.- Reglamentación de la Ley 9944, como así también la adecuación de la misma el Nuevo Código Civil de la Nación. 2.- Creación del Registro Único del Niño.

Nosotros como equipo técnico de la Secretaria de Niñez, Adolescencia y Familia, nos encontramos desempeñando funciones dentro de la Primer línea de trabajo mencionada anteriormente, es decir, Sistema Penal Juvenil.

"*La Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing para la Administración de Justicia de Menores recomiendan la organización de una justicia especializada para juzgar a las personas menores de 18 años. Esta justicia especializada debe contar con recursos institucionales que permitan una intervención interdisciplinaria para poder determinar medidas o salidas alternativas a la sanción privativa de la libertad*"[395].

El Sistema Penal Juvenil encuentra su particularidad en la modalidad de las sanciones que impone, la cual debe tener una finalidad educativa, brindar herramientas para la inclusión en el mercado laboral, como así también de inserción social, promoviendo la reparación del daño que el joven ha causado.

Siguiendo lo establecido por UNICEF, "La justicia penal juvenil, tiene al menos cuatro finalidades a saber:

a.- Administrar justicia de forma democrática respetando el debido proceso.

b.- Fomentar la responsabilidad del adolescente que ha cometido una infracción penal.

c.- Promover su integración social.

d.- Favorecer la participación de la comunidad en el proceso de inserción social, mediante la oferta de servicios y programas para el cumplimiento de medidas socioeducativas."[396].

Actualmente, si bien la legislación local, ya cuenta con 5 años de vigencia, a nivel institucional nos encontramos en un periodo de adaptación , adecuando las prácticas cotidianas en miradas tendientes al enfoque de derecho, aludiendo este, al rol del Estado y su compromiso indelegable en el desarrollo de estrategias que contribuyan a la construcción de formas de vida que recuperen el real ejercicio de los derechos fundamentales que, aunque inherentes a la condición humana, se ven restringidos para gran parte de la población. Se centra en la persona y sus derechos como un

[395] *¿Qué es la Sistema Penal Juvenil?* UNICEF Argentina, Octubre 2012

[396] *¿Qué es la Sistema Penal Juvenil?* UNICEF Argentina, Octubre 2012

fin en sí mismo, potenciando su integración a colectivos humanos para fortalecer espacios inclusivos que promuevan el ejercicio de una ciudadanía plena.

Es función de la Secretaria de Niñez, Adolescencia y Familia dentro de lo Penal, *la ejecución de las medidas dispuestas por los juzgados penales juveniles, promoviendo y respetando los derechos de las/los niñas/os y adolescentes en el diseño e implementación de un sistema socioeducativo para su inclusión social y desistimiento delictivo*.

El área penal juvenil es como tal un sistema integral, y por tanto no está concebido como una serie de dispositivos inconexos entre sí. Por ello es que expondremos su conformación y funcionamiento.

Los dispositivos con que cuenta el Sistema en la actualidad son:

- Centro de Admisión y Diagnóstico (C.A.D.) Capital
- Centro de Admisión y Diagnóstico (C.A.D.) Villa María
- Complejo Esperanza (varones): Compuesto por cinco fases progresivas y una Fase de intervención diferenciada (para mayores de 18 años)
- CeSAM Centro Socioeducativo para Adolescentes Mujeres
- Programa de Libertad Asistida
- Programa de Mediación penal juvenil
- Programa de Orientación Familiar (Talleres de madres/padres)
- Programa de abordaje psicológico individual
- Programa de abordaje psicológico familiar
- Programa psicoeducativo para jóvenes (talleres grupales)
- Programa de Tratamiento tutelar

INTERVENCIÓN PROFESIONAL

Las intervenciones profesionales de los equipos técnicos en contexto de encierro han estado atravesadas también por las distintas políticas públicas implementadas en materia de niñez desde el estado.

Esto lo vemos reflejado en el trayecto de dependencia de la Secretaria, desde su creación como tal; en una primera instancia dependía del Ministerio de Justicia y Seguridad, posteriormente pasa a ser Secretaria de Estado, lo cual le otorgaba rango ministerial, con dependencia directa del Poder Ejecutivo Provincial. En el año 2011, pasa de depender del Ministerio de Desarrollo Social, y desde el año 2015, se encuentra nuevamente bajo la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Las modalidades de intervenciones fueron sensibles a los cambios suscitados, siendo esto visualizado como un proceso que está en permanente movimiento, generándose modificaciones en las prácticas.

Comenzando con el análisis de las distintas intervenciones que se llevan a cabo desde la Secretaria, podemos decir, que el trabajo territorial, entendido este como contexto social, se convierte en el espacio propicio para la intervención en los jóvenes en conflicto con la ley penal.

Desde el espacio territorial se promueve la participación y la inclusión social del joven y su familia, teniendo en cuenta que "El reconocimiento de las redes y recursos existentes, la identificación de las organizaciones que operan localmente y la posible articulación de sus referentes con los jóvenes incluidos en los programas pueden constituirse en estrategias de fortalecimiento tanto para la viabilidad y cumplimiento de las medidas, como para el establecimiento de vínculos que contribuyan a disminuir la vulnerabilidad de los jóvenes respecto del sistema penal".[397]

Situándonos en el contexto especifico, es importante señalar los diferentes aportes desde las disciplinas que nos competen y que forman parte de nuestra labor diaria como equipos técnicos de adolescentes en dispositivos penales juveniles en la ciudad de Córdoba.

Considerando las intervenciones profesionales dentro de un marco socioeducativo, nos resulta importante encauzar la búsqueda hacia las funciones específicas de cada profesión que integra el equipo técnico del Complejo Esperanza.

Para el ámbito de la psicología, es necesario considerar la etapa evolutiva por la cual se encuentran atravesando los jóvenes a quienes asistimos.

La adolescencia como etapa se desarrolla con el aporte de diferentes autores, para luego caracterizar a los jóvenes en conflicto con la ley penal. Para ello fue necesario incorporar conceptos como la empatía, la resiliencia y vulnerabilidad cuando trabajamos con jóvenes en conflicto con la ley penal.

En la intervención con jóvenes, la entrevista individual se configura como método principal para el abordaje de factores personales, sociales y contextuales que atraviesan este momento particular.

Para ello consideramos como referencia, aportes de acuerdo al DSM IV, en relación a los cuatro componentes de la entrevista diagnostica a modo orientativo, si bien consideramos que la conducta antiscial o delictiva no cuenta con componentes del orden clínico, en gran parte de los jóvenes que trabajamos, sino más bien se corresponden con el ámbito social, familiar y comunitario.

IMPORTANCIA DE LA EMPATÍA.

3 "Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Seguimiento de la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño" Secretaria de Derechos Humanos. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Año 2010.

Si bien es parte de las habilidades de un buen terapeuta, en este contexto particular cobra especial relevancia. Consideramos que los profesionales que intervienen con adolescentes en conflicto con la ley penal logren desarrollar esta habilidad.

Acordamos con Fichas de Dispositivos penales juveniles, (Senaf Nación) sobre el siguiente apartado. Los jóvenes con quienes intervenimos, son precisamente los jóvenes que han transgredido normas sociales, en algunos casos cometieron delitos muy graves, y precisamente no son los más aceptados socialmente. Observamos una fuerte condena social frente a hechos que cobraron cierta magnitud en los diferentes medios de comunicación, y ello también impacta en nuestra mirada. Los profesionales también somos ciudadanos y formamos parte de este entramado social, por supuesto somos afectados por hechos de violencia presentes en la sociedad en que vivimos.

En relación al concepto de empatía, contamos con vastas definiciones del término, pero consideramos la siguiente:

Empatía: Habilidad cognitiva de una persona para comprender el universo emocional de otra.

Para poder comprender una conducta e intervenir profesionalmente con un sujeto es necesario que podamos apartarnos de juicios morales y creencias asociados al delito o la transgresión. Esto no significa en ninguna medida que el profesional apruebe modalidades de conductas, sino que su propósito es lograr comprenderlas desde otro universo como el adolescente en un contexto único y particular.

Esta habilidad posibilita mayor afianzamiento de la relación vincular con el joven, facilitando la apertura a través del dialogo, lo que devela creencias, emociones y acciones relacionadas a las circunstancias que facilitaron el comportamiento delictivo. Para decirlo de otra manera, no significa que optemos por una actitud justificadora del delito, por el contrario, optamos por una actitud comprensiva del mismo.

Es importante que el adolescente pueda sentirse comprendido, sobre todo en un comienzo de un proceso de acompañamiento. La continuidad de un proceso fructífero, con avances a procesos reflexivos sobre determinadas conductas, en gran medida está asociado con la relación vincular establecida entre ambos.

En entrevistas posteriores a medida que avanza el proceso si se podrán profundizar aspectos relacionados con determinadas conductas, modalidades de respuestas frente a situaciones conflictivas, importancia del otro como sujeto, las conductas transgresoras y delictivas como perjudiciales para sí y para la sociedad.

Es en este marco que podemos introducir paulatinamente el concepto de responsabilidad de sus actos, trabajar juntos para la construcción de ciudadanía responsable y sentirse parte constructiva de la sociedad de la que forma parte.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, consideramos que los profesionales y actores que intervienen en el proceso de abordaje institucional y territorial buscamos que; los jóvenes que se encuentran cumpliendo una medida judicial, vivan ese trayecto como una oportunidad de poder pensarse como sujetos de derechos, activos y responsables.

A los fines de lograr el cumplimiento de lo expresado en el párrafo anterior, consideramos importante el aporte de la familia, comunidad, redes de sostenimiento, con que cuente el joven tendiente a que el mismo se vea como protagonista de su propia vida confiando en sus actitudes y posibilidades de cambio, afianzando sus fortalezas y potencialidades.

Se intenta que el joven lo pueda evaluar otras alternativas y "desista" de conductas transgresoras modificando o reduciendo aquello que ha facilitado o habilitado tal accionar.

BIBLIOGRAFIA

- BOTIJA YAGÜE, María de las Mercedes (2014) "Eclecticismo en la intervención con adolescentes en conflicto con la ley". Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.
- "Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Seguimiento de la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño" Secretaria de Derechos Humanos. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Año 2010.
- DSM-IV-TR Othmer y Othmer. La entrevista clínica.
- LAJE, María Inés, FREDIANELLI, Graciela y otros (2014) "La accesibilidad a la Justicia de Sectores vulnerables; nin@s/ Adolescentes pobres victimas de criminalización/tutela en la Provincia de Córdoba". San Juan.
- Fichas de Trabajo para los Equipos de los Dispositivos penales juveniles. Dirección Nacional para Adolescentes Infractores a la Ley Penal. Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Año 2006-2010.-
- Inseguridad social, jóvenes vulnerables y delito urbano. Ximena Hoffman y otros. Espacio Editorial, 2012.
- Ley Nacional 10903 de Patronato de Menores. Promulgada el 21/10/19. Publicada en el Boletín Oficial: 27/10/19.
- Ley Nacional 26061 de "Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes". Sancionada: 28/09/2005, Promulgada de Hecho: 21/10/2005.

- Ley Provincial 9944 de “Promoción y Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la provincia de Córdoba”. Sancionada: 04/05/2011 Publicada en el Boletín Oficial: 03/06/2011.
- *¿Qué es la Sistema Penal Juvenil?* UNICEF Argentina, Octubre 2012

Ponencia 3 – Comisión 3

Título: El Retorno del Porvenir, dar un Futuro.

Autor/es: Clara Bordenave - Patricia Marini

Datos y contacto autoras:

Lic. Clara Bordenave: Lic. en Psicopedagogía. Delegada Inspectora de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Integrante de la Comisión Directiva del CEDIM.
Domicilio: Zapata 490, 3º, CABA.
Email: claribordenave@gmail.com
Celular: 054911 51186440
Lic. Patricia Marini: Lic. en Trabajo Social. Lic. en Psicología. Egresada del Instituto de Psicoanálisis de las Configuraciones Vinculares (AAPPG). Coordinadora de Equipos Interdisciplinarios de Delegados Inspectores, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Miembro de AAPPG. Miembro de CEDIM.
Domicilio: Salguero 2137, 3º, A. CABA
Email: p.marini00@gmail.com
Celular: 05491154021327

"EL RETORNO DEL PORVENIR, DAR UN FUTURO"

RESUMEN DE LA PROPUESTA:

Intentamos en el desarrollo de este trabajo buscar herramientas que faciliten capacidades vinculantes y de simbolización; así como también interrogarnos acerca de nuestras prácticas, teorías y posicionamientos subjetivos, frente a una problemática que hace necesaria la generosidad de ofrecer desde la confianza y aceptación, espacios que propicien la palabra y el pensar y que ayuden en la construcción autónoma de proyectos de vida alejados de la transgresión social.
(Grupos de Palabra. Espacios de lectura. Talleres de escritura. Espacios de reflexión individual, etc. a través de una escucha empática y de la implicancia del Delegado.)

EL RETORNO DEL PORVENIR, DAR UN FUTURO

"En algún lugar debe haber un basural donde
están amontonadas las explicaciones.
Una sola cosa inquieta en este justo panorama:
lo que pueda pasar el día que alguien
consiga explicar también el basural".
Julio Cortázar.

Al pensar este trabajo, se presentaron interrogantes, necesidades, ideas, más que certezas, sobre nuestras prácticas con adolescentes, cuyas conductas, si bien propias de una ruptura evolutiva, se transforman en llamados de atención a la sociedad, buscando aquello de lo que se encuentran carentes o deprivados[398] en su vida.

Consideramos que un posicionamiento subjetivo, que se abstenga de prejuicios, con herramientas que convoquen a la palabra y al pensamiento, son la vía propiciatoria para acompañar a estos jóvenes en un proceso que pueda modificar su presente y facilitar la construcción de un porvenir. Habilitando un futuro más esperanzador, a donde puedan recurrir y comenzar a construir una historia y un futuro más favorable. Intentando dejar nuevas marcas, a modo de huellas y anclajes.

QUÉ PENSAMOS CUANDO HABLAMOS DE LA PALABRA?

Cuando hablamos de la "palabra" no es el mero "decir", es el acto relacional entre alguien que habla y un otro que escucha.

Es pensar la palabra como un elemento vinculante de simbolización; descartando la violencia que implicaría que el profesional utilice su propio decir, para interpretar. Llevando a una palabra "vacía de sentido" para el joven.

Asimismo, consideramos que la palabra, la escritura, la lectura, hablan de la capacidad de producción simbólica y la facilitan; y que el proceso de aprendizaje no se reduce a apropiarse progresiva y acumulativamente de recursos cognitivos cada vez más complejos, ni en una sóla etapa de la vida, sino a la forma en que cada sujeto asimila al mundo de acuerdo con sus experiencias afectivas y oportunidades sociales existentes, en donde el juego y la libertad resultan fundantes.

En el momento del "acto transgresor" ("bardo", conflicto, pelea, conducta antisocial, acting) nadie "escucha". Por eso, es necesario, dar un tiempo, establecer una espera, una demora, que se

[398]" Deprivación: Cuando"… el niño ha perdido algo bueno que, hasta una fecha determinada ha ejercido un efecto positivo sobre su experiencia y que le ha sido quitado; el despojo ha persistido por un lapso tan prolongado, que el niño ya no puede mantener vivo el recuerdo de la experiencia vivida."Winnicott, D.W. "Deprivación y delincuencia" Editorial Paidos. Argentina. 1996.

construya algo del lazo social, algo de ese lazo vinculante entre el joven y "quien lo escucha"; que posibilite revestir su realidad con Palabras Simbolizantes, que interpelen sus sentimientos, con sentido desde su mismidad, es decir, con ***Su Propia Palabra*.**

QUÉ PENSAMOS CUANDO PENSAMOS EL PENSAR?

Cuando hablamos de "pensar" nos referimos a poner entre paréntesis las certezas, ideologías, opiniones propias, para abrir "al pensar con" o "pensar entre dos" lo que requiere de uno o más interlocutores (aun en ausencia) que amplíen el campo de cuestionamiento, según la Dra. Puget.
"Pensar entre dos o más, nace del des-encuentro, de la no coincidencia y de la imposibilidad de internalizar al otro. La identificación pierde su lugar privilegiado, y actúan la imposición, la capacidad de destituir lo instituído, de de-construir convicciones, de percibir inconsistencias y carencias y, principalmente de aceptar jugar con la ajenidad y alteridad del otro."[399]
Se trata, como diría esta autora, de un *pensar utilitario* que posibilita construir "*nuevas certezas momentáneamente protectoras*" , combinado con un *pensar creativo*, sin límites, indeterminado, que incluye muchas variables y destituye certezas para desbloquear la imaginación.
Consideramos que la autonomía de pensamiento crítico y el despliegue de la reflexión se ven afectados por diferentes circunstancias.
Los jóvenes y niños que llaman la atención de la sociedad para buscar recubrir aquello de lo que se sienten deprivados, no poseen un espacio fecundo para pensar y hablar en su cotidianidad; por lo que consideraríamos fértil, liberar la escucha y poner entre paréntesis nuestros supuestos, ofreciéndoles dispositivos que favorezcan la construcción de pensamientos, acerca de sus situaciones de vida y acciones; partiendo de tres supuestos que fomenten aptitudes superadoras:

- **Capacidad expresante** : donde se junta el pensamiento con el afecto.
- **Capacidad relacional**: donde hay algo de lo vinculante, alguien que habla y otro que escucha.
- **Significación**: dar un sentido.

A modo de ejemplo sobre la importancia de facilitar la palabra y el pensar, transcribiremos una viñeta de la experiencia investigación/acción del "*Grupo de Palabras*"[400] realizado en un Centro de Régimen Cerrado para Adolescentes Infractores a la Ley Penal:

---

[399] Puget, Janine. "Subjetivación discontinua y psicoanálisis". Cap. 3, pág.47. Ed. Lugar. Buenos Aires 2015

[400] El dispositivo Grupo de Palabra se comenzó a utilizar en la universidad de Paris VIII para asistir a los sobrevivientes del holocausto. Luego, y desde hace más de una década, se aplica en Uruguay a adolescentes marginados en conflicto con la ley penal, bajo la coordinación del Dr. Marcelo Viñar. Ambas experiencias se refieren a una intervención en grupos que han vivido realidades sociales traumáticas tales como marginación y genocidio; cuyos integrantes, afectados en su subjetividad, requieren de la tramitación de conflictos y la creación de nuevos vínculos. El intercambio entre pares es humanizante; permite a los sujetos sentirse constituyendo un grupo que los contiene y los trasciende, donde es posible tejer un

"- Sabe que soñé con usted. Soñé que me la cogía... estaba así de duro... (sigue un relato obsceno del acto sexual). Después venía el guardia me ponía las esposas y me llevaba...
Había una permanente amenaza de "tocar" (se ponían detrás de los coordinadores y hacían gestos sin que ellos pudieran verlos, hablaban todos a la vez, se cambiaban de lugar, se levantaban, etc.), pero no llegaron a "tocar", por eso se preservó el espacio.
El borde era erótico y de violencia; cuando se paraban y se ponían detrás de los coordinadores, les hacían sentir que estaban indefensos y podían ser alguna de esas "pelucas que arrastraban" (así se referían a viejitas que tiraban al suelo para robarles).
Hablaban del acto sexual poco metabolizado (erotismo), donde la mujer es "un agujero", desafectivizados, trasmitiendo un fantasma de violación a los coordinadores.
Luego, frente a la reflexión, se dio un momento vinculante de simbolización. Uno de ellos pudo expresar el porqué de esa desafectivización sexual:
- Si nosotros no sabemos cuánto tiempo vamos a vivir. Además...vamos a pasar años aquí encerrados…
Vidas fugaces, pensamientos fugaces, momentos de simbolismo fugaces..."[401]

La palabra y el pensamiento son constituyentes de subjetividad, posibilitan nuevas marcas mientras que la grupalidad funciona como matriz socializante. Cuando estos tres aspectos circulan, se abre el camino a la capacidad simbolizante, es decir, la capacidad de poder darle un sentido a las situaciones vitales y vivencias de dolor.

CÓMO PENSAMOS EL PERFIL ADOLESCENTE?

Yo soy rebelde por que el mundo me hizo así
Por que nadie me ha tratado con amor
Por que nadie me ha querido nunca a oír
Yo soy rebelde porque siempre sin razón
Me negaron todo aquello que pedí
Y me dieron solamente incomprensión

"nosotros". El dispositivo se sostiene en la hipótesis de que la circulación de la palabra posibilita la creación de vínculo y lazo social, atenuando la tendencia a la acción, estrategia recurrente de sobrevida en estos jóvenes.

[401] Marini, Patricia – Trabajo Investigación/acción: Grupo de palabra- Borde entre el pasaje al acto y la simbolización- Acta 28/04/04

Manuel Alejandro

Attaque 77

Winnicott responde algunos interrogantes de la siguiente manera: "¿Cómo es un niño normal?¿ Simplemente come, crece y sonríe dulcemente? No, no es así. Un niño normal, si tiene confianza en el padre y en la madre, actúa sin ningún freno. Con el correr del tiempo, pone a prueba su poder para desintegrar, destruir, atemorizar, agotar, desperdiciar, trampear y apoderarse de lo que le interesa. Todo lo que lleva a la gente a los Tribunales (o a los manicomios) tiene su equivalente normal en la infancia y la niñez, y en la relación del niño con su propio hogar. Si el hogar es capaz de soportar todo lo que el niño hace por desbaratarlo, éste puede ponerse a jugar…!"[402]

Es por todos conocida la crisis adolescente, con sus particulares características, duelos y sufrimientos; momento de búsquedas esperanzadas, así como de rupturas fecundas o letales.
Tiempo de refundación psíquica que tiende a quebrar con el pasado infantil para avanzar hacia el presente y el devenir. Más allá de las diferencias vinculadas a la posición social, opción sexual, cultura, grupos de pertenencia, etc. ¿Cómo ingresar al mundo del adulto? Generalmente lo que facilita esa reorganización psíquica es un ambiente contenedor, resistente a esos cambios y que comprenda que los riesgos son condición de la adolescencia, otorgándole una *moratoria social* que los habilite a cuestionar ciertos instituidos de los adultos.
Habitante de una doble crisis, el adolescente, con su precaria subjetividad, sus dolores, sus tropiezos, pretensiones, equivocaciones, etc., se encuentra, por un lado, con el desbarrancamiento de su "*mundo interno a partir de la metamorfosis física y psíquica de las que se ve arrojado sin un posible retorno"* y, de manera simultánea, con la crisis que "*se desencadena sobre el territorio de sus vínculos (amistosos, amorosos, familiares e institucionales)"*[403].
Intuimos que simplemente convocando la memoria de los oyentes, sus propias adolescencias y las de aquellos seres significativos de sus vidas, podríamos tomar registros del sentir adolescente.
Pensamos que la condición adolescente de por sí conlleva un momento de mayor vulnerabilidad psíquica. Es una transición que puede virar, de enmarañada a peligrosa y de peligrosa a letal. Tal como transmite el Lic. Marcelo Cao, las variaciones dependen de "*los lineamientos culturales regenteados por el imaginario social de turno".*[404]
Entonces, ¿Hacia dónde virarían aquellos adolescentes invisibilizados en el imaginario social actual, sumidos, desde el origen, en profundas carencias, desamparo y vulnerabilidad? ¿Cómo sería para ellos perseguir el "todo bien" instalado en la cultura reinante para propiciarse una "sensación" de bienestar? ¿Cómo aplacar la exclusión, el hambre, el dolor y la exigüidad?

---

[402] Op.Cit, Winnicott, D. W. "Deprivación y delincuencia", Capitulo XIII, página 138. Ed. Paidós 1996.
[403] Cao Marcelo. "Desventuras de la autoestima adolescente". Introducción. Pag 14.Ed. Windu. Buenos Aires, 2013
[404] Cao Marcelo. "La condición adolescente" Cap. 1. Pag 17. Ed. Windu. Buenos Aires, 2013

LA CONDUCTA ANTISOCIAL COMO ACTO ESPERANZADO:

¿Y si me pongo a gritar y no te bailo el olvido?
¿Y si te niego el licor que embriaga las ideas?
¿Y si te escupo eso de uno en un millón?
¿Y si mi presencia inquieta todos tus planes?
¿Y si mi corazón vomita todo tu veneno?
¿Y si no me matás y quedó en eterna agonía?
¿Y si te devuelvo con abrazos todas tus piñas?
¿Y si mis odios no te tienen en su lista?
¿Y si me recibo de irreversible?
¿Y cuando el premio ya no sea el castigo?
¿Y qué onda si soy un caso muy extraño?
¿Y qué onda si estoy orgulloso de tu desprecio?
¿Y si lo más inspirador fuera tu desconfianza?
¿Y qué onda si mis preguntas sorprenden también a mi pasado?
Camilo Blajaquis[405]

Entre los variados y singulares casos bajo esta conflictiva, una franja llega a la situación debido a las vicisitudes propias del intento de ruptura con su mundo infantil, por identificación con sus pares, o por fallas en las funciones de sostén y corte. Para la mayoría de estos jóvenes la intervención de una "autoridad" contenedora que facilite un tratamiento familiar, individual o grupal, o una diferente y más apropiada utilización de recursos educacionales, recreativos, o económicos, posibilita la emergencia de lo nuevo, reorganizando la provisión ambiental y el mundo interno.
Por lo tanto, cuando actúan este tipo de conductas como llamado para compensar una falla o deprivación, pero aún no se han establecido en ellos, rasgos estables con tendencia a la transgresión; una mínima intervención de la justicia opera para reorganizar lo fallido del vínculo familiar convocando a un tercero, ley simbólica.
A modo de ejemplo, les relataremos el caso de **Nadia**.
Llega al Juzgado acompañada de una operadora de la residencia socio educativa donde provisoriamente se encontraba alojada; con una actitud que quería ser desafiante y temeraria, pero que evidenciaba tanto dolor como temor. Se percibían ganas y necesidad de ser "escuchada"; poder ser ella quien contara su historia, no un papel de otro, no un otro ajeno.

[405] César González o Camilio Blajaquis, quien estando internado en el CSRC Agote, en una celda de castigo, muy golpeado, lee un libro que un operador le deja "Operación Masacre" de R. Walsh. En la cara desfigurada del fusilado se reconoce. Reconoce su padecer, su dolor. "Me llama la atención el título, sin saber quién era Walsh tomo la desición de transformar el dolor en algo productivo". Entrevista realizada el 06/06/12 por el Canal Encuentro, Programa: "Historias Debidas" www.encuentro.gov.ar

Empezó diciendo que quería volver a la escuela, estaba cursando cuarto año del secundario, con buen rendimiento y le gustaba ir.
Que se lleva bien con la hermana mayor pero que su mamá siempre la echaba de la casa. Que el hecho que se le imputa es "porque estaba en el lugar equivocado, con las personas equivocadas".
Se intentaron vinculaciones y orientaciones para que pudiera estar en su casa con la mamá, el papá afín y los hermanos. Todos intentos fallidos que finalmente la devolvieron a la calle, a la misma ranchada, durmiendo en una plaza; pero fue estableciendo una relación de cuasi cotidianeidad con los delegados respondiendo a citaciones, entrevistas y provocando encuentros para ser escuchada.
Paralelamente, conoce a Franco quien enfrenta a su propia familia y le da amparo en su casa, ellos, finalmente la aceptan imponiéndole ciertos límites que le actualizaban la actitud querellante que adoptaba como defensa hacia su madre, quien la pensó como "Nadia" y nunca pudo alojarla. A pesar de esto logró establecerse en vínculos y espacios familiares como la ranchada y la familia de Franco, y otros espacios escolares, laborales y terapéuticos, aunque precariamente. Comienza su propio emprendimiento, hacer chocolates caseros que vende en la escuela a la que asiste. Empieza a desarrollar cierta autonomía económica, sin por esto descuidar su rendimiento escolar.
Entre los vínculos para Nadia esperanzadores y protectores, se encuentran algunos docentes, uno de ellos, "l*a de biología, que me quiere, viste*?" le dio un artículo del diario donde habla de una chica argentina de la calle que logra "salir" y ahora estudia en Harvard. Nos pregunta si nosotras creemos que ella va a poder aunque sea llegar a la facultad...
¿Qué se hace, si falla esta seudo convivencia, si retorna a la ranchada, tan distante de esta escuela que le brinda soñar con un proyecto diferente?
¿Se piensa en una estrategia rígida? como por ejemplo obligarla o convencerla para que se adapte a vivir en una residencia socioeducativa. ¿No sería ésto, continuar con el modelo sufrido? ¿Por qué no pensar en otro camino que le posibilite comenzar a reorganizarse, respetando su estilo de vida?
Restituir un derecho, implica la restitución de la direccionalidad de su vida, desde un lugar que la beneficie y enriquezca, que le de autonomía. Pero... ¿Se puede restituir algo que no se tuvo?

LA CONDUCTA ANTISOCIAL COMO ACTO DESESPERANZADO:

Los nadies: los hijos de nadie, los dueños de nada.
Los nadies: los ningunos, los ninguneados, corriendo la liebre, muriendo la vida, jodidos, rejodidos.
Que no son, aunque sean.
Que no hablan idiomas, sino dialectos.
Que no profesan religiones, sino supersticiones.
Que no hacen arte, sino artesanía.

Que no practican cultura, sino folklore.
Que no son seres humanos, sino recursos humanos.
Que no tienen cara, sino brazos.
Que no tienen nombre, sino número.
Que no figuran en la historia universal,
sino en la crónica roja de la prensa local.
Los nadies, que cuestan menos que la bala que los mata
Eduardo Galeano.

Este perfil, instala una modalidad de funcionamiento transgresor, con ciertas características recurrentes; la mayoría nace en condiciones de vulnerabilidad social con carencias y fallas ambientales de distintas índoles (marco social, familiar, económico) carencia básicas de sostén y apuntalamiento de lo que, por lo tanto, no tienen registro ni inscripción. Es así que estructuran una seudo identidad recia y cruel que encubre un andamiaje lábil y vulnerable, de fortaleza aparente, "chicos rudos" que se muestran arrogantes y en el fondo de sus ojos se refleja el temor y el desamparo. Chicos a los que se hace dificultoso acercarnos por su actitud, a veces desafiante, a veces expulsiva, pero en los que se puede vislumbrar que dentro de esa fortaleza aparente, hay un desamparo estructural, **un yo desvalorizado.**

Como ya expresamos, acordamos con el Lic. M.Cao, en pensar la adolescencia como un tránsito hacia la adultez que se sostiene en el imaginario social de cada sociedad y de cada época. ¿Cuál sería el papel que esta sociedad fugaz, ausente de lazos solidarios y de justicia social, le destina a estos jóvenes?

Estos chicos han carecido de apuntalamiento, de anclaje en vinculaciones perdurables, de moratoria social y son invisibilizados hasta que ingresan a un sistema judicial. Allí reciben un trato diferencial que intentaría compensar a través de un "*estado de excepción*"[406], el desamparo original que esa misma sociedad les propició, arrojándolos a una condición de "*parias urbanos*".

"Estos niños están "afuera", condenados a una rotonda sin fin de exclusión.
En cada momento histórico se inventó un modo de depositar "afuera" aquello que representaba un peligro social. El siglo XVII, los encerró. El siglo XX, los invisibilizó.
¿Podremos colaborar con nuestras reflexiones y participación a que el siglo XXI invente un modo más justo para todos?"[407]

Como ejemplo de este perfil compartiremos el caso **Nicolás**:

No es la primera vez que está en tribunales ni alojado en algún centro.

[406] Agamben El estado de excepción, es decir, la suspensión del orden jurídico que suele considerarse como una medida de carácter provisional y extraordinario, se está convirtiendo hoy, a ojos vistas, en un paradigma normal de gobierno, que determina de manera creciente y en apariencia incontenible la política de los Estados modernos en casi todas sus dimensiones.

[407] Marini, Patricia. "Subjetividad y Justicia" presentado en Jornadas sobre infancia y marginalidad Asociación Referencia Buenos Aires y Profesionales de Uruguay.2001

No es la primera vez que transgrede seriamente la ley penal.
Es joven, muy joven y sin embargo su historia de vida se puede adivinar entre varios cuerpos de un expediente.
Cuando lo conocemos, recién ingresado al centro cerrado, le comunican que había fallecido su papá, quien vivía en situación de calle con gran compromiso adictivo y deterioro físico como consecuencia de una enfermedad infectocontagiosa.
Su mamá también enferma, alternaba sus días entre internaciones en hospitales de agudos, comunidades terapéuticas y situación de calle, en el conurbano bonaerense. Al tiempo, se entera por un sacerdote que va a visitarlo, que ella también había fallecido.
Él, desde hacía tiempo, tenía como lugar de referencia y pertenencia una de las tantas villas de la provincia de Buenos Aires.
Nicolás tiene una mirada de niño, se presenta afectuoso. ¿Se abre al diálogo? o ¿nos dice lo que él cree que queremos escuchar?
Padece la misma enfermedad que sus padres, lo primero fue hacerle los controles para ver su estado de salud.
Hay una tía, una abuela, hay primos, por parte de su papá que quieren vincularse... parece involucrarse en todas las propuestas que desde la institución se le ofrecen. Se muestra afectuoso con los diferentes profesionales de los equipos que intervienen y con los miembros de su familia.
Egresa, pero no logra sostener ninguna de las estrategias, no se deja acompañar, y finalmente hace abandono de sus familiares.
Regresa a lo que eran sus referentes de la calle, de la villa.
Por unos años no supimos de él.
Ya con 17 años vuelve a quedar detenido, esta vez de novio, ella chica, muy chica, como él, cuando lo conocimos, 15 años, embarazada y contagiada de la misma enfermedad.
Significativamente, la familia, habla de Nicolás como "lo mejor que le pudo pasar a su hija". Vive con ellos, conserva su entorno, su grupo de pares, su lugar de pertenencia.
Y nuevamente, su mirada, "su implicancia", "su apertura al hablar", "su forma de involucrarse en las propuestas"...
Unas semanas antes de ser papá, egresa.
Unos días antes de cumplir 18, nos trae a su recién nacida hija.
Una semana después de cumplir los 18 años, subido a una moto en la parte de atrás, con chaleco antibalas, con un arma de guerra, recorriendo las callecitas de "su villa", lo alcanzan siete balas.
Siete mortales balas, la última, la que ya no lo dejará experimentar, ni ver si alguna vez puede poner en palabras tanto dolor, tanta vida de desamparo, en la boca.
Estos jóvenes necesitan adultos que puedan poner entre paréntesis sus propias certezas para dar lugar a una escucha que propicie el pensamiento y la palabra de ellos, construyendo nuevas marcas que les permitan comenzar a confiar en un otro externo y en sí mismo, dejando de necesitar manifestarse “duro” y dar paso a la ternura.

Más allá de lo que encuentren, en algunos de ellos, pareciera que no alcanza, que prima más la desilusión y la pulsión de muerte que los lleva a encerrarse en su propio dolor y desesperanza.

EL PARADIGMA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL Y EL POSICIONAMIENTO SUBJETIVO DE LOS DELEGADOS INSPECTORES COMO EQUIPOS INTERDISCIPLINARIOS EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL DE LA ARGENTINA

"Fue como si en aquellos últimos minutos [Eichmann]
resumiera la lección que su larga carrera de maldad
nos ha enseñado, la lección de la terrible banalidad del mal,
ante la que las palabras y el pensamiento se sienten impotentes"
H. Arendt, Eichmann en Jerusalen

Tal como transmitiéramos al principio, este trabajo intenta interrogar acerca de nuestros posicionamientos subjetivos. Nos preguntamos: ¿Cuántas veces alienados por la complejidad institucional, las carencias de recursos y las propias desesperanzas, incurrimos en banalizar el mal?
En principio destacamos la importancia de recordar que el hecho de cometer un delito no desinviste a los jóvenes de su condición de niñez/adolescencia o mejor, debiéramos decir, que el hecho de cometer un delito no desinviste al sujeto de su condición humana.
Kliksberg sostiene que "*si se evade una discusión a fondo sobre las causas últimas del problema delictivo y, por el contrario, se concentra la acción en la mera punición, poniéndose entre paréntesis los derechos básicos del sistema democrático para facilitarlas, se corre un gravísimo riesgo. Es posible avanzar en un proceso que de hecho, aún sin proponérselo, esté criminalizando la pobreza*"
Y agrega que *"América Latina se encuentra en una encrucijada ante el ascenso de la delincuencia: puede optar por el camino de la criminalización de la pobreza o por el camino de la integración social*"[408].
Dentro del marco sancionatorio que implica una Intervención Judicial Penal, vamos a poner especial énfasis en aquellas intervenciones que prioricen lo proteccional, ya que estas últimas habilitan al cambio y a la construcción psíquica, mientras, las sancionatorias limitan el pensamiento. Una sanción por sí misma, no convoca de forma significativa al pensamiento, meramente tiende, a través del miedo, a lo adaptativo que implica someter al sujeto a parámetros no propios.

[408] Kliksberg, Bernardo. "Castigo o prenvención". Artículo publicado en www.reforma.com

Entendemos las medidas de Protección Integral, como un combo que necesariamente incluye tanto al sostén, apuntalamiento, amparo, presencia, recursos, dignidad, como al límite, al corte, a ese dique de "contención" que facilita la sociabilización.

El pasaje del Estado de Bienestar (Ley de Patronatos 10903, ley Agote. Año 1919) a la Protección Integral (Ley 26061. Año 2005) ha puesto en evidencia la necesidad de construir recursos que apuntalen a los jóvenes y les ofrezcan una "contención" que sostenga y haga de límite sin castigarlos y/o excluirlos.

El paradigma de la Situación Irregular los miraba como una patología social; relacionando directamente pobreza-delincuencia, protección-control social, menor-objeto de tutela. El Paradigma de la Protección Integral los concibe como objeto de derecho, con pleno reconocimiento de su condición humana, capacidades y respeto por su dignidad.

La transición de un paradigma a otro, nos desafía a seguir sorteando obstáculos en relación a los recursos institucionales y a nuestras prácticas, como así también a contribuir a la adecuación de las mismas conforme la normativas Nacionales e Internacionales vigentes.

El cuerpo de Delegados Inspectores de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, se compone por profesionales de diferentes disciplinas, distribuidos entre los siete Juzgados de Menores (4 equipos interdisciplinarios, con tres integrantes cada uno, más una coordinadora por Juzgado). Y el equipo de mayores, con anclaje laboral en la Prosecretaría de la Cámara, que desempeña sus funciones con población adulta.

Nuestra tarea/intervención comienza cuando al adolescente, se lo supone infractor a la Ley Penal. Durante el tiempo que dura el proceso los Equipos Interdisciplinarios son la cara visible y representan el nexo más palpable entre ellos, la instancia penal judicial y los recursos de la comunidad.

Los delegados han debido atravesar esa transición y romper con ciertos modelos en los que habían sido formados.

Consideramos que se hace necesario un posicionamiento subjetivo que implique poder hacerse cargo, con responsabilidad, del otro, sin universalizar los propios valores, respetando su singularidad. Implementando dispositivos que vehiculicen **la capacidad de expresión**, l**a capacidad de relación** entre las partes y la posibilidad de dar significación a los hechos ocurridos y al proceso a desarrollarse (**Función Simbolizante).**

BIBLIOGRAFÍA

- Actis, Fabián y otros. " Grupo de Palabra. Una práctica con adolescentes privados de su libertad. XX Jornadas Anuales de la AAPPG 1954-2004. AAPPG. Buenos Aires. 2004.
- Agamben Giorgio. "Estado de Excepción". Ed. Adriana Hidalgo. Buenos Argentina. 2005.

- *Arendt, Hanna. "Eichmann en Jerusalen". Ed. Debolsillo. Argentina. 2015.*
- Aulagnier, Piera. "Construir(se) un pasado". Psicoanálisis-Apdeba-Vol.XIII. nro.3. Buenos Aires 1991.
- Blajaquis, Camilo. "La venganza del Cordero atado". Ediciones Continente. Buenos Aires. 2011.
- Bordenave, Clara y otros. Trabajo presentado en las Jornadas "Legislación y Prácticas en el Sistema Penal Juvenil." Publicación de CEDIM. Buenos Aires. 2015.
- Cao Marcelo. "Desventuras de la autoestima adolescente". Ed. Windu. Buenos Aires, 2013
- Cao Marcelo. "La condición alolescente" Ed. Windu. Buenos Aires, 2013
- Flesler Alba y otros. " De poetas, niños y criminalidades". Ediciones del Signo. Buenos Aires. 2003
- Galeano, Eduardo. "El Libro de los Abrazos". Ed. Siglo XXI. Uruguay 2003.
- Kliksberg, Bernardo. "Castigo o prenvención". Artículo publicado en www.reforma.com
- Marini, Patricia "Trabajo Investigación/acción: Grupo de palabra- Borde entre el pasaje al acto y la simbolización" Acta 28/04/04
- Marini, Patricia. Jornada sobre Infancia y Marginalidad, Referencia Buenos Aires y Grupo de supervisión del Dr. Marcelo Viñar.Colonia, Uruguay, 2001.SUBJETIVIDAD Y JUSTICIA.
- Marini, Patricia. Asociación Psicoanalítica Argentina. Jornadas de Medicina Psicosocial. "El diagnóstico en la práctica con niños en conflicto con la ley penal". Buenos Aires. Mayo 2006.
- Pelento, M.L. "La patologización de la infancia. ¿Niños o síndromes?" Cap.2 "Incidencia de los cambios culturales en la subjetividad de los niños" Ed. Noveduc. Buenos Aires. 2009.
- Puget, Janine. "Subjetivación discontinua y psicoanálisis". Ed. Lugar. Buenos Aires 2015
- Schlemenson, Silvia y otro. "Adolescentes y problemas de aprendizaje. Escritura y procesos de simbolización en márgenes y narrativas". Ed. Paidós. Buenos Aires. 2014.
- Tollo Miguel. " Culturas adolescentes. Subjetividades, contextos y debates actuales". Ed. Noveduc Libros. Buenos Aires. 2015.
- Wacquant, Loic. "Parias urbanos: marginalidad en la ciudad" Ed. Manantial. 2002.
- Winnicott, D.W. "Deprivación y delincuencia" Editorial Paidos. Argentina. 1996.

Ponencia 4 – Comisión 3

Título: El rol del psicólogo en el abordaje de jóvenes infractores a la ley penal.

Autor/es: Claudia De Simone

EL ROL DEL PSICÓLOGO EN EL ABORDAJE DE JÓVENES INFRACTORES A LA LEY PENAL.

INTRODUCCIÓN

El abordaje terapéutico de jóvenes que han cometido una actuación transgresora, es un ámbito absolutamente complejo. En este se puede observar un entramado de dos discursos que conviven, algunas veces solidariamente y otras tantas paradojalmente. Se distinguen aquí, por supuesto el ***discurso jurídico***, aquel que toma al sujeto y lo interroga sobre los hechos que realizó para luego aplicar sobre este un reproche de tinte sancionatorio, y el ***discurso psicológico*** que intenta que el sujeto se interrogue acerca de las motivaciones inconscientes que lo llevaron a involucrarse en ese acto transgresor.

Recorreremos este ámbito de inserción del psicólogo jurídico a través de las distintas miradas que confluyen y que de acuerdo a la interacción de las mismas, podrá resultar beneficioso para el niño o joven que esté detrás de ellas.

UNA MIRADA DESDE LO JURÍDICO

Partiremos definiendo la ***privación de la libertad*** tal como aparece en las ***Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de la Libertad***, a saber:

> *"Toda forma de detención o encarcelamiento, internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir a la persona menor de edad por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa y otra autoridad pública".*

Esta definición incluye la internación por motivos de protección y no sólo por infracciones cometidas por adolescentes contra la ley penal[409]. También se incluye la internación[410] en una

[409] Se refiere a todo niño, niña o adolescente al que se le ha imputado la comisión de un acto transgresor que la ley califica como "delito" o se le ha considerado culpable de la comisión de este.

institución clínica/médica ordenada por cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

En este sentido, la privación de la libertad es entendida como una severa restricción de derechos que, de no ser aplicada adecuadamente, provoca deterioros irreversibles en el desarrollo y evolución de los niños, niñas y adolescentes por el nivel de padecimiento que conlleva.

La ***Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*** excluye a la privación de la libertad como medida de protección y restringe claramente la posibilidad de su aplicación en el ámbito penal, como medida excepcional y por el menor tiempo posible.

Resulta imprescindible mencionar cómo es el sistema jurídico aplicable a la infancia, puesto que el mismo representa un entramado sumamente complejo que ha posibilitado su subsistencia durante casi un siglo.

Al respecto, en el año 1919 se sancionó la ***Ley 10.903***, también llamada ***Ley Agote*** o ***Ley de Patronato de Menores***, que dio comienzo a la construcción de un "*sistema tutelar".* Esta ley disponía que ante el hecho de que un menor de 18 años de edad se encontrara en *"abandono o peligro material o moral"* se diera intervención al Juez de la jurisdicción criminal y correccional, ya sea en la Capital de la República o en las provincias o territorios nacionales.

Frente a estos menores de edad en tal situación, la ley suponía que el Estado tenía la función de tutelar a través del Juez de Menores (penal), quien cumpliría su rol no solamente desde un aspecto estrictamente jurídico sino también desde un aspecto moral y social. Esta intervención del Juez apuntaba a la "*protección"*, por lo tanto requerirían de su *"tutela"* y tenía la facultad de "disponer" de estos menores hasta que alcanzaran la mayoría de edad (21 años).

Este modelo de intervención es llamado por la doctrina de *"la situación irregular*", bajo el argumento de la protección, los niños y adolescentes eran separados de su medio familiar y comunitario e internados en establecimientos penales sin precisar el período de tiempo que abarcaría esa medida, apelando a una discrecionalidad ilimitada del juez que solo encontraba su

[410] Por ejemplo: Centros socio-educativos de Régimen Cerrado, Hogares, Clínicas Psiquiátricas, Comunidades Terapéuticas, Residencias Juveniles, etc..

límite en la mayoría de edad, al tiempo que apelaba a la privación de la libertad como una medida de primer recurso.

Quizás la crítica más importante a este sistema tutelar, podría basarse en que no se hacía distinción entre aquella porción de la infancia que era víctima de delito, aquella que era imputada de un acto transgresor y aquella porción de la infancia que se hallaban en situación de vulnerabilidad económica y social.

Asimismo, este sistema no se agotaba con la *Ley de Patronato* sino que funcionó conjuntamente con el ***Régimen Penal de la Minoridad*** *creado por el* ***Decreto-Ley Nº 22.278*** de 1980 (modificado por el Decreto-Ley Nº 22.803). Esta norma distingue una actuación diferenciada según las diferentes franjas etarias de que se trate:

a) **Hasta los 16 años de edad:** Los niños y adolescentes son "*no punibles*", esto es la imposibilidad jurídica de aplicar pena, de recibir reproche jurídico, aunque se podía disponer de estos hasta los 21 años de edad

b) Entre 16 años y hasta los 18 años de edad: para esta franja se establece un régimen de punibilidad plena, para los delitos de acción pública, con más de dos años de prisión que se encuentran establecidas en el *Código Procesal Penal para Adultos*, por lo tanto no existe distinción entre las penas aplicables estos adolescentes y las aplicables a los adultos.

c) Entre 18 años y 21 años de edad: son considerados *jóvenes adultos*[411] y son siempre punibles.

Ahora bien, desde la incorporación –1990- de la ***Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*** (CDN) al derecho positivo interno e incluso cuando se le otorgó jerarquía constitucional –1994-, ha desatado discusiones basadas en la necesariedad de adecuación legislativa a este documento. Como consecuencia de esto, surge la sanción de la ***Ley Nº 26.061/06 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes***[412]***,*** la cual deroga la *Ley Nº 10.903,*

[411] Artículo 126 del Código Civil, Articulo 15 de la Ley 10.903, Articulo 1 y 2 de la Ley 22.278 (modif, 22.803)
[412] Esta Ley crea en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, la Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia. También en el ámbito del Poder Legislativo, crea la figura del Defensor de los Derechos de las Niños, Niñas y Adolescentes.

aunque todavía sigue vigente el ***Decreto Ley N° 22.278 Régimen Penal de la Minoridad,*** siendo esto todavía una asignatura pendiente.

La *Ley de Protección Integral* tiene como finalidad la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuyo principio rector es el *interés superior del niño.* Se deberá entender como interés superior del niño, a la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos.

Esta Ley apunta al fortalecimiento de los vínculos entre padres e hijos, por lo tanto la separación de los padres debe ser una medida de *último recurso*, solo aplicable excepcionalmente, limitada en el tiempo, reservada para los casos de graves violaciones de sus deberes parentales y dictados con absoluto respeto de los derechos y garantías de los progenitores.

Por lo tanto, el rol del Estado es el de ser garante de los derechos del niño y la sanción de esta Ley crea el ***Sistema de Protección Integral de Derechos***, este establece una organización mediante la cual las instituciones administrativas y judiciales se encuentran dotadas de dispositivos que se pondrán en marcha ante la violación o amenaza de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

> *Por último, se considera que los niños y adolescentes en infractores a la ley penal son sujeto de derecho, que deben ser oídos y su opinión debe ser tenida en cuenta, como así respetar todos sus derechos (a la identidad, a la salud, etc.), que la organización en la que se encuentran debe garantizar la restitución y protección de estos y que la privación de libertad debe ser una medida excepcional, limitada en el tiempo por el más breve lapso posible.*

UNA MIRADA DESDE LO INSTITUCIONAL

Los profesionales psicólogos que nos desempeñamos en una institución de régimen cerrado que alberga niños y jóvenes con causa penal, hemos observado que la internación en privación de libertad era una medida que los jueces de menores la utilizaban sin precisar –con antelación- tiempos de permanencia, a la que se apelaba –muchas veces- como primer recurso, para luego poder diseñar un objetivo y/o abordaje adecuado para revertir la situación que motivó el alojamiento de un joven en este tipo de establecimientos.

Teniendo en cuenta esto, es necesario considerar para la elaboración de estrategias terapéuticas, la imposibilidad de contar con antelación el tiempo que un joven permanecerá internado, es por ello que, para poder viabilizar lo anteriormente expuesto, deberemos realizar intervenciones, señalamientos, minidevoluciones tendientes a lograr la subjetivización, desde el primer instante que se toma contacto con el sujeto a evaluar.

Es imprescindible aclarar que, la función principal de este tipo de instituciones, es la realización de un diagnóstico integral del joven y de su núcleo familiar y/o referentes afectivos que puedan llegar a hacerse responsables de este, o bien contar con alternativas institucionales a la privación de libertad para poder derivar, según la problemática que presenta el mismo.

Esta tarea diagnóstica deberá ser realizada en el menor tiempo, remitiendo al juzgado interviniente un ***informe técnico*** (mayormente psicológico y social) en el cual se consignará una sugerencia de derivación. Esta sugerencia de derivación no es más que una indicación de la modalidad de abordaje terapéutico más conveniente.

Ahora bien, en cuanto a la sugerencia de derivación, debemos decir que existen limitadas alternativas de derivación, este escaso abanico de posibilidades, se presenta como un obstáculo difícil de sortear a la hora de sugerir al juez, qué tipo de modalidad de abordaje requiere el joven que hemos evaluado, produciéndose –en la mayoría de los casos- un desvío que no permite hacer coincidir fielmente la problemática individual con las características de la institución que finalmente lo albergará.

En cuanto a esto, nos resulta indispensable detallar las distintas alternativas de derivación, como así también los indicadores técnicos más relevantes que permitirían sugerir la modalidad de abordaje más conveniente en cada joven evaluado, a saber:

a) **Egreso con su familia, tutor o referentes afectivos:** Es la posibilidad de que el joven sea externado y reintegrado a su núcleo familiar o bien con tutor o referentes afectivos. Para ello, deberemos evaluar:

    - El grado de continencia familiar o de las figuras que podrán hacerse cargo del joven

- Qué el joven presente cierto grado de consciencia de la situación en la que se encuentra involucrado y que esta no halla devenido en una situación de alta exposición a riesgos.
- Que cuente con recursos internos que le permitan funcionar autónomamente
- Posibilidad que pueda esbozar un proyecto de vida distinto
- Que se evidencie implicancia subjetiva y posibilidad de utilizar la palabra para expresar lo que le sucede.
- Que pueda tomar consciencia de las consecuencias de su accionar y no exponerse a riesgos para sí ni para terceros.

b) **Institución de régimen cerrado de acuerdo a la franja etarea:** Se trata de un **dispositivo penal juvenil de privación de libertad**, cuyo abordaje deberá ser integral dentro de una institución de régimen cerrado que posee un régimen institucional de internación integrado por profesionales de distintas disciplinas (psicólogos, trabajadores sociales, médicos, nutricionistas, etc.) con acompañamiento de personal de seguridad y operadores socio-comunitarios. Para poder sugerir esta modalidad de tratamiento, el joven deberá:
   - Presentar escasa consciencia de la situación en la que se involucró
   - Dificultad para expresar con palabras su conflictiva
   - Tendencia al acting,
   - Escasa posibilidad de manejar sus impulsos
   - Dificultad para resolver sus conflictos a través de la violencia
   - Haberse involucrado en situaciones de alto riesgo no sólo para sí sino para terceros

   Por lo tanto el abordaje más indicado en estos casos tenderá a que el joven pueda comenzar a poner palabras a su conflictiva, que pueda conectarse con las motivaciones inconscientes que lo llevaron a involucrarse en este tipo de actos, que mitigue sus impulsos agresivos y sobre todo que pueda reflexionar acerca de las consecuencias que su accionar le puede traer aparejado.

c) **Institución de régimen abierto (Por ejemplo: Residencias Socio-Educativas de libertad restringida).** Se trata de un **dispositivo penal juvenil de restricción de libertad,** integrado por profesionales y Operadores socio-educativos que intervienen con el joven, cuya permanencia se estima aproximadamente menos de un año, tendiente a

reinsertarlo en su núcleo familiar, en el cual se ha detectado una conflictiva familiar que impida la inclusión (transitoria) del mismo en estos momentos. Se le ofrece al adolescente, un espacio contenedor de residencia que le permita continuar sus estudios en escuelas extramuros, como así también posibilidad de insertarse laboralmente. Para ello, el joven deberá presentar:

- Cierta consciencia de su conflictiva y de las consecuencias que su puede traer aparejado su accionar
- Haberse involucrado en situaciones de mínimo exposición al riesgo
- Que pueda resolver los problemas que se le presentan sin tener que apelar –necesariamente- a la violencia/agresión
- Que pueda implicarse subjetivamente en lo que le sucede
- Que presente disposición para elaborar un proyecto de vida futuro que contemple sus posibilidades reales y potencialidades internas.

d) **Supervisión y Monitoreo de jóvenes en el ámbito socio-comunitario – (Ex Libertad Asistid**a). Se trata de un **Dispositivo Penal Juvenil de restricción de libertad.** Es un Programa alternativo a la privación de libertad. Su función principal es acompañar al adolescente cuando egresa con sus padres o referentes afectivos, articulando con los recursos que cuenta el entorno social donde reside el adolescente. Asimismo, se le brinda la posibilidad de incorporarlos en Talleres diversos orientados a la capacitación de distintos oficios. Se realiza un seguimiento semanal y se eleva al juzgado interviniente un informe dando cuenta de la evolución del joven durante todo este período, que oscila entre 3 y 9 meses aproximadamente. Para ello, el joven deberá:

- Contar con el compromiso y la responsabilidad de su grupo familiar o referentes afectivos.
- Que estos puedan contenerlo afectivamente e imponer ciertas normas y límites
- Que cuente con recursos internos que le posibiliten controlar sus impulsos y verbalizar su conflictiva.
- Que pueda tomar consciencia de las consecuencias de su accionar y no exponerse a riesgos para sí ni para terceros.

e) **Comunidades Terapéuticas:** Es un dispositivo de internación proteccional que realiza tratamiento específico a aquellos sujetos que presentan un compromiso significativo con las sustancias tóxicas y/o alcohol. Por lo tanto, el indicador técnico más relevante es determinar el grado de dependencia, si hay presencia de cierta consciencia de su situación y de las consecuencias que esta pueda traer. Asimismo, es importante evaluar

el nivel de acompañamiento familiar durante el periodo que demande la internación en este tipo de abordaje terapéutico.

f) **Casas de Medio Camino:** Este tipo de instituciones proteccionales funcionan de manera similar que los Hogares o Residencias, al ser establecimiento de puertas abiertas y albergar pequeños grupos entre 10 y 20 jóvenes. Su función principal es realizar tratamiento psicoterapéutico y psiquiátrico para aquellos jóvenes que presenten alguna patología psiquiátrica que no sea psicosis y que requieran un tratamiento medicamentoso.

g) **Clínica Psiquiátrica:** Realizan tratamiento psiquiátrico a sujetos que presenten una patología psiquiátrica, especialmente psicosis, que se encuentren descompensados psíquicamente y que por ello requiera un tratamiento medicamentoso y en la modalidad de internación. Es proteccional.

h) **Instituciones Especializadas:** Este tipo de instituciones proteccionales tienen la particularidad de especializarse en algunas de las distintas problemáticas que puedan presentar algunos jóvenes, como por ejemplo si presentare debilidad mental.

Si bien sabemos que el informe psicológico es *no vinculante*, esto es no determinante para que el juez tome una resolución, podemos decir que influye de alguna manera en la resolución judicial, encontrándonos en la práctica cotidiana con un porcentaje absolutamente mayoritario en el cual la resolución judicial coincide con la sugerencia de derivación remitida por el Equipo Técnico Institucional.

En relación a esto, nuestra práctica nos ha permitido observar que si la sugerencia técnica es que permanezca internado en un establecimiento de régimen cerrado, muy difícilmente la Justicia falle en contra de esto, aunque sí lo hace cuando se sugiere un Egreso o el traslado a una Residencia o Comunidad, siempre que la causa sea considerada grave o haya tenido reiterancia en el delito. Por lo que podemos concluir que, generalmente, si se trata de internar hay acuerdo rápidamente, no así cuando se solicita un Egreso o traslado a un establecimiento de régimen abierto.

Siguiendo esta línea de pensamiento, se podría desprender fácilmente, que la tarea del psicólogo quedaría restringida a la realización de un diagnóstico, el cual posibilitaría al Juez resolver sobre la situación tutelar de un joven infractor.

En cuanto a esto, se puede plantear que como profesionales no debemos permitir que la función del psicólogo quede homologada a la función diagnóstica, por el contrario nuestro desafío tenderá a poder encontrar un nuevo sentido a la situación de internación impuesta por un juzgado. Es por ello que consideramos que la internación (tanto en privación de libertad como en otro régimen) sólo tiene sentido si adquiere estatuto de intervención, siguiendo esta línea de pensamiento la evaluación diagnóstica debe ser considerada como tal.

Por lo tanto el diagnóstico, además de ser una herramienta que permite indagar y obtener cierta información acerca del sujeto que estamos evaluando, puede llegar a constituirse en un espacio que permita que el joven comience a utilizar la palabra, desplegar su historia personal, interrogarse acerca de cuáles fueron las motivaciones inconscientes que lo llevaron a involucrarse en situaciones de riesgo, no sólo para sí sino para terceros, reflexionar acerca de aquellas cuestiones que no pudieron ser procesadas por una vía simbólica, sino a través de un acto transgresor.

Destacamos este momento diagnóstico, sobre todo porque en la mayoría de los casos, puede llegar a ser un momento único, y en otros puede ser la última posibilidad que tengamos para poder intentar conmover el posicionamiento subjetivo que motivó su internación.

Esta posibilidad, tenderá a que el joven pueda implicarse subjetivamente del acto transgresor, que pueda responsabilizarse en el sentido de apropiarse de ello.

Una de las dificultades más comunes con las que se encuentra el psicólogo es poder situarse en un lugar distinto al que tiende a ubicarlo el joven. Al respecto, el joven no está por fuera de la dimensión que tiene en el imaginario social el formar parte de una institución que si bien lo aloja mientras se encuentra internado, también se encuentra absolutamente vinculada al ámbito jurídico. Es por ello, que como profesionales deberemos intentar dejar en claro la diferencia existente entre nuestra función (la de realizar una evaluación diagnóstica) y la resolución judicial. Lograr esto último implica para el psicólogo apelar constantemente a la disociación instrumental, la cual permitirá que su tarea se lleve a cabo según los preceptos de la ética profesional.

Es importante que el espacio de la evaluación diagnóstica sea propiciador de la palabra, a través de la escucha, utilizando todas las estrategias que se consideren necesarias para establecer un vínculo de confianza, que permita reflexionar y que facilite la historización. En cuanto a esto, se puede afirmar que *sin el establecimiento de un vínculo no hay intervención posible.*

Si bien los jóvenes con los cuales trabajamos no tienen una demanda explicita, entendida esta demanda como algo a priori, nosotros consideramos que este espacio de escucha debe ser utilizado como generador de esta demanda, por lo tanto entendemos la demanda, como algo a-posteriori, algo a construir. Un desafío interesante que posibilitará al sujeto mitigar su tendencia a la acción.

En la mayoría de los casos, y analizando cómo se fue gestando el accionar transgresor en la historia de un sujeto, hemos observado que, en los primeros momentos aparece como un intento de decir con actos lo que no puede con palabras, un intento fallido que lejos de brindarle un lugar para que el malestar se despliegue y tenga un impacto eficaz: ser escuchado; el sujeto queda entrampado en su acto y no obtiene lo que –inconscientemente- buscaba.

Es muy común, observar esta modalidad, durante la permanencia institucional, ya que el joven, apela a actuaciones (hetero y autoagresiones) con el sólo objetivo de contar con un lugar donde pueda hablar de lo que le sucede.

Cuando la institución instrumenta los mecanismos adecuados para que la palabra circule y el joven encuentra que esta tiene un estatuto distinto, permitirá que pueda disminuir esta modalidad de resolución de los conflictos a través de los actos que venía realizando. Con el simple hecho de poder nombrar su conflicto dejando de lado el accionar transgresor que lo sustituía, sus acciones comenzarán a perder esta eficacia fallida, la cual resulta (en algunos casos) sumamente costosa para el sujeto.

Teniendo en cuenta la etapa adolescente por la cual transitan los jóvenes que atendemos, sabemos que las intervenciones que se realizan pueden permitir un viraje en el posicionamiento subjetivo del joven que posibilite el surgimiento de la angustia y que pueda comenzar a poner en palabras su conflicto, con el objetivo que pueda encontrar la significación de sus actos.

No podemos considerar al joven entrevistado como un objeto de estudio, por ende difícilmente tenderemos a realizar diagnósticos que apunten a estigmatizarlo. Al respecto, entendemos al diagnóstico como dinámico, algo que puede ir variando de acuerdo a la etapa en la que se encuentre transitando o bien modificándose atento a los sucesos que puedan ir apareciendo en la vida de un sujeto. Es por ello, que la tarea del psicólogo, además de evaluar estas fluctuaciones, es acompañar el impacto que puede generar en un sujeto tomar conocimiento de algún hecho trascendental en su vida. Un ejemplo de esto, es que durante su internación se devela la verdadera identidad de su progenitor, o aspectos de su historia que se hallaban ocultas (su nacimiento fue producto de una violación) y que su accionar transgresor se constituía como un anuncio de esto.

Si bien podemos acordar que el acto transgresor que motivo la internación en privación de libertad, es un hecho antisocial pasible –en muchos casos- de un reproche jurídico, es también la expresión de una historia estructurante.

Del mismo modo, es dable destacar el efecto que genera en un sujeto la situación de internación en una institución cerrada (pérdida de identidad, masificación, pérdida de los lazos sociales, etc.), sobre todo cuando se trata de niños y adolescentes, que por la etapa evolutiva que se encuentran atravesando, se reactivan cuestiones de su historia personal, su relación con las figuras parentales, con sus pares y con su entorno social.

Estas problemáticas requerirán de un abordaje personalizado tendiente a que se le brinde no sólo contención afectiva sino también que le ofrezca figuras que puedan constituirse en un soporte adecuado que contribuyan a favorecer su desarrollo y le posibiliten realizar un pasaje por esta etapa tan particular, lo menos traumático posible.

Asimismo, es importante aclarar que todas las estrategias terapéuticas se dirigirán a la creación de un proyecto de vida diferente, que contemple no sólo las potencialidades que posee el joven en cuestión, sino también las posibilidades reales para su viabilización, a los efectos que la transgresión no se constituya en una modalidad de funcionamiento instalada.

Sin embargo, debemos advertir, que –muchas veces- no se tiene en cuenta el efecto que a-posteriori esto ocasiona, sobre todo al momento de su reintegración al medio familiar-social, puesto que se produce una doble marginación que le obstaculiza, al joven, llevar a cabo el proyecto de vida que pudo esbozar mientras estuvo internado, y –en la mayoría de los casos- es causa de reiterancia en el delito y de reingreso a este circuito.

Básicamente, planteamos el proceso diagnóstico como una tarea tendiente a la promoción de sentido –absolutamente singular- en cada sujeto que evaluamos, esto es favorecer que el cuestionamiento, la pregunta emerja, que se constituya en un disparador para que el joven pueda saber acerca de su accionar, pueda encontrarse con las motivaciones inconscientes que lo llevaron a exponerse a riesgos, pueda conectarse afectivamente con esto y apropiarse de su acto.

Claro está, que para ello será necesario brindar un espacio propiciador del surgimiento de la palabra, justo allí donde hubo un acto, la palabra debe emerger. Este acto del que hablamos, no es un acto cualquiera, tiene el atributo –aberrante en muchos casos- de ser transgresor, de romper, de quebrar, de poner en cuestionamiento la ley.

Dentro de un establecimiento de privación de libertad, el consultorio puede y debe transformarse en un lugar favorable y posibilitador. Favorable para el sujeto, pues podrá tener la oportunidad de experimentar cómo la palabra puede aliviar su malestar y posibilitador del sujeto, pues gracias a que existe un otro que se ofrezca para escucharlo, puede reconocerse como tal.

Por todo lo expuesto, es que proponemos tender a una institución resultante de una adecuada planificación, en cuanto a la metodología de abordaje, unificación de criterios técnicos y estrategias de intervención complementarias, en miras de una convergencia de los esfuerzos hacia el objetivo común: **el interés superior del niño**.

Consideramos que deberá apuntar a:

- Que se corresponda con los lineamientos de la protección integral y restitución de derechos.
- Que favorezca la reintegración del joven a su núcleo familiar y/o referentes posibles.
- Que la comunidad esté presente con sus recursos desde el inicio.
- Que le brinde atención personalizada.
- Que reciba abordaje integral (psicológico, social, médico, jurídico, etc.)
- Que cuente con actividades educativas y recreativas que se correspondan con la curricula vigente.

- Que le brinde contención afectiva.
- Que le ofrezca figuras que puedan constituirse en un soporte adecuado.
- Que permita el despliegue de sus potencialidades.
- Que favorezca la creación de un proyecto de vida futuro.
- Que la permanencia en la institución sea el menor tiempo posible.

UNA MIRADA DESDE LO PSICOLÓGICO

Partiremos intentando conceptualizar el proceso adolescente rescatando algunas de sus características distintivas con el objetivo de analizar la modalidad particular de procesamiento psíquico que presentan los jóvenes infractores. Para ello, se ha seleccionado las siguientes:

- *Su carácter marginal.*
- *Las distintas crisis que evocan a la muerte.*
- *Su tendencia transgresora.*
- *Su carácter contradictorio.*
- *La búsqueda de la identidad.*
- *La salida exogámica.*

En general, se suele caracterizar a la adolescencia como el período intermedio entre la niñez y la edad adulta, pero caracterizarla de esta forma es restarle identidad a sí misma. Consideramos a la adolescencia como un período de transición, este carácter de transición le otorga un carácter marginal*, es decir el de no pertenecer ni al mundo de la infancia ni al de los adultos. Sin embargo, es fácilmente observable que en este periodo adolescente, sus protagonistas construyan su propio lenguaje y su propio sistema de valores, intentando establecer de alguna manera algo distintivo, algo que le otorgue cierta identidad, aunque más no sea de forma transitoria, ya que no es posible permanecer en la adolescencia eternamente.*

Siguiendo esta línea de pensamiento, la particularidad –por lo menos en su mayoría- de los adolescentes que se encuentran internados en una institución cerrada en privación de libertad, es que no sólo por su condición se los podría denominar "marginales" *sino también que por la*

etapa propia que están atravesando, podríamos considerar que se genera una marginación doble.

Es así que la adolescencia se nos presenta como un proceso que tiene como característica esencial la de desplegarse a través de varias crisis que evocan a la muerte*. Al respecto, una primera crisis es aquella que alude a la* destrucción de ese niño que fue*. Se produce una lucha tendiente a buscar un lugar de identificación desde el cual sostenerse, esto es en miras de establecer un ideal propio.*

Como segunda crisis, podríamos mencionar aquella que implica la muerte simbólica del padre. *Para que esta operación se logre, tiene que haber un padre que se deje "matar", un padre vivo en el deseo que pueda sostenerse como deseante/deseable.*

No podemos dejar de mencionar las identificaciones familiares herederas del Complejo de Edipo*, las cuales también entran en crisis, puesto que el adolescente tendrá que como tarea ardua y conflictiva, buscar identificaciones fuera de su núcleo familiar.*

Para ello, el adolescente debería realizar una serie de trabajos simbólicos *que le posibilitarían efectivizar el pasaje de lo familiar a lo extra-familiar, de lo fálico a lo genital, del jugar al trabajar, del desplazamiento a la sustitución (particularmente en términos de elecciones de objeto o en términos edípicos) y la repetición transformada de los tiempos del narcisismo como nuevo trabajo.*

La adolescencia como momento de crisis va a ser elaborada y desplegada de diversa manera en los jóvenes en conflicto con la ley penal. Al respecto, se suele plantear que la adolescencia es típicamente transgresora*, pero debemos hacer la salvedad, que los adolescentes con los cuales trabajamos no cometen transgresiones propias de la etapa vital por la cual están atravesando, sino justamente aquellas que desorganizan el orden establecido.*

Por otra parte, la característica más llamativa del comportamiento adolescente es su carácter contradictorio*. Esa polarización extrema y paradojal expresa las vacilaciones en la búsqueda de la identidad. Es notable en el comportamiento adolescente encontrar que está dominado por una inestabilidad psíquica, que por cierto, la asemeja a una patología.*

La búsqueda de la identidad *es la que define la crisis de la adolescencia, una búsqueda necesariamente conflictiva. Es el momento en el cual se actualizan las inscripciones psíquicas de la infancia. También es el momento en que se está en condiciones de poder realizar lo que se desea.*

La identidad implica filiación, esto es el pertenecer a una familia, la cual deberá otorgar al sujeto la característica de necesariedad y reconocimiento, dando el carácter de único a ese ser.

Generalmente, cuando se indaga la historia personal de los niños o jóvenes en conflicto con la ley penal, aparece como dato significativo que provienen de familias desintegradas por la separación de sus padres a temprana edad, un porcentaje menor continúa vinculándose, aunque esporádicamente, con su padre, mientras que en la mayoría, el progenitor, se desvincula definitivamente. En estos últimos casos, se desconoce la identidad del mismo, apareciendo en las entrevistas psicológicas, desconocimiento de sus orígenes, dudas o confusión acerca de su historia.

En aquellos casos, que provienen de familias integradas, la figura paterna presenta dificultades para impartir normas y pautas, siendo vivenciada por el hijo como debilitada, desdibujada. Asimismo, cabe destacar que son familias numerosas, y en su mayoría los hijos son de distintos padres. También como dato llamativo, aparece lo que podríamos denominar como contigencia del nacimiento (podrían o no haber nacido) lo que le dificulta la búsqueda de su identidad, motivo por el cual el grupo de pares aparece como un sustituto familiar y la calle, como la casa que los alberga.

Una franja importante de jóvenes entre 16 a 18 años tienen hijos, siendo sus parejas de la misma o menor edad que ellos. Generalmente, toman conocimiento de su paternidad unos días antes de su internación o durante su internación. La fantasía que surge de la mayoría se podría resumir como un intento fallido de resolver su problemática de drogas y/o transgresión, albergando la esperanza que la MUJER los “ayudaría” a modificar su estilo de vida, y dejar de drogarse, robar y exponerse a riesgos. Por el contrario, esta fantasía lejos de posibilitar lo detallado, genera una ambivalencia importante por la cual se comienza a desplegar la problemática de base y comienzan a hacer activo lo vivido pasivamente, es decir si hubo abandono paterno, el hecho de estar internado los ubica en el mismo lugar. Por otra parte, también aparece el intento de sostener una posición pseudo-adulta, que se les vuelve en contra.

Asimismo, fácilmente se desprende la presencia de un denominador común en todos aquellos sujetos que han cometido un hecho que la ley califica como delito: la agresividad. Es innegable

que la agresividad existe en todos los seres humanos y que no puede ser eliminada, requiere un trabajo psíquico con su correspondiente gasto de energía para que sea de alguna manera procesada psíquicamente.

En cuanto al procesamiento psíquico de la agresividad podemos decir que se puede manifestar a través de la sublimación (la agresividad ha sido desplazada y su energía es utilizada en otros fines socialmente aceptados) que supone un mayor trabajo psíquico o bien por la descarga directa (se trata de acciones efectivamente realizadas tendientes a producir daño a otros seres o al propio sujeto de la acción), que requiere un menor trabajo psíquico.

Suele decirse que una característica principal en las llamadas personalidades de acción es la ausencia de angustia, al respecto podemos decir que en realidad esta ausencia de angustia no es tal, sino que está transformada en agresividad. Sin lugar a dudas la intervención profesional deberá apuntar al surgimiento de la angustia, considerándola a esta como el motor que impulsa el cambio. Debemos advertir que sin angustia, no hay terapéutica posible pero con el desborde de angustia tampoco hay terapéutica. De lo que se trata es de ir acompañando –casi artesanalmente- el recorrido de la angustia que emerge, intentando que la misma no exceda los límites del sujeto, dando lugar a posibles acting aut o en los peores casos pasajes al acto. Tanto el acting-out como el pasaje al acto son considerados fenómenos, estos son respuestas que da el sujeto a la angustia, es decir a lo imposible de decir.

A través de nuestra experiencia clínica institucional hemos podido sistematizar las siguientes recurrencias que desencadenan una agresividad sistemática:

- *Falta de permanencia y continuidad de las figuras familiares, sea esto por muerte, separación o abandono.*

- *Vínculos familiares marcados por la violencia efectiva y concreta entre algunos o todos lo miembros de la misma.*
- *Situaciones infantiles relacionadas con vivencias agresivas: la agresión como forma de resolución de los conflictos.*

- *Arbitrariedad en la fijación de las normas en la dinámica familiar: la familia no tiene una modalidad de funcionamiento en la cual se respetan las reglas consensuadas*

socialmente, por el contrario se observa que uno de sus miembros es el que dicta las reglas, no incluyéndose éste en el cumplimiento de las mismas.

- *Dificultad para mediatizar simbólicamente: El proceso de internalización de las normas supone la mediatización simbólica a través de la palabra, esto es que los actos se desplazan o se demoran mediante el pensamiento en lugar de la acción efectiva. Lo que aparece como dificultad o como déficit en la simbolización, no debe considerarse como un déficit intelectual sino que alude al procesamiento de los conflictos psíquicos mediante acciones y no por representaciones.*

- *Falta de claridad en relación a los orígenes (dudas, confusión, etc.)*

- *Contingencia del nacimiento (podrían o no haber nacido)*

Todo lo anteriormente expuesto sobredetermina una estructuración psíquica particular caracterizada por una tendencia a la acción. La estructuración del accionar transgresor de los jóvenes con los cuales trabajamos es considerada como la conformación psíquica resultante del intento de procesar un déficit en la identidad, puesto que en la mayoría de los casos, se observa dificultades en el proceso de búsqueda de la identidad, que se manifiesta en la búsqueda de grupos sustitutos de pertenencia de similares características.

Consideramos que el acto transgresor que motivó la internación en privación de libertad funciona como un lenguaje que expresa (simbólicamente) lo que no se puede decir. Se nos presenta como una defensa frente a la angustia que generan las situaciones infantiles traumáticas inscriptas en su historia.

Es por ello que las intervenciones terapéuticas deberán lograr un pasaje de la causa judicial (que es lo que motivó su internación) a la causalidad psíquica. De lo que se trata es de encontrar un sentido (particular en cada caso) a la transgresión, ya que esta es la expresión de una historia estructurante y como tal debe ser correctamente evaluada en cada situación.

Las estrategias técnicas deberán ser elegidas caso por caso, teniendo en cuenta –obviamente- dos cuestiones fundamentales: la etapa evolutiva que atraviesan nuestros jóvenes asistidos y el contexto institucional que encuadra nuestra intervención.

Nuestra propuesta es una tarea donde el joven pueda comenzar a construir sentido: preguntarse acerca de su accionar y de las motivaciones inconscientes que lo llevaron a involucrarse en situaciones de riesgos, comenzar a conectarse afectivamente con esto, historizar, apropiarse, de modo tal que paradojalmente la actuación transgresora deje de tener sentido y pueda viabilizar otra posibilidad de procesamiento psíquico.

Resulta necesario a la hora de realizar una evaluación del adolescente infractor a la ley penal, poder distinguir si el acto que realiza es un hecho que irrumpió en la vida (es decir que sorprende al sujeto) o bien se trata de una modalidad de funcionamiento (la forma particular en que resuelve sus conflictos en forma recurrente). Esta distinción nos va a posibilitar diseñar las estrategias de intervención, a saber, si se trata de un hecho que irrumpió en la vida de un sujeto, con la intervención judicial es suficiente. Es decir, que sólo bastaría con el seguimiento del Equipo Interdisciplinario del Juzgado Interviniente.

Ahora bien, si en realidad evaluamos que el joven tiene una modalidad de funcionamiento transgresora, pues apela a esta cómo única manera de resolver sus conflictos, necesitaremos no solamente de la intervención del Equipo Interdisciplinario del Juzgado interviniente, sino también de algunos de los dispositivos penales juveniles, de organismos gubernamentales o no gubernamentales, de recursos zonales, etc. pues se requerirá de una intervención que trascienda la interdisciplina en pos de la articulación interinstitucional.

UNA MIRADA INTEGRADORA

Luego de haber transitado por las distintas miradas a un mismo sujeto, a saber: la **mirada jurídica** que toma al sujeto y lo ubica como objeto del derecho, la **mirada institucional** que intenta realizar una intervención terapéutica que no quede restringida al asesoramiento judicial y la **mirada psicológica** tendiente a que el sujeto pueda implicarse subjetivamente y la palabra tome un estatuto distinto en detrimento de la acción, podemos decir que de lo que se trata es lograr rescatar la singularidad del caso por caso, poder realizar un pasaje de la causa judicial a la

causalidad psíquica, que esta es absolutamente única y que es absolutamente necesario que estas miradas se complementen para que el sujeto emerja.

Creemos que las distintas áreas que interactúan con el joven internado deben hacerlo desde su rol específico, pero entendiendo que debe primar la unificación de criterios en cuanto a la intervención que se realizará con cada joven en especial.

Esto, sin lugar a dudas, produce en el joven que recibe las distintas intervenciones, un discurso unificado que apunta a otorgar un sentido individual distinto, y que a su vez le otorgaría la posibilidad de mitigar, disminuir y desestimar la modalidad de resolución de los conflictos a través de los actos, dando lugar a la palabra (lo simbólico).

La unificación de la intervención entre las distintas áreas que componen una institución, le permitirá al joven transitar por ella como un sujeto de derechos y no como objeto del Derecho, intentando sentar las bases para que pueda realizar un viraje en el posicionamiento subjetivo desde aquel que lo expone a riesgos permanentemente a encontrar la significación de sus actos, poder nombrarlos y darle una nueva semantización.

Por último, nos resulta sumamente importante resaltar el trabajo no sólo interdisciplinario sino también interinstitucional, pues los profesionales que se encuentran a cargo del abordaje integral de cada adolescente, deben intercambiar y diseñar con otros actores institucionales (Cuerpo de Delegados de las Justicia Nacional de Menores, profesionales de otros Programas o Instituciones por las que el adolescente en cuestión pudo haber transitado y Organizaciones sociales que pueden intervenir en el medio socio-comunitario del joven y su grupo familiar) con el fin de elaborar un proyecto de vida que contemple no sólo las potencialidades que presenta sino también las posibilidades reales de concreción con el objetivo de evitar sugerencias de derivación que puedan resultar iatrogénicas para el sujeto adolescente en cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

1. Sarmiento, A. (2007)- “Inhibición Psicológica y su Relación con la Transgresión en Adolescentes en Conflicto con la Ley”. Equipo de Investigación UBACyT (P811). En Memorias de las XIV Jornadas de Investigación. Tercer Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología – UBA 9, 10 y 11 agosto de 2007 N° ISSN 1667 – 6750

2. Proyecto de investigación UBACYT 2010-2012- 20020090100187. Estudio de las Representaciones en Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal. Director: Sarmiento, Alfredo José

3. Clemente, M. (1998). *Fundamentos de la psicología jurídica*. Madrid, Pirámide

4. García Méndez, E. (1998) *Infancia. De los derechos y de la justicia.* Buenos Aires, Editores del Puerto.

5. Garrido Genovés, V. (1984) Delincuencia y sociedad. Madrid. Editorial Mezquita.

6. Goffman, E. (1979): Internados. Buenos Aires, Amorrortu Editores.

7. Ibáñez, A "El sistema tutelar de menores como reacción penal forzada", en *Psicología social y sistema pena*l. Madrid, Alianza Universidad, 1986

8. Sarmiento, A. (2009) "Las conductas transgresoras de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Su relación con las perturbaciones en el vínculo primario". *En Anuario de Investigaciones* de la Facultad de Psicología – UBA Volumen XVI t. II. En coautoría (Equipo UBACyT P 811)

9. UNICEF Infancia (2003), *Adolescentes y Sistema Penal: Un Desafío para el Sistema Democrático.* Documento de Trabajo Nº 3, Noviembre de 2003

10. Ley Nacional 26.061. (2006) De Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes. Bs. As. Boletín Oficial

11. Ley Nacional 22.278 (1982) Régimen Penal de la Minoridad. Bs. As. Boletín Oficial

Ponencia 5 – Comisión 3

Título: Escuchar, preguntar, pensar: Re- construirse.

Autor/es: Mónica Patricia Turri - Antonella Simoncelli

Contacto, dirección y teléfono:

- mo.turri@hotmail.com. Dirección: Transito Cáceres de Allende, esquina Corrientes. Ciudad de Córdoba. CP 5000. Teléfono: 0054-3514595333
- antosimoncelli@hotmail.com. Dirección: Transito Cáceres de Allende, esquina Corrientes. Ciudad de Córdoba. CP 5000. Teléfono: 0054-3517627129

ESCUCHAR, PREGUNTAR, PENSAR:

RE- CONSTRUIRSE

RESUMEN

Esta ponencia tiene como objetivo principal mostrar la modalidad de intervención y/o abordaje ligado al rol del psicólogo en el ámbito penal juvenil, con los adolescentes en conflicto con la ley penal. Acentuando la práctica psicológica y considerando al psicólogo, capacitado específicamente para desempeñarse en esta área. Formación que incluye conocimientos de los contenidos del derecho, sin perder de vista que estos son sujetos de derecho que forman parte de un proceso jurídico. Por ello, nos enfrentamos con adolescentes que no poseen demanda de tratamiento y más aun, la demanda proviene de la justicia. Partiendo del interrogante del psicólogo acerca de su quehacer en estos ámbitos, como pregunta ética y pragmática.

Al inicio, ambos están desorientados, sin rumbo, sin brújula. Cuando la demanda no proviene de un sujeto, sino que es institucional, nos preguntamos qué se nos demanda. Y debemos interpretar esa demanda antes de responderla; siendo la no respuesta una forma de respuesta.

FUNDAMENTACION

Este trabajo surge a partir de la idea, propuesta y experiencia, desarrollada en la práctica diaria, en el Programa de Abordaje Psicológico Individual Ambulatorio, dentro del marco jurídico del Sistema Penal Juvenil, de la Secretaria de Niñez, Adolescencia y Familia de la Provincia de Córdoba (SENAF).

La Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia desarrolla políticas públicas integrales interinstitucionales e intersectoriales, implementadas con igualdad territorial en pos de garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y familias en el marco de la ley nacional 26.061 "LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES", y la ley provincial 9.944. "PROMOCION Y PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE LA PROVINCIA DE CORDOBA".

La estructura programática de SeNAF organiza el trabajo en dos grandes líneas de acción:

Promoción y Protección de Derechos: se encarga de la concreción de las políticas públicas de infancia, acompaña a los servicios locales de protección de derechos en el ámbito de municipios y comunas para las medidas de protección y a solicitud de estos, adopta medidas excepcionales (de separación temporaria de niños, niñas y adolescentes de su núcleo familiar o centro de vida) para la restitución de derechos vulnerados.

Penal juvenil: trabaja de manera articulada con el poder judicial ejecutando las medidas dispuestas. Tiene bajo su responsabilidad los centros socioeducativos para jóvenes con medidas de privación de libertad y las medidas alternativas al encierro, de acompañamiento en territorio.

El Programa de Abordaje Psicológico Individual Ambulatorio pertenece a una de las medidas alternativas que constituyen una opción fundamental para reducir al máximo posible el uso de medidas de privación estricta de libertad en establecimientos cerrados por parte de los magistrados.

A través del mismo se pretender dar a conocer, las intervenciones, rol y función de los psicólogos que prestan asistencia a los jóvenes judicializados, en conflicto con la ley penal, en situación de libertad (Permisos, libertad asistida, entre otras medidas, en el afuera), brindando respuestas a nivel integral a la problemática que atraviesan estos adolescentes mujeres y varones, que estuvieron privados de su libertar y que actualmente se enfrentan con dificultades para vivir en libertad.

El psicólogo asistirá a adolescentes que atravesando esta etapa psicoevolutiva, se enfrentan a cambios biológicos, sociológicos y psicológicos, además de estar atravesados por su situación de conflicto con la ley penal juvenil.

- Desde lo biológico, el advenimiento de un cuerpo maduro, sexuado, susceptible de procrear.
- Desde lo sociológico, “Adolescencia”, abarca el periodo de transición entre la dependencia infantil y la emancipación del joven adulto.
- Desde lo psicológico, todo en él, se manifiesta con contrastes y contradicciones, el adolescente es un “Ser que sufre”.

Sufrimiento que puede manifestarse de estos modos: Neurosis de crecimiento: angustia, tristeza, rebeldía, sufrimiento moderado a leve. Comportamientos de riesgos: puesta en acto del sufrimiento (comportamientos depresivos, aislamiento, intentos de suicidio, poli consumo, trastornos alimentarios, abandono escolar, ausentismos, fugas del hogar, violencia hacia los otros y hacia sí mismo, delitos, entre otros). Padecimientos mentales: esquizofrenias, fobias, perversiones sexuales, trastornos obsesivos, entre otros.

Debemos hacer la distinción entre Crisis evolutiva de la adolescencia y crisis accidentales.

Se entiende por crisis un momento de desorganización de la estructura donde la cantidad que ha invadido al aparato psíquico desde lo pulsional y mundo externo, no ha podido ser cualificada en la cadena de significantes, se acompaña de un intenso padecimiento y promueve desorganizaciones en el entorno con búsqueda inespecífica de respuestas.

Toda crisis evolutiva tiene una doble salida: una salida que promueve el desarrollo o una salida que provoca el estancamiento, e impide el desarrollo hacia la próxima etapa como se va configurando la identidad. Cada momento del desarrollo tiene una crisis que debe ser resuelta. A través de una serie de crisis el sujeto va a establecer su identidad adulta.

Las crisis accidentales en cambio, son inesperadas, accidentales y dependen sobre todo de factores ambientales.

De esta manera, se trata de intervenir para:

ESCUCHAR: activamente

PREGUNTAR: preguntarse, cuestionarse

PENSAR: pensarse.

Todo esto para poder RE-CONSTRUIRSE a partir del sufrimiento y lo traumático de lo vivido.

Cuando el psicólogo interviene a través de una demanda jurídica, nunca lo hace en una causa, sino sobre el sujeto en particular, debiendo transformar esa causa jurídica a la escucha del sujeto, puesto que desde allí se puede hablar de intervención.

Nuestra eficacia en una causa penal no puede medir en términos de asunción subjetiva del delito, sino en evitar o prevenir su reincidencia. El psicólogo interviene no para hacer lo que dice o solicita el Juez, sino para Escuchar al Sujeto.

SUJETOS DE INTERVENCION

- Adolescentes de 12 a 18 años de edad, tanto varones como mujeres, que hayan ingresado al sistema penal juvenil, con capacidad ambulatoria propia, en situación de libertad.
- No se admitirán adolescentes que estén recibiendo asistencia o tratamiento psicológico en otros programas de tratamiento.
- Abordaremos la temática desde un lugar fundamentalmente psicológico, ya que esta es nuestra formación, teniendo en cuenta los aportes y articulaciones de las demás disciplinas.

OBJETO DE INTERVENCION

Dentro de este abordaje, el psicólogo ejerce un rol múltiple, por un lado estos adolescentes no han accedido adecuadamente a la simbolización, y han reemplazado el pensamiento por la acción, por ello se tiene que tender, como objetivo terapéutico, a llevar al adolescente de la acción a la reflexión. Si bien esto es la resultante del trabajo en todas las áreas, especial y fundamentalmente en el abordaje psicológico estará focalizado y centrado el enseñarle y motivarlo a “Pensar”.

Es una tarea muy diferente a la que puede realizarse en otros abordajes, en la que se parte de la posibilidad de reflexionar del sujeto, o adolescente que posibilita la incorporación de los señalamientos.

Al no estar esto instaurado, no existe un yo constituido solidamente. De allí que el psicólogo ira jugando una multiplicidad de roles necesarios para el adolescente: será mama, papa, autoridad, guía, entre otros. Es un trabajo que requiere de tiempo, de ir poco a poco significando al mundo en su nueva versión, en Re-construirse.

DESARROLLO

Especificidad Profesional: Psicólogos formados en la problemática de adolescentes en conflicto con la ley penal, en ámbito de encierro y en situación de libertad.

Puntualmente el presente trabajo es llevado a cabo en el espacio de abordaje individual ambulatorio, con jóvenes que se encuentran en situación de externación, es decir, fuera de los contextos institucionales de encierro, con encuadre especifico de:

- terapia breve

- personalizada

- no implica un seguimiento de permiso

- publico- gratuito

- Frecuencia semanal (flexibilizado según demanda o criterio de necesidad).

El abordaje tiene por objetivos:

- desarrollar, ampliar y /o generar consciencia de riesgo.
- Facilitar la reinserción social positiva
- Dar oportunidad de revisar enfoques y/o modificar aspectos de la personalidad.
- Aportar a la resignificación subjetiva de los jóvenes
- Generar herramientas para la autonomía
- Potenciar la capacidad de adaptación social favoreciendo el "vivir en libertad con responsabilidad".
- Resolución personalizada de conflictos

Nuestro espacio de trabajo nos abarca profesionalmente como licenciados en Psicología de SENAF, penal juvenil. Nuestra práctica profesional está comprendida en el programa de abordaje psicológico individual ambulatorio.

En cuanto a nuestro rol y función dentro del campo de intervención, aplicamos estrategias de intervención institucional: trabajo con adolescentes e interconsultas y entrevistas con operadores de seguimiento en terreno y licenciados en Trabajo Social.

- Entrevistas: en Sede de Sub Secretaria.
- Informes: protocolos de informes de admisión- evolución y cierre del abordaje. Información que llega al juez, no son vinculantes pero plasman la situación del adolescente en el marco del programa de abordaje.
- Trabajo en articulación: interdisciplinario (operadores de seguimiento en terreno, educadores, trabajadores sociales, entre otros). Cabe señalar que en este punto del proceso el joven ya cuenta con un recorrido dentro del sistema penal juvenil, lo que

permite a través del acceso al legajo, obtener información acabada y completa de la historia de vida del adolescente.

Observando la situación desde nuestro lugar como psicólogos desde el ámbito penal juvenil podemos decir que la conducta transgresora dada en el acto, de un adolescente es un llamado de atención, un alerta que nos indica que en el desarrollo emocional de ese adolescente "algo" ha ocurrido para que la manifestación de ese algo surja a través de la "transgresión".

Notamos en estos adolescentes, características personales que se mantienen constantes en todos ellos, lo que hace, que esta desorganización de la personalidad, tenga un carácter especial:

- Conductas de acción: la secuencia normal de los actos va desde el impulso al deseo, del deseo al propósito, del propósito a la acción, y de esta al acto, lo que caracteriza a la compulsión es el pasar directamente a la acción a partir del impulso, sin la instancia mediatizadora, que sería el "Pensar". Actuación que simboliza una solución de conflictos, y gratificaciones inconscientes.
- Escasa tolerancia a la frustración: intolerancia marcada hacia todo tipo de frustración y postergación de las necesidades, existe una urgencia en resolverlo, todo debe ser en el acto, y a través de cualquier método, el adolescente siente que debe ser ahora o nunca, de ahí que la transgresión o delito, le significa una salida que le permite evadirse de una situación insostenible.

PROPUESTAS

- Abordar la problemática de la infancia y la adolescencia desde una perspectiva política, exigiendo el cumplimiento de sus Derechos Humanos y de ciudadanía.
- Acompañarlos en la construcción de su proyecto de vida desde una continuidad historia que los afirme en sus derechos y lo constituya como sujetos de su propia construcción.
- Generar estrategias que potencian la autoestima del adolescente, reconociendo su cultura, lenguaje, conocimientos, experiencias, medio familiar y social.
- Propiciar a que el adolescente acceda a su historizacion para enfatizar la idea de proceso y de proyecto, siendo esto el acceso a su autonomía, entendiendo por

autonomía todo sistema que articula la legalidad interna y la interdependencia con su entorno.

- Apelar a diferentes recursos, en función de la problemática adolescente con plasticidad y tolerancia a la incertidumbre.
- Acompañarlos en sus tiempos, y en lo que es capaz de comprender, de lo que le decimos, permitiéndole elaborar e integrar dentro de un proceso de regresión-progresión, pasar de lo más superficial a lo más profundo.
- Rescatar el valor fundante de la palabra, de él con-versar, a través de la escucha para facilitar el preguntarse y así poder pensarse para reconstruirse.
- Sistematizar, investigar y publicar las experiencias de intervención profesional.

ESTRATEGIAS DE INTERVENCION

- **MODALIDAD DE ABORDAJE:**

- Ambulatorio. Las entrevistas psicológicas se realizan en la sede de la secretaria de niñez, adolescencia y familia de la ciudad de Córdoba.
- Enfoque de terapia breve, focalizando objetivos de trabajo, de acuerdo a las demandas manifiestas y latentes observadas. Las entrevistas duran aproximadamente 45 minutos.
- Honorarios a cargo del Estado.
- Individualizado. Trabajo con la familia (de ser necesario).
- Frecuencia semanal (se adecuara a cada caso particular)

PASOS DEL PROCESO:

- Primera entrevista con las figuras parentales del joven
- Primera entrevista con el joven. Entrevista de admisión. Se realiza informe de admisión al programa de abordaje psicológico individual.
- Comienzo del abordaje psicológico. Se focalizan objetivos de trabajo. Se utilizan estrategias de intervención: pregunta, señalamiento, confrontación. Técnicas complementarias: técnica del collage, técnicas de lectura. El proceso de abordaje tiene una duración aproximada de tres meses. A los 30 días de trabajo, se realiza informe de evolución de los objetivos pactados al comienzo del tratamiento.

- Por último, si las condiciones están dadas, se realiza el alta del abordaje psicológico, en acuerdo con el joven.

CONCLUSIONES

Consideramos a la adolescencia como un periodo de crisis, en el cual el adolescente se encuentra perteneciendo todavía a la infancia en algunos aspectos de su desarrollo y al mismo tiempo inmerso en algunas esferas del mundo adulto. En la lucha por ubicarse definitivamente en el mundo adulto, esto puede llevarlo a conductas de desajustes, a comportamientos antisociales, transgresiones de distinta índole y modalidad; en donde esta además en la búsqueda de su identidad.

De allí que la transgresión, el delito puede indicar, una visión distorsionada de la realidad, noción del tiempo como presente absoluto, todo es hoy y ya, es decir intolerancia a la frustración; dificultad para acceder a la abstracción, no hay acceso a lo simbólico, la acción sustituye, al símbolo, al gesto, y la palabra son reemplazados por el acto.

Nuestro abordaje es de modo progresivo, hasta instalar la demanda por parte del adolescente, hablamos de momentos y no de tiempos. A los fines de establecer un vínculo y así a través de la escucha, aproximarnos a la problemática y esbozar un modo de abordaje.

Siendo la invitación a pensar un trabajo activo con una escucha que contiene, cuestiona y propicia la re-construcción.

BIBLIOGRAFIA

- DI BARTOLO, I. (2016). *El apego: como nuestros vínculos nos hacen quienes somos. Clínica, investigación y teoría*. Lugar editorial. Buenos Aires.
- GREISER, I. (2012). *Psicoanálisis sin diván. Los fundamentos de la práctica analítica en los dispositivos jurídicos*. Editorial Paidos. Buenos Aires.
- NASIO, J. (2003). *Como actuar con un adolescente difícil*? Editorial Paidós. Buenos Aires
- ROTHER, HORNSTEIN, M. y comp. (2015). *Adolescencias contemporáneas: un desafío para el psicoanálisis*. Psicolibro ediciones. Buenos Aires.
- VARELA, O. y otros. (2000). *Psicología forense*. Abeledo- Perrot en artes graficas Candil. Buenos Aires.

Ponencia 6 – Comisión 3

Título: La conciliación como fórmula alternativa de la resolución de conflictos en el sistema penal de responsabilidad del adolescente aplicable en Venezuela.

Autor/es: Zuly Rebeca Suárez García

Datos y contacto autora:

Jueza de Primera Instancia Penal en Función de Juicio

Sección Penal de Responsabilidad del Adolescente

Circuito Judicial Penal del estado Guárico, Venezuela

Teléfono: 0414-546.02.80

Correo electrónico: suarzulr@hotmail.com

Comisión N° 3: Justicia Juvenil

Eje: Resolución de Conflictos

Cartagena, noviembre 2016

LA CONCILIACIÓN COMO FÓRMULA ALTERNATIVA DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL SISTEMA PENAL DE RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE APLICABLE EN VENEZUELA

RESUMEN

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 se otorgó rango constitucional a los medios alternos de solución de conflicto, entre esos, la Conciliación la cual constituye una solución distinta a la acusación por la aplicación del Principio de Oportunidad. Los orígenes de esa figura en la materia penal juvenil se encuentran en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente promulgada en el año 1998, con entrada en vigencia el día 1° de abril de 2000, hoy denominada Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015), fundamentada

en la Doctrina de la Protección Integral. La Conciliación implica un acuerdo entre las partes procesales por causa de la gestión y la mediación de un juez y se caracteriza por ser un acto plurilateral, de libre discusión, de obligatoria promoción por el Fiscal del Ministerio Público y el Juez, condicionado a que se cumpla el plazo o la obligación pactada, preclusivo, calificado y confidencial, cuyo efecto es el acuerdo satisfactorio, la suspensión condicional del proceso y ante su cumplimiento la cosa juzgada. En la sociedad venezolana, la Conciliación se ha traducido en un esquema de cambio de paradigma tanto en la ciudadanía en general como en los funcionarios que integran el Sistema Penal de Adolescentes, facilitando el acceso a la justicia de los ciudadanos, quienes comprometen su participación en las solución de las causas judiciales, lo cual garantiza un Estado Social y de Derecho encaminado al respeto de las garantías fundamentales de los individuos y la humanización del Proceso Penal de Adolescentes.

Palabras Claves: Medios Alternos, Principio de Oportunidad, Conciliación.

Por eso América: si quieres la paz, trabaja por la justicia.

Si quieres la justicia defiende la vida.

Si quieres la vida, abraza la verdad, la verdad revelada por Dios.

Juan Pablo II (1920-2005) Papa de la iglesia católica.

1. HISTORIA DE LA CONCILIACIÓN

Antiguos antecedentes denotan que siempre estuvo presente en el espíritu de los hombres sacrificar sus posiciones extremas para lograr un acuerdo que permitiera la convivencia sin esfuerzos y en armonía.

Históricamente las primeras formas aplicadas para la resolución de los conflictos entre los hombres nacieron de sus propias decisiones. En algunos casos se resolvieron según la ley del más fuerte, en otros se convino una pauta de acercamiento para evitar la profundización del conflicto[413].

En los dos escenarios se partía del enfrentamiento individual, no intervenían terceros, y si eventualmente estaban, no compartían el interés de uno de los contrincantes.

[413] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina general del Derecho Procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 1990, págs. 25 y ss.

En la antigua China, la mediación era el principal recurso para dirimir las controversias, eso se advierte en los escritos de Confucio, para quien los conflictos se resolvían a través de la "persuasión moral y el acuerdo, no bajo coacción"[414]. De ahí, se advierte una armonía natural en las relaciones humanas que no debía interrumpirse, ya que eso era contrario a la paz deseada. Eso aparentemente rechaza la intervención de terceros en la resolución de divergencias porque pone al curso natural las relaciones interpersonales, sin embargo, ese mecanismo subsiste en la sociedad china y se aplica en forma corriente, por la vía de los comités populares.

Japón desde la antigüedad es un país de rica tradición mediadora, en cuyas leyes y costumbres se encuentra arraigada la mediación como fórmula para resolver los conflictos, asignando a un líder del pueblo la decisión acerca de las controversias entre sus habitantes. Después de la Segunda Guerra Mundial se incorporó la conciliación al ordenamiento jurídico japonés, y por tal motivo, hoy día se aplica de forma habitual en los tribunales de ese país.

En África se solucionaban las controversias con una junta de vecinos, en la que una persona respetada intervenía acercando a los adversarios para que resolvieran la disputa, y cuando la diferencia se presentaba entre miembros del mismo grupo familiar el encargado de dar solución al conflicto era el jefe de la familia.

Otra de las sociedades que de acuerdo a algunos autores resolvió sus diferencias de forma convenida, fue la romana, donde se encuentran antecedentes de la conciliación en la Ley de las XII Tablas, en concreto, en la Tabla I, en la cual se "daba fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes al ir al juicio"[415]; sin embargo, esta opinión no es general, porque también se suele referir como antecedente en Roma el siguiente texto de Suetonio, que se ocupa de una columna de mármol dedicada a Julio Cesar "... y por largo tiempo fue costumbre ofrecer sacrificios al pie de ella, hacer votos y terminar ciertas diferencias jurando por el nombre de Cesar..."[416], aún cuando en esta expresión no se hace referencia a la intervención de un tercero. Por otra parte, Cicerón recomendaba llegar a arreglos alejándose de los pleitos y elogiando la actitud del que los elude, ejemplificándonos sin lugar a dudas, una opinión universal e intemporal[417].

---

[414] FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison. *Mediación, resolución de litigios, sin mediación*. Noriega Editores, 1997. p. 21.

[415] JUNCO VARGAS, José Roberto. (2002). *La Conciliación. Aspectos Sustanciales y Procesales.* Cuarta Edición. Editorial Temis. Colombia. p. 7 y ss.

[416] http://documents.mx/documents/cayo-julio-cesar-resumen.html. *Cayo Julio Cesar Resumen*. Fecha de consulta octubre, 2016.

[417] PALLARES, Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil.* México: Editorial Porrúa. Vigésima tercera edici6n. 1997. p. 168.

De igual manera, en Grecia la conciliación si estaba regulada por la ley en una forma expresa, la cual encargaba a ciertas personas, llamadas Thesmotetes, el examen de los hechos motivos del litigio y procurar convencer a las partes de que debían transigir equitativamente sus diferencias[418].

Asimismo, muchas comunidades religiosas han resuelto sus desavenencias familiares y sociales entre sus feligreses con la mediación de sacerdotes, rabinos o ministros, como posteriormente lo hizo el Derecho Canónico, en el que numerosos pasajes instaban a la solución de los conflictos de manera amistosa. En este sentido, se aprecian en el Nuevo Testamento algunos versículos que llaman a resolver las diferencias no en un tribunal sino por las personas de la misma comunidad[419], y ya entre los siglos VII al XII, los procedimientos religiosos ordenan procuran el arreglo entre las partes antes de una decisión judicial, pero esta era una alternativa no obligante en las leyes vigentes para esa época.

En ese contexto, llegamos a la etapa moderna, siendo España país pionero en las instituciones de conciliación y mediación de conflictos, así, a principios del siglo XIX, la incorporó como medida general en su Carta Política, y en algunas áreas sensibles se dispusieron normas que propician la resolución de conflictos por vías extrajudiciales; en materia mercantil se exigió como requisito obligatorio a los cónsules que llamaran a los interesados para proponerles la transacción, previo a un trámite a juicio; las autoridades de la marina quedaron obligadas a citar a los matriculados para convenir, y a los corregidores se les ordenó que evitaran pleitos para encontrar una convergencia amistosa y voluntaria que condujera a la reconciliación, y finalmente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, impuso a los alcaldes la obligación de presidir los juicios de conciliación como un requisito previo para iniciar un juicio, facultades que después fueron conferidas a los jueces de paz[420].

Igualmente se encuentra otro antecedente de gran importancia en Inglaterra, cuando en 1688 con la revolución inglesa se admite la autonomía de la voluntad privada, un bastión moderno de la conciliación como solución pacífica de conflictos.

De otra parte, en el siglo XVIII con la revolución francesa se generalizó y se impulsó la figura bajo estudio. Así, en la Ley del 24 de agosto de 1790 se prohíbe la admisión de la demanda sin el trámite previo de conciliación, y en este mismo sentido, Voltaire en la Carta de 1745 se refiere a la obligación de recurrir a los jueces conciliadores a quienes califica como hacedores de paz. Luego en el Código de Procedimiento Civil de 1806 se mantiene la conciliación obligatoria.

Sin embargo, con respecto a la conciliación no siempre se aplicó el mismo sistema, en Francia y España se declaró de obligatorio trámite previo a los juicios declarativos, y el conciliador era un

---

[418] JAVALOIS CRUZ, Andy Guillermo de Jesús. *La Conciliación*. Universidad Rafael Landivar. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Guatemala. 2011. Cuaderno de Estudio 95. p. 1.
[419] FOLBERG y TAYLOR. Op. Cit. p. 22.

[420] JUNCO VARGAS, Op. cit., p. 8.

juzgador distinto, mientras que en otros países era una potestad de las partes, destacándose que en Alemania la conciliación correspondía al juez[421].

Hoy día, la conciliación de acuerdo a un nutrido grupo de estudiosos del derecho, es considerada como un método alterno de solución de controversias, y en este sentido, se realizará el estudio de dicha figura a fin de precisar las características que presenta en el Derecho Penal Juvenil Venezolano.

2. DERECHO COMPARADO.

A nivel mundial los medios alternos de solución de conflicto han permanecido en muchas legislaciones, debido a que constituyen un mecanismo efectivo para la descongestión de los órganos de justicia. En las leyes y costumbres japonesas aún persisten los mecanismos menos formales para resolver las controversias, pues los conflictos son resueltos por las partes en forma pacífica, a través de procedimientos conciliatorios o por la ayuda de un tercero, por lo que resulta escaso el litigio formal y la presencia de abogados para este tipo de casos[422].

Por otra parte, en los Estados Unidos la conciliación no goza de la aceptación de los autores americanos, quienes prefieren la institución de la mediación antes que un tercero que los concilie. Así frente a los mediadores, que tratan de aunar esfuerzos por conseguir que las partes lleguen a un acuerdo, en la conciliación el tercero interviene, mas no incita activamente a animar a las partes a alcanzar el acuerdo al conflicto. Por tanto, su función consiste en reunir a las partes o en trasmitir entre ellas los mensajes o las informaciones[423].

Actualmente, en España se distinguen dos tipos de conciliación judicial: La preprocesal y la intraprocesal. La primera, se dirige a evitar el proceso y consiste en un intento de resolver un conflicto jurídico de intereses entre los implicados en él, por medio de un acuerdo y en presencia de un juez, el cual no actúa jurisdiccionalmente, pues la función que cumple es la de intentar aproximar las posturas de las partes. En la actualidad tiene carácter voluntario. En cuanto a la conciliación *intraprocesal*, aquí el acuerdo que se intenta conseguir a través de la conciliación judicial se obtiene una vez iniciado el proceso, y se contempla la posibilidad de que las partes manifiesten en una audiencia previa del juicio ordinario, el acuerdo o que se muestran conformes

[421] JAVALOIS CRUZ. Op. Cit. p. 3.

[422] AYALA ROSTRO, Carlos Alberto. *Análisis: La Mediación como alternativa de solución de conflictos: el caso focos rojos"*. Estudios Agrarios. Revista 119. México. p. 120.

[423] NÚÑEZ OJEDA, Raúl. Negociación, mediación y conciliación. Ediciones Jurídicas de Santiago. Chile. 2009. p. 44.

en concluirlo de inmediato, y equipara el régimen jurídico del acuerdo obtenido como consecuencia de una conciliación o de una transacción[424].

En lo que respecta a los países de América Latina, cabe destacar, que los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como el arbitraje y la conciliación, han tenido una evolución notable. A principios de los años 90, estos mecanismos eran prácticamente desconocidos. Desde el punto de vista normativo, solo existían anticuadas regulaciones legales sobre la conciliación, y estas eran poco estudiadas y escasamente utilizadas. Al mismo tiempo, la democratización que transformó a los sistemas políticos de América Latina durante los últimos años, estimuló la defensa de los derechos individuales, alentando a los ciudadanos a reclamar justicia con más frecuencia y en una mayor variedad de situaciones. En muchos países, la demanda ha sobrecargado la labor de los tribunales ordinarios de justicia que, como ya dijimos, están de por sí en una crisis histórica en todo el mundo. Esta situación empezó a producir un rápido movimiento que se materializó desde dos perspectivas, a saber: por un lado, se dio recepción legislativa a estos instrumentos, con diferentes enfoques; y, por otro, se gestaron iniciativas tendientes a su divulgación, también con distintas orientaciones.

De ahí, se afirma que en la actualidad la conciliación está contemplada en la legislación de todos los países latinoamericanos, con algunas variantes; entre los que la consideran (siempre y en todo caso) formando parte del procedimiento judicial, y los que la utilizan, además, como un mecanismo obligatorio prejudicial (etapa previa al inicio del juicio) e incluso extrajudicial, como es el caso de las conciliaciones administrativas y de las conciliaciones en equidad[425].

Al respecto, se aprecia que en varios países se hace obligatoria para determinados procedimientos judiciales, que la establecen como trámite obligatorio en materias de familia, laborales, de menores y de justicia de paz, y que asimismo, constituye un mecanismo efectivo, toda vez, que las estadísticas demuestran que el 80% de los casos presentados terminan en un acuerdo conciliatorio, y un 95% de dichos acuerdos se cumplen de manera voluntaria[426].

En la materia penal juvenil de los países de América Latina, también se aplica en su mayoría la figura de la conciliación, producto de un proceso de reforma de la justicia penal de adolescentes, que está legitimado en la protección de la infancia, que tuvo como base la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, en la cual se otorga gran relevancia a las formas de desjudicialización, y en las sanciones o medidas no privativas de libertad introducidas por las nuevas legislaciones, algunas de las cuales pueden considerarse formas de justicia restaurativa, mediante la cual la víctima, el sujeto incurso en delito, y cuando proceda,

---

[424] NÚÑEZ OJEDA. Op. Cit. p. 24-26.

[425] ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS: *"Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de Justicia de los países americanos"*. Emitido por el Grupo Especial encargado de dar cumplimiento a las recomendaciones de las Reuniones de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas. 3 de Diciembre de 2001.

[426] MATUTE MORALES, Claudia. *El desarrollo de los métodos alternativos de solución de controversias en América Latina.* Revista de la Universidad de Carabobo. Valencia, Venezuela. 2011. p.7.

cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador con la finalidad de alcanzar un resultado que atienda a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y el delincuente. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.

Al lado de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, se encuentran otros textos legales que sin tener el carácter de vinculantes han delimitado la materia penal juvenil en los países de nuestra región. Estos instrumentos son las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores [Reglas de Beijing, 1985], las Reglas para la protección de los menores privados de libertad, y las Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil [Directrices de Riyad, 1990].

Ese cambio de paradigma en el derecho penal de adolescentes, trajo como consecuencia que la conciliación fuese incorporada con algunas variantes en las legislaciones de Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Republica Dominicana, Venezuela y Colombia, entre otras naciones.

En el Salvador son conciliables, en general, todos los delitos o faltas, excepto los siguientes: a) los delitos de homicidio simple y agravado; b) la extorsión; c) los delitos de privación de libertad, secuestro y atentados contra la libertad individual agravados; d) los delitos relativos a la libertad sexual; e) los delitos que afecten intereses difusos de la sociedad; y, f) los delitos cometidos por menores que hayan conciliado la misma clase de delitos dolosos.

En Costa Rica además de las limitaciones legales, no procede la conciliación cuando la víctima es menor de edad[427].

En Honduras, la Conciliación procede en cualquier etapa del proceso anterior a la apertura del juicio y será aplicable cuando en las infracciones cometidas no haya existido violencia contra las personas. Es un acto voluntario y no procede cuando se vulneran los intereses del niño y niña.

Por otra parte, en República Dominicana, el proceso penal de la persona adolescente puede terminar en forma anticipada por aplicación de la conciliación[428].

En lo atinente a Nicaragua, la conciliación es un acto jurídico voluntario entre el ofendido o su representante y el adolescente, con el objeto de lograr un acuerdo para la reparación del daño

[427] UNICEF – ILANUD – CE. *La Sanción Penal Juvenil y sus alternativas en Costa Rica: con jurisprudencia nacional* / Carlos Tiffer, Javier Llobet. – 1ª. Ed. – San José, C.R.: UNICEF – ILANUD – CE, 1999. p. 63.

[428] http://espacio-juridico-honduras.blogspot.com/p/mecanismos-restaurativos-en-las.html. Fecha de consulta, octubre 2016.

causado por el adolescente, que no procede en los delitos cuya pena merezca medidas de privación de libertad[429].

En lo que respecta a Colombia, las autoridades judiciales deben facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños y tendrán como principio rector la aplicación del principio de oportunidad. Se realiza con el consentimiento de ambas partes, y se lleva a cabo con una visión pedagógica y formativa, mediante el cual los niños y adolescentes tomen conciencia del daño causado y las consecuencias de su acción[430].

3. DEFINICIÓN DE CONCILIACIÓN

El término conciliar deriva del vocablo latino *conciliare,* que de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española significa "componer o ajustar ánimos opuestos entre sí", como segunda acepción "conformar dos o más posiciones que al parecer son contradictorias", y la última, "granjear o ganar los ánimos y la benevolencia"[431].

El tratadista José Roberto Junco Vargas se refiere a la conciliación como "el acto jurídico e instrumento por medio del cual las partes en conflicto antes de un proceso o en el transcurso de éste se someten a un trámite conciliatorio para llegar a un convenio de todo aquello susceptible de transacción y que lo permita la ley, teniendo como intermediario, objetivo e imparcial, la autoridad del juez, otro funcionario o particular debidamente autorizado para ello, quien, previo consentimiento el caso, debe procurar por las fórmulas justas de arreglo expuestas por las partes o en su defecto proponerlas y desarrollarlas, a fin de que se llegue a un acuerdo, el que contiene derechos constituidos y reconocidos con carácter de cosa juzgada"[432].

A mayor abundamiento, Junco Vargas señala que "si una persona desapercibida de todo conocimiento jurídico o psicológico es indagada sobre el concepto de conciliación, vulgarmente puede opinar que es el acuerdo logrado entre las partes con la ayuda de alguna o algunas personas que sirvieron de puente en la relación"[433].

---

[429] CARRANZA, Elías, TIFFER Carlos y MAXERA, Rita. *La reforma de la justicia penal juvenil en América Latina y la justicia restaurativa.2002.*p. 31.

[430] LEMUS MURCIA, Ana. *La conciliación como mecanismo para la defensa de los derechos de los adolescentes.* Bogotá, Colombia. 2011. p. 46.

[431] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 1984. Diccionario de la lengua española. 20ma. Edición, tomo 1, Madrid, España, Editorial Espasa - Calpe, S. A. p. 352.

[432] JUNCO VARGAS, Op. cit., p. 36.
[433] JUNCO VARGAS, Op. cit., p. 102.

En este mismo sentido, Amado, define a la conciliación como "procedimiento para la solución directa y amistosa de las diferencias que puedan surgir de un determinado conflicto, mediante el cual las partes en controversia, con la colaboración de un tercero conciliador, ponen fin al conflicto celebrando un acuerdo"[434].

De la inteligencia de las anteriores definiciones se concluye que la conciliación entraña un acto, un procedimiento y un eventual arreglo, ya que como acto representa la existencia de pretensiones contrapuestas entre las partes, como procedimiento comprende trámites y formalidades convencionales y legales para lograr la coincidencia de las partes en conflicto, y como acuerdo representa la forma de arreglo convenida entre los intervinientes.

4. LA CONCILIACIÓN EN EL PROCESO PÉNAL JUVENIL DE VENEZUELA

El proceso penal imperante en Venezuela se rige por un sistema acusatorio en donde el Estado, por el carácter social que reviste la realización de un hecho punible, es quien mediante sus órganos, tiene la facultad de perseguir y procurar la consecución de este proceso. Este sistema gira en torno a principios y garantías que buscan la verdad por medios idóneos y la correcta aplicación de los mecanismos necesarios para una sana aplicación de las normas. En este sentido, la justicia penal venezolana tiende a desarrollar herramientas para su mejor funcionamiento.

Dentro de este objeto y del cambio radical de las instituciones jurídicas penales, se han introducido en Venezuela algunos institutos que alteran el principio de legalidad, por excepción[435], tendientes a colaborar con los principios que rigen al derecho procesal penal, que permiten la celeridad y economía procesal, así como una mayor humanización dentro del proceso. Estas figuras son denominadas por el legislador como alternativas a la prosecución del proceso, y constituyen modos de auto-composición procesal que tienen la misma eficacia que la sentencia, pero se originan, ya en la voluntad conjunta de ambas partes, o bien en la declaración unilateral de una de ellas.

Una de estas instituciones es la Conciliación que parte de lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999[436], en la cual se consagraron los principios fundamentales dirigidos a impartirle un nuevo rumbo a la administración de justicia en general, enfocando su innovación en un cambio de los paradigmas de dicha administración, cuando dispone en el artículo 253, los medios alternativos de justicia, y en el artículo 258, prevé: "La ley proveerá el

---

[434] Amado, L. (2005). *Resolución de Conflictos Medios Alternos para Transformar Conflictos en Forma Pacífica*. Caracas. Editorial CEC, S.A. p. 65.

[435] MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Moira. *Sistema de Responsabilidad y Procedimiento Penal del Adolescente*. Universidad Central de Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela, 2005. p. 197.

[436] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.860. (Extraordinaria). Diciembre, 30 de 1999.

arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos".

Esa solución alterna a los conflictos penales fue adoptada tanto en el Código Orgánico Procesal Penal[437] aplicable a la Jurisdicción Ordinaria, como en la Ley que regula la Jurisdicción Penal Juvenil, hoy denominada Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes[438], fundamentada en la Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 34.541, de fecha 29 de agosto de 1990, en la cual se inserta un nuevo paradigma de la protección integral de niños, niñas y adolescentes, creándose con eso, una apertura legal para que la solución en el ámbito penal no sea la de reprimir, con lo cual se abandona el clásico Principio de Legalidad, según el cual todo delito debe ser investigado y castigado, por la solución de las causas penales mediante la concertación entre partes.

Sobre el tema en comentario, Vásquez González puntualiza: "…se aprecia que en la figura de la conciliación el legislador de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente fusionó dos alternativas a la prosecución del proceso, previstas en el COPP para el procedimiento penal de adultos, a saber: acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso".[439]

En el contenido de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes no se aprecia una definición de la conciliación, sin embargo, de las normas 564 a la 568, se extraen las siguientes características que la definen y distinguen de otras fórmulas alternas de solución de conflictos:

- Es un acto plurilateral, porque en el intervienen el adolescente imputado o el acusado, según la etapa procesal en que se encuentre el asunto penal, la madre, padre, representantes o responsables, la defensa bien sea pública o privada, el Fiscal del Ministerio Público o la víctima.
- Es un acto de libre discusión o concertado, porque ninguna de las personas intervinientes puede imponer su voluntad, por lo que requiere la discusión de las posiciones de las partes, y dependiendo de la instancia ante la cual se celebre, la moderación del Fiscal del Ministerio Público Especializado o del Juez o Jueza en Funciones de Control o de Juicio.
- Es un acto de obligatoria promoción por el Fiscal del Ministerio Público Especializado y la Defensa en fase de investigación, en los casos que no ameriten la imposición de

[437] CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL (2012). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.078. (Extraordinaria). Junio, 15 de 2012.
[438] LEY ORGANICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (2015). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.185. (Extraordinaria). Junio, 15 de 2015.
[439] VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Magali. 2001. Formulas de solución anticipada en el proceso penal de adolescentes. Compilación de Cornielles, Cristóbal en las Segundas Jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. UCAB, Caracas, Venezuela.

la sanción de privación de libertad para el adolescente responsable; y agotada esa etapa procesal, nace la obligatoriedad de su promoción para el Juez o Jueza, en la ocasión en que ha de celebrarse la Audiencia Preliminar, o decretado el procedimiento abreviado, en la oportunidad de la apertura del Juicio Oral y Privado y antes del inicio del debate.

- Es un acto condicionado al cumplimiento del plazo, las obligaciones pactadas y el acatamiento de las órdenes impuestas por el Juez o Jueza para la incorporación del adolescente a los programas de prevención e inclusión social, previstos en la norma 124 de la Ley *in comento*, entre los que se encuentran la colocación familiar, la asistencia, el apoyo y orientación, el abrigo y la rehabilitación y prevención, entre otros, y que solo surte efectos de cosa juzgada, luego de verificado el absoluto acatamiento de las obligaciones, órdenes y tiempo de suspensión, previa resolución judicial de sobreseimiento definitivo.
- Es un acto preclusivo, porque en el procedimiento ordinario solo puede celebrarse la conciliación una vez presentada la eventual acusación, y antes de la orden de enjuiciamiento, y pasadas esas ocasiones se agota la oportunidad para la celebración de la conciliación. En el procedimiento abreviado, solo se puede hacer uso de esa figura antes, una vez presentada la acusación y antes del inicio del debate.
- Es un acto calificado, porque está sujeto a la homologación del Juez o Jueza, quien debe efectuar una valoración para verificar el cumplimiento de los principios y garantías que orientan el proceso penal juvenil, así como requisitos de forma, tales como la presencia de las partes, la voluntariedad en el acuerdo, la presentación de la eventual acusación, el carácter no privativo de libertad del delito por el cual se presenta la acusación eventual, y la reparación social del daño cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos.
- Es un acto confidencial, al igual que la totalidad de los actos llevados a cabo en los Tribunales que conforman la Sección Penal de Responsabilidad del Adolescente, por imperio de la norma 546 *eiusdem*, que prevé la reserva del procedimiento penal juvenil.

5. EFECTOS DE LA CONCILIACIÓN.

El primero de los efectos que devienen de la homologación de la conciliación es la suspensión condicional del proceso por un tiempo determinado, durante el cual el adolescente o joven adulto debe acatar las obligaciones de hacer o no hacer, que concertó en presencia de su Defensor, con el Representante del Ministerio Público, y la víctima, según sea el caso.

Esa suspensión del proceso, debe quedar plasmada en una resolución judicial que debe contener: fundamentos de hecho y de derecho de la suspensión; datos generales del o de la adolescente, hechos que se atribuyen, su calificación legal y la posible sanción; obligaciones pactadas y el plazo para su cumplimiento; advertencia al o la adolescente o representantes legales de que cualquier cambio de residencia, domicilio, lugar de trabajo o instituto educacional, deberá ser comunicado al o la Fiscal del Ministerio Público y al ente ejecutor de los programas, Consejo Comunal donde se

encuentre cumpliendo con la medida de la conciliación; y la orden de incorporación a los programas de prevención e inclusión social, previstos en el artículo 124 de la Ley Rectora en la materia especializada, los cuales deberán ser ejecutados por entes públicos o por los Consejos Comunales u otras organizaciones sociales, quienes deberán informar en el plazo establecido por el juez o la jueza de control o juicio sobre la supervisión, orientación y avances demostrados por el o la adolescente durante su permanencia en sus programas de prevención.

Deviene de lo anterior, otro de los efectos de la conciliación, el resarcimiento del daño causado a la víctima con la ejecución del hecho punible, pues como bien se señaló en párrafos previos, la conciliación frena la realización del juicio a cambio de la voluntad del encausado de reparar el perjuicio que sufrió la víctima en ocasión al delito.

Ahora bien, en este punto de la disertación, es conveniente señalar que la conciliación no debe verse como un simple pago o reparación del daño a la víctima, es necesario que el adolescente comprenda que su comportamiento produjo una lesión o un peligro de un bien jurídico tutelado, con lo cual se cumple el fin eminentemente pedagógico de la justicia penal juvenil venezolana.

Sobre el mismo, opina Guzmán, lo siguiente: "El sometimiento del delincuente a prueba, más que una sanción deviene en un verdadero tratamiento criminológico y de allí que su beneficiario deba entender su significación y que lo acepte voluntariamente...Su procedencia tiene fundamento de política criminal orientada a combatir las consecuencias gravosas del propio sistema penal, implica apartarse de la finalidad retributiva de la pena para dirigirse hasta fines utilitaristas de prevención general y especial"[440].

Otro efecto que surge de la homologación de la conciliación es el que nace con el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas, con lo cual se extingue la acción penal, debiendo el Ministerio Público solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa, aún cuando consideramos que el Juez de Control o de Juicio especializado podrá *ex-oficio* decretar dicho sobreseimiento conforme al artículo 568 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. En caso de incumplimiento, el Fiscal presentará su acusación, la cual ya no será "eventual", activándose el procedimiento correspondiente. Dicho sobreseimiento causa efectos de cosa juzgada, y por tanto, la víctima ante su decreto queda impedida de acudir nuevamente ante el tribunal penal, por los mismos hechos, y finalmente, solo le queda accionar por la vía civil.

Por último, la suspensión del proceso a prueba de acuerdo a lo estipulado en la norma 567 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, es causal de interrupción de la prescripción por el tiempo acordado.

---

[440] GUZMÁN, Juan Vicente. *Suspensión del Proceso a Prueba. Relegación de la Víctima. Algunos Aspectos en la Evaluación de la Aplicación del COPP*. Cuartas Jornadas de Derecho Procesal Penal. UCAB. Caracas, Venezuela. 2001.

6. REFLEXIÓN FINAL

De todo lo expresado, deducimos a modo de corolario, que la conciliación es un mecanismo sumamente útil en la solución de los conflictos que se suscitan en la Jurisdicción Penal de Adolescentes, en esta materia ha obtenido grandes frutos, ya que a través de ella, muchas de las causas que cursan en los Tribunales de la Sección Penal de Responsabilidad del Adolescente de Venezuela, han sido resueltos, disminuyéndose considerablemente el número de asuntos en trámite. Eso, ha permitido que los funcionarios encargados del juzgamiento dispongan de mayor tiempo para atender los asuntos por delitos graves, finalidad que persiguió el legislador al momento de incorporar a la justicia juvenil, la conciliación como un medio alternativo de resolución de conflictos.

Sumado a lo anterior, cabe resaltar, que la institución bajo análisis, se ha convertido en un factor de cambio cultural, a corto, mediano y largo plazo, a través del cual la ciudadanía venezolana ha notado que la mejor forma de resolver los conflictos no es la vía judicial y mucho menos, la vía violenta; que existen nuevas formas para dilucidar las diferencias, y que estas, en ningún caso, les son perjudiciales.

Mediante la conciliación se ha gestado un cambio cultural en materia penal, por medio del cual la sociedad y los individuos han reformulado sus concepciones antagónicas, propias de los recintos judiciales, propiciando una actitud comunicativa y dialéctica en la que han surgido propuestas novedosas, idóneas, y equitativas, como resultado de otra visión del conflicto, y específicamente, de una novedosa cultura, que en todo caso ha enriquecido el proceso penal adolescencial, haciéndolo más justo y menos represivo, con lo cual sin lugar a dudas, redunda en el respeto a la dignidad humana, la recomposición del tejido social y cultural y la generación de una cultura de paz y de convivencia ciudadana.

7. RECOMENDACIONES.

- Realizar jornadas en la comunidad para la difusión de la conciliación, y sus usos prácticos.
- Capacitar a los miembros de los consejos comunales, y las instituciones del Estado, en cuanto a la obligación de insertar en sus actividades y programas a los adolescentes en conflicto con la ley penal, cuando sea convenido como una obligación producto de la conciliación.
- Reforzar la capacitación de los integrantes del Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente, en materia de medios alternos para la solución de conflictos.

- Implementar mecanismos a nivel procesal para garantizar la promoción obligatoria de la conciliación, por parte del Ministerio Público, antes de la presentación de la acusación.
- Crear un centro de justicia alternativa dependiente del Ministerio Público, integrado por personal capacitado en medios alternos de solución del proceso, que conjuntamente con el Representante Fiscal propongan y recomienden a las partes la utilización de la conciliación para dirimir sus controversias.
- Crear oficinas adscritas a los Tribunales Penales de la Sección Penal de Adolescentes, encargados de la vigilancia y supervisión del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el adolescente como parte de la conciliación, y de las órdenes de incorporación a los programas de prevención e inclusión social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMADO, L. *Resolución de Conflictos Medios Alternos para Transformar Conflictos en Forma Pacífica*. Caracas. Editorial CEC, S.A. 2005.

- AYALA ROSTRO, Carlos Alberto. *Análisis: La Mediación como alternativa de solución de conflictos: el caso focos rojos"*. Estudios Agrarios. Revista 119. México.

- CARRANZA, Elías, TIFFER Carlos y MAXERA, Rita. *La reforma de la justicia penal juvenil en América Latina y la justicia restaurativa.*2002.

- CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL (2012). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.078. (Extraordinaria). Junio, 15 de 2012.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.860. (Extraordinaria). Diciembre, 30 de 1999.

- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española. 20 ed. Tomo I. 1984.

- FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *Doctrina general del Derecho Procesal*, JM. Bosch, Barcelona, 1990.

- FOLBERG, Jay y TAYLOR Alison. *Mediación, resolución de litigios, sin mediación.* Noriega Editores, 1997.

- GRUNSKY, WOLFGANG, *Zivilprozessrecht*, Luchterhand, Berlin, 2003.

- GUZMÁN, Juan Vicente. *Suspensión del Proceso a Prueba. Relegación de la Víctima. Algunos Aspectos en la Evaluación de la Aplicación del COPP*. Cuartas Jornadas de Derecho Procesal Penal. UCAB. Caracas, Venezuela. 2001.

- JAVALOIS CRUZ, Andy Guillermo de Jesús. *La Conciliación*. Universidad Rafael Landivar. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Guatemala. 2011. Cuaderno de Estudio 95.

- JUNCO VARGAS, José Roberto. *La Conciliación. Aspectos Sustanciales y Procesales*. Cuarta Edición. Editorial Temis. Colombia. 2002.

- LEMUS MURCIA, Ana. *La conciliación como mecanismo para la defensa de los derechos de los adolescentes.* Bogotá, Colombia. 2011.

- LEY ORGANICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (2015). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.185. (Extraordinaria). Junio, 15 de 2015.

- MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Moira. *Sistema de Responsabilidad y Procedimiento Penal del Adolescente*. Universidad Central de Venezuela: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, Venezuela, 2005.

- MATUTE MORALES, Claudia. *El desarrollo de los métodos alternativos de solución de controversias en América Latina.* Revista de la Universidad de Carabobo. Valencia, Venezuela. 2011.

- NÚÑEZ OJEDA, Raúl. Negociación, mediación y conciliación. Ediciones Jurídicas de Santiago. Chile. 2009.

- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS: *"Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de Justicia de los países americanos"*. Emitido por el Grupo Especial encargado de dar cumplimiento a las recomendaciones de las Reuniones de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas. 3 de Diciembre de 2001.

- PALLARES, Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil.* México: Editorial Porrúa. Vigésima tercera edici6n. 1997.

- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 1984. Diccionario de la lengua española. 20ma. Edición, tomo 1, Madrid, España, Editorial Espasa - Calpe, S. A. p. 352.

- UNICEF – ILANUD – CE. *La Sanción Penal Juvenil y sus alternativas en Costa Rica: con jurisprudencia nacional* / Carlos Tiffer, Javier Llobet. – 1ª. Ed. – San José, C.R.: UNICEF – ILANUD – CE, 1999.

- VÁSQUEZ, Magali. *Nuevo derecho Procesal Penal Venezolano. Las Instituciones Básicas del Código Orgánico Procesal Penal*. UCAB. Caracas. 2001.

- http://documents.mx/documents/cayo-julio-cesar-resumen.html. *Cayo Julio Cesar Resumen*. Fecha de consulta octubre, 2016.

- http://espacio-juridico-honduras.blogspot.com/p/mecanismos-restaurativos-en-las.html. Fecha de consulta, octubre 2016.

Ponencia 7 – Comisión 3

Título: El instituto de la Remisión en la Justicia Penal Juvenil.

Autor/es: Alicia Beatriz Alcalá

Contacto:

DIRECCION: Marcelo T. de Alvear Nº 637. (3500) Resistencia, Chaco, Argentina.

TELEFONO: +593624521621/ +593624430632.

MAIL: alibealcala@hotmail.com

EL INSTITUTO DE LA REMISIÓN EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL.

SINTESIS DE LA PROPUESTA:

La remisión, instituto previsto en las Reglas Nº 11 de Beiging, se adecua a los principios y objetivos de la justicia penal juvenil. Es un método alternativo para resolver la situación procesal del adolescente infractor de la ley penal, ya que valora los esfuerzos que realiza durante el tiempo en el que se le aplican medidas protectorias por parte del Estado, apartándolo del proceso penal, sin tener que atravesar por un juicio. Evita de esta forma, la estigmatización social y lo reinserta en su comunidad. Fue recientemente aplicado por el Superior Tribunal de la provincia del Chaco, República Argentina, confirmando el primer fallo de primera instancia en este sentido.

Consideramos que se trata de un instituto que debería ser aplicado con más frecuencia en la justicia penal juvenil. Para ello, es necesario que los operadores judiciales analicen los casos concretos y adopten este instituto y/u otros medios alternativos en beneficio de los adolescentes infractores de la ley penal.

PONENCIA: El instituto de la Remisión en la Justicia Penal Juvenil.

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Chaco, ha dictado el día 21 de Marzo de 2.016, la sentencia Nº 16 en el Expte. Nº 1-1998/2.015, caratulado:"MORALES, ENZO MIGUEL S/ JUICIO", por la que confirmó lo resuelto por el Juzgado del Menor de Edad y Familia Nº 4, en fecha 29 de mayo de 2.015, a cargo de la suscripta en esa oportunidad, aceptando el instituto de la Remisión,

consagrado en la Regla Nº 11 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beiging).

Lo novedoso del fallo es que por primera vez se aplica este instituto pese a que las Reglas fueron aprobadas el 28 de noviembre de 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución Nº 40/33. De esta forma, el máximo Tribunal provincial, se enrola en los principios rectores de la justicia penal juvenil, que apuntan a la reinserción del adolescente infractor de la ley penal, en su familia y en su comunidad, a través del trabajo que el Estado está obligado a realizar con él y su grupo familiar, para lograr que supere las circunstancias fácticas que lo llevaron a delinquir, por medio de las acciones conjuntas del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo.

BREVE RELATO DE LA CAUSA

En este caso puntual se trataba de un hurto calificado por haberse sustraído una bicicleta en la vía pública, la que luego fue devuelta a su propietario. El Juzgado del Menor de Edad dispuso medidas socio educativas tendientes a que el adolescente supere la problemática que atravesaba para poder salir prontamente del mundo delictual al que a través, de este hecho, había ingresado.

Se contó con la colaboración de los progenitores, que fue de vital importancia. El resultado de las medidas adoptadas fueron satisfactorios. El adolescente no volvió a delinquir.

Llegada la causa a juicio, elevada por la Sra. Fiscal de Investigaciones intervinientes, tanto el Defensor Público como la Asesora de Menores de Edad, propusieron a la Sra. Juez, la aplicación del instituto de la remisión, el que fue recepcionado valorando las constancias específicas de la causa:
*levedad del hecho.

*evolución favorable del adolescente ante la aplicación de las medidas proteccionales adoptadas por el Juzgado del Menor de Edad.

* trabajo conjunto con los progenitores del adolescente.

* falta de interés del damnificado, el que fue debidamente notificado pero no compareció a estar a derecho.

La resolución de primera instancia llegó al Superior Tribunal de Justicia por el recurso de casación interpuesto por la Sra. Fiscal de Investigaciones. Esta funcionaria había argumentado que las Reglas de Beiging, no son derecho operativo para la República Argentina y que no están previstas en el Código Procesal Penal provincial como un medio extintivo de la acción penal.

PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL Y LEGISLACION APLICADA

Al momento de sentenciar, aplicando la Remisión y como consecuencia de ello, sobreseer al adolescente, se tuvieron en cuenta los principios de oportunidad y de razonabilidad o proporcionalidad, que rigen, entre otros, la justicia penal juvenil. Surgen de las disposiciones de las Reglas Nº 1, 5 y 11 de Beiging, en cuanto disponen que su objetivo es restringir la respuesta punitiva del Estado, aplicando institutos alternativos, atendiendo al examen de la gravedad del hecho cometido, la condición social del adolescente y su realidad familiar. Estos factores deben influir en la proporcionalidad de la sanción, teniendo en cuenta, a su vez, la respuesta del mismo, los esfuerzos por indemnizar a la víctima y por mantenerse en una vida útil.

En definitiva se exige que la respuesta estatal se adecúe a las circunstancias del adolescente evitando, de ser posible, una red de control social oficial.

En relación a este tema la CIDH, en el caso "Mendoza Vs. Argentina" (Sentencia del 14/5/2.013.Punto 151), ha dicho que la Convención Americana no incluye un listado de medidas puntivas que los Estados pueden imponer cuando los niños han cometido delitos. No obstante, es pertinente señalar que para determinar las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de materia relevante el principio de la proporcionalidad. Conforme este principio, debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena, como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal, será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y /o sociedad.

Por otro lado, en cuanto al cuestionamiento de la operatividad de las Reglas de Beiging en el derecho argentino, el Superior Tribuanl del Chaco, recpecionó la sostenido en primera instancia, en el sentido que las mismas son mencionadas como principios rectores a tener en cuenta por la ley provincial Nº 4369:"EStatuto del Menor de Edad y Familia" y por el decreto reglamenterio Nº 415/06 de la ley nacional Nº 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. De tal manera que debe considerarse que existe una específica y concreta disposición legislativa que posibilita su aplicación en el ámbito local.

Así también, citó el caso Maldonado (fallo 328:4343), en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene en cuenta esas Reglas en el considerando 33, valorando la opinión del Comité de los Derechos del Niño, señalando al respecto que:" ... estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen solo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados interncionales suscriptos por nuestro país, en especial la Convcención de los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica....El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de la

Convención, ha recomendado a los Estados parte a asegurar "la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño, en particular, a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beiging) y a la Guía de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad)....".

Por otra parte, el STJ Chaco aclaró que si bien es cierto que las Reglas carecen del carácter vinculante que ostentan los tratados suscriptos por nuestro país en el marco del art. 31 de la Constitución Nacional, también es cierto que sus parámetros representan la voluntad internacional en esta materia y sirven de guía para la aplicación de la justicia penal juvenil de las Reglas.

En base a estos fundamentos, el máximo tribunal provincial recepcionó por primera vez este instituto, sin dejar de advertir y recomendar a los jueces inferiores que su aplicación deberá ser mesurada, observando en forma estricta y particularizada, cada caso, no pudiendo obviar el requisito fijado en la disposición 11.3 en cuanto que, “toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo, estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o tutor; sin embargo la decisión relativa a la remisión del caso, se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite", ni la recomendación de la Regla 11.4, que establece que: "Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de superivisión y orientación temporales, restitución y compensación a la víctima", ya que ellas procuran evitar futuras transgresiones a la ley mediante la supervisión y orientación correspondiente y entrañan una avenencia mediante la indemnización de la víctima, lo cual deberá realizarse bajo un estricto seguimiento jurisdiccional.

CONCLUSION Y PROPUESTA

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beiging) fueron sancionadas por las Naciones Unidas el 28 de noviembre de 1985.

La República Argentina las ha recepcionado tanto como a las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). Ha suscripto la Convención de los Derechos del Niño, que ha sido incorporada a la Constitución Nacional en la reforma de 1994, conformando con otros tratados internacionales sobre derechos humanos, el denominado “bloque de constitucionalidad”. En el año 2.005 se sancionó la ley nacional Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las NNA. Mi provincia sancionó en el año 2.013 la ley 7162 de protección de Derechos de NNA.

Toda esta normativa internacional, nacional y local se enrolan en la teoría de la protección integral de las niñas, niños y adolescentes.

A pesar de ello en mi país el régimen penal juvenil está regulado por la ley 22.278 que sostiene la teoría de la situación irregular, bajo la figura del patronato del Estado, el que ha sido derogado expresamente por la ley 26.061.

Como resultado de ello, estamos ante una anarquía normativa la que puede ser superada por la aplicación de los tratados internacionales que conforman el corpus juris internacional sobre derechos humanos.

En consecuencia, sostenemos que el Juez de Menores de Edad con competencia penal, debe aplicarlo, atendiendo a su jerarquía legal y a la voluntad manifiesta del concierto de las naciones volcada en ellos y en normas tales como las Reglas a las que hago referencia en este trabajo.

Recepcionamos con satisfacción la recepción del instituto de la Remisión por primera vez en la justicia local, pero no deja de preocuparnos, que a pesar que hace tantos años que están en vigencia, que han sido citadas expresamente por la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sean recientemente tenidas en cuenta por los operadores de la justicia penal juvenil.

Ello nos debe llevar a reflexionar sobre la responsabilidad de los funcionarios y magistrados, en el sentido de que podemos tener muchas y buenas leyes pero depende de nosotros su correcta y pronta aplicación. No podemos olvidar que por nuestras decisiones pasa el pasado, el presente y el futuro de los adolescentes infractores de la ley penal.

En este punto coincdo con Mary Belof cuando expresa:"El desafío sigue siendo cómo traducir derechos en hechos. Tal vez por aquella confianza excesiva, parte importante del movimiento por los derechos de niñas y niños en la región puso toda su energía en las reformas legales y olvidó que ella era solo una pequeña parte de la solución. La pregunta que deberíamos hacernos ahora los juristas es si seguiremos atrapados en el laberinto sin fin de las reformas permanentes o si tenemos algo que aportar en el proceso de traducir derechos en hechos, en el proceso de reinventar los derechos de la infancia que no tienen el mismo alcance ni el mismo contenido que los adultos" ("Quince años de vigencia de la Convención de los Derechos de los niños en la Argentina" publicado en "La familia en el nuevo derecho". Rubinzal Culzoni, Bs As. 2,009).

Ponencia 8 – Comisión 3

Título: Procesos de maternaje en adolescentes infractores penales.

Autor/es: Liliana Muñoz - Mónica Valgañón

PROCESOS DE MATERNAJE EN ADOLESCENTES INFRACTORES PENALES.

El presente estudio deriva del trabajo que durante ocho años (a partir del 2008) se viene realizando en el Tercer Juzgado Penal de Menores, de la Primer Circunscripción Judicial de Mendoza, Argentina. En el mismo se realizan talleres de "Promoción de Funciones Parentales Saludables "con las familias de los adolescentes que son derivados por el Tribunal.

Los talleres forman un programa de acompañamiento psicoeducativo que intenta proveer de herramientas tendientes a la mejora de los procesos relacionales de las familias, a promover redes de pares de mutua ayuda o apoyo social y a mejorar el acceso a la justicia de las familias y jóvenes infractores a la ley penal.

El programa del taller se desarrolla en 8 encuentros y cierre, por lo que alcanza a repetirse tres veces en el año de actividad judicial atendiendo en cada ciclo a tres grupos distintos de familias por año. Se ha trabajado con un total 160 familias (20 familias por año, contando desde el 2008) y 640 (si contamos alrededor de 4 integrantes por familia) de miembros de la familia, que involucran a 160 jóvenes infractores.

En ese contexto se trabajó con las madres y padres asistentes, de manera paralela al taller, con el objetivo de conocer cómo es la relación que se establece entre el joven y su madre. La indagación específica se realizó con la toma del test de las "bolitas" de Raúl Usandivaras, la entrevista semies tructurada y el test de evocaciones.

Los resultados del trabajo arrojaron que:

En la mayoría de las familias provenientes de parejas heterosexuales la madre se ha quedado sola a cargo de la crianza de sus hijos y del joven infractor; y se encuentra conviviendo la pareja parental (ambos padres) en el 30% de los casos. En casi el 90% de los casos el padre varón establece una vinculación con sus hijos que resulta periférica, permisiva, alejada del proceso

parental, con un rol difuso de proveedor eventual. La vinculación de pareja y el proyecto vital compartido entre los convivientes es confusa, concreta y con perspectiva de corto plazo. Uno solo de los padres muestra una posición autoritaria, es decir que se encuentra involucrado en la cotidianeidad familiar, muestra pertenencia e identificación con el grupo y ejerce de manera rígida la jerarquía y el control. No busca consenso familiar, ni atiende a los requerimientos específicos de los miembros, tiene escasa permeabilidad a las expresiones del conjunto familiar, quienes funcionan desde la sumisión. Otro padre se relaciona desde límites difusos, poco claros, que se mezclan con los de otros participantes de la familia, por lo que su conducta parental no tiene distingo con la de cualquier otro miembro, función o rol. Se interpreta ese rol desdibujado, sin ejercicio de la jerarquía adulta. Se coloca más bien en una posición infantil, incapaz, busca ayuda en sus hijos, transgrede las funciones parentales y es dependiente.

Las madres de los jóvenes (dos tercios), ocupan en la relación con ellos, la posición complementaria inferior. Esto significa que aceptan someterse a las proposiciones, jerarquía y organización de pautas o reglas impuestas por el adolescente, modificando de manera negativa el orden generacional. El adolescente infractor es quien domina la relación.

Una minoría del grupo de madres estudiado intenta aislarse de manera ficticia e imposible porque sigue viviendo de manera cotidiana con el grupo familiar. De todos modos disminuye las estrategias de contacto, utiliza modos comunicativos confusos y no realiza propuestas claras ni cambio de reglas.

Una sola progenitora asume una posición relacional complementaria superior, asume la direccionalidad de la relación, controla y distribuye el poder y ejerce las tareas parentales dentro de un estilo autorizativo.

Dos tercios de las madres mantienen relaciones de alianza estrecha con el joven infractor estableciendo una vinculación afectiva, intensa e indiscriminada. El maternaje en estos casos tiene déficit en las tareas normativas y favorece que la incorporación de reglas de parte del adolescente sea incompleta, confusa y ganancial.

Las alianzas con la madre enfatizan procesos de coalición. Esto es que la estrechez de la empatía emocional entre madre e hijo infractor legal necesariamente lleva al conflicto con el otro padre. De tal manera el juego de alianzas, alejamientos y conflictos se vuelve triangular entre la madre – el hijo – el padre, fomentando patrones disfuncionales de ejercicio parental y deteriorando los procesos de la pareja conviviente. La regla es la trasgresión.

La ausencia de un ejercicio parental compartido por ausencia física concreta del progenitor varón o por periferia de éste hace recaer el peso de la tarea sobre la madre casi con exclusividad.

Las mujeres son tanto las encargadas de la crianza como del mantenimiento de la economía familiar.

Son los menores infractores quienes asumen la función jerárquica superior, convirtiéndose en "padres" de sus padres. Esto evidencia el fracaso de las tareas de maternaje y enfatiza el aprendizaje de la transgresión. El joven infractor no encuentra en su familia posibilidades de apoyo ni satisfacción funcional a sus demandas evolutivas.

El periodo de la adolescencia lo encuentra al joven infractor penal muy debilitado en sus lazos familiares, a cargo de los adultos que se supone que son en quienes debería apoyarse. Asume dentro de su familia una posición de poder y de autoridad fuera de su alcance. Aprende la trasgresión como pauta de vida. La convalida luego en su grupo de pares y en los escenarios de vida cotidiana.

PROPONEMOS

Teniendo presente éstas características familiares nos encontramos, frente a una problemática que debemos encarar tanto en los procesos familiares como en los efectores naturales que se relacionen con la familia. **Los talleres deberían darse en el primer contacto que posee la familia con instituciones coparticipes de la socialización, como lo es la escuela. En ésta es donde debería implementarse como política pública, el dictado de los mismos. De esta manera se estaría dando herramientas a la primera infancia y con esto se abriría un abanico de posibilidades latentes en aquellas poblaciones en desventaja de sus derechos sociales naturales que les corresponde**.

Debemos pensar en un Estado presente en estas comunidades, ya que la ineficacia en el sostenimiento del ejercicio pleno de éstos derechos sociales (educación, empleo, vivienda, entre otros), hacen que la desventaja sea cada vez más grande, materializándose en conducta antisocial en los adolescentes entre las factores más predominantes que se observan.

Ponencia 9 – Comisión 3

Título: Procesos dignos y Sistemas que dignifican.

Autor/es: Jorgelina Alejandra Camiletti - Cecilia Karina Benítez - Gabriela Inés Raimundo

Contacto:

Telefono celular: 115476-8397

Telefono particular: 5294-1139

Domicilio: Concejal Horacio Julián 683, dpto. 2, Morón.

Mails: liceciliabenitez@gmail.com - jorgelinacamiletti@hotmail.com - gabrielairaimundo@gmail.com

PROCESOS DIGNOS Y SISTEMAS QUE DIGNIFICAN.

SÍNTESIS:

En un ordenamiento legal que se basa en que todas las personas son iguales en dignidad y derechos, para nuestra práctica en la atención de adolescentes imputados penalmente; la dignidad deviene en condición de existencia de la posibilidad de construir una sociedad más justa.

La vigencia de los derechos de las y los adolescentes en su estatus de protección especial aun cuando se requiera de un carácter punitivo nos lleva a presentar estas anotaciones en una hoja de ruta, que es distinto a la prescripción de recetas. Tiene condición de indispensabilidad: una Ley Penal Juvenil; el trabajo conjunto entre el poder judicial y el Organismo Administrativo, la construcción de equipos que elaboren y revisen las practicas y las estrategias desarrolladas en la territorialidad especifica con los y las jóvenes y sus familias; la activa participación corresponsable de los distintos actores sociales presentes en cada uno de esos territorios; la prevalencia de las medidas alternativas al encierro; la formación especializada de todo el personal interviniente y particularmente aquellas personas en contacto directo con las y los jóvenes que están a su cuidado. Alojar su dolor y desamparo es imposible sin vocación y alegría por la tarea que realizamos.

LA CORRESPONSABILIDAD COMO PUNTO DE PARTIDA

En un ordenamiento legal que se basa en que todas las personas son iguales en dignidad y derechos, para nuestra práctica en la atención de adolescentes imputados penalmente; la dignidad deviene en condición de existencia de la posibilidad de construir una sociedad más justa.

La vigencia de los derechos de las y los adolescentes en su estatus de protección especial aun cuando se requiera de un carácter punitivo nos lleva a presentar estas anotaciones en una hoja de ruta, que es distinto a la prescripción de recetas. Tiene condición de indispensabilidad: una Ley Penal Juvenil; el trabajo conjunto entre el poder judicial y el Organismo Administrativo, la construcción de equipos que elaboren y revisen las practicas y las estrategias desarrolladas en la territorialidad especifica con los y las jóvenes y sus familias; la activa participación corresponsable de los distintos actores sociales presentes en cada uno de esos territorios; la prevalencia de las medidas alternativas al encierro; la formación especializada de todo el personal interviniente y particularmente aquellas personas en contacto directo con las y los jóvenes que están a su cuidado. Alojar su dolor y desamparo es imposible sin vocación y alegría por la tarea que realizamos.

DESDE UN POSICIONAMIENTO CON CARÁCTER ÉTICO E HISTÓRICO

En Argentina, a partir del 17 Abril del 2007, cuando se pone en vigencia, en el ámbito de la Provincia de Bs. As., la ley 13.298, del Sistema de Protección y Promoción de los Derechos de los niños y complementariamente, la ley 13.634 del Fuero de Familia y del Sistema de responsabilidad Penal juvenil, se produce un quiebre de paradigma, de la situación irregular a la Protección Integral.

En este sentido, en el marco del Decreto Nº151/07 se constituye el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil y se crean en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, dispositivos para el cumplimiento de medidas alternativas a la privación de libertad, (Centros de Referencia Penal), distribuidos territorialmente por departamento judicial, con el objetivo de crear una nueva institucionalidad social en el territorio.

Los jóvenes, en tanto colectivo social, son actores de la vida comunitaria. En nuestra concepción, el joven no es portador de problemas, sino que sufre los problemas del contexto al que pertenece. En este sentido, el concepto nos aporta a la reflexión sobre el potencial de transformación sobre el cual podemos trabajar desde el diseño de estrategias de intervención que nos permitan acompasar los procesos de transformación en la vida del joven; partiendo de una situación de vulnerabilidad

social hacia la constitución de un sujeto político, es decir, un sujeto protagonista en la toma de decisiones sobre su vida en su ámbito.

La práctica de estas medidas alternativas, son las que en su mayoría han permitido un real proceso de responsabilización y conciencia de daño, no sólo para él o la joven involucrados sino para sus familias o sus adultos responsables.

La experiencia que nos ampara y podemos afirmar que con el acompañamiento adecuado, con un proceso paulatino de restitución de derechos que resignifique sus tiempos y el compromiso de la mayoría de las partes, muy a pesar de las innumerables faltas y fallas del perverso sistema, los jóvenes que se encuentran en conflicto con la ley penal, logran construir un proyecto de vida saludable para sí y para las personas que las y los rodean.

En el último seminario organizado por UNICEF en Buenos Aires, Argentina, en Mayo del 2016, se planteo la necesidad imperativa de "un sistema de supervisión y monitoreo de las condiciones de privación de libertad de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley penal", a quienes tuvimos el placer de concurrir nos entregaron una "Nota Conceptual" donde se afirma**: "EL PRINCIPIO CENTRAL EN ESTA MATERIA ES EL DE LA DIGNIDAD".**

Fue inevitable poner en valor esta referencia con la práctica cotidiana de intervención en los dispositivos en los cuáles trabajamos. En las condiciones de dignidad que le ofrecemos como profesionales que trabajamos junto a estos jóvenes -rehenes de un sistema perverso que suponía "justicia" y paralelamente la posibilidad de un proceso de responsabilización y restitución de los derechos que el mismo sistema vulneró permanentemente.

La definición de la palabra dignidad y su origen, proviene del latín: ***dignitas***, término que abarca un concepto social de la antigua Roma que contenía la suma de la influencia, el prestigio, los valores morales, éticos, el respeto, entre otros atributos personales. Concepto que se ganaba durante la vida de un ciudadano-a. Este concepto "***dignitas"*** vale repensarlo asociado al proceso que pretendemos realice el joven, aún sin garantizarle las condiciones para ello.

En la actualidad como trabajadoras que intervenimos junto a jóvenes alojados en un instituto cerrado que pretende no ser nombrado como cárcel, (al igual que todos los cerrados que componen el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil de la Pcia de Bs. As.) se ve desfilar jóvenes con la sanción de "prisiones preventivas" sin contemplaciones, desconociendo así, primero que la medida de privación de la libertad debe ser la "última ratio", que como a todo ciudadano le cabe la presunción inocencia y el derecho a lugares adecuados para "su tratamiento", con personal idóneo para el cumplimiento responsable de ellas. El personal encargado de la custodia y atención debe estar capacitado especialmente para el trabajo con los adolescentes privados de su libertad, (con

conocimientos en materia de psicología infantil, protección de la infancia y criterios y normas internacionales de derechos humanos y derechos del niño), (Reglas de NU, R85) y ser interdisciplinario, (instructores profesionales, asesores, educadores, asistentes sociales, psiquiatras y psicólogos), (Reglas de NU, R81). Se prohíbe de manera terminante que el personal porte o use armas, (Reglas de NU, R65).

Es fundamental la apuesta al fortalecimiento de los equipos de intervención institucional, recuperando la mirada integral y el trabajo en red, fundamentos para la construcción colectiva del encuadre de la tarea, (direccionalidad hacia la corresponsabilidad). A la vez, favorecer la comunicación y mayor idoneidad e intervenciones más asertivas frente a la complejidad y la adversidad. Esto resulta complejo para abordar cotidianamente ya que coexisten lógicas institucionales diversas que suman confusión al momento de la intervención. Lógicas de trabajo arcaicas y vinculadas a la historia del patronato "de ideología tutelar" confrontan con las nuevas improntas, de activa búsqueda en torno del trabajo con adolescentes favoreciendo intervenciones en claves de derechos.

En el marco de la legislación actual en la que conviven una ley de fondo que es un decreto de la dictadura a nivel nacional, con leyes procesales que se adecuaron a las reglas y normativas internacionales, ¿cómo hacer de este “cambalache” el adecuado tratamiento para cada una de ellas y de ellos en un proceso que les ofrezca **“dignidad”**?...

Vaya desafío si los hay para nosotras y nosotros, representantes algunos y algunas del Estado, que para los jóvenes encarcelados sólo éste muestra su aspecto más recalcitrante y perturbado: su cara represiva y castigadora. Las instituciones en la Pcia de Buenos Aires de carácter privativo de la Libertad son los Centros Cerrados y los Centro de Recepción Evaluación y Ubicación de Jóvenes en conflicto con la Ley penal, (CREU).

¿Castigo o Responsabilización? Pregunta que hay que responderse desde la práctica concreta y no de los discursos grandilocuentes acordes con lo que se espera escuchar.

De la práctica diaria: la escucha y el acompañamiento de la angustia del encierro. La posibilidad de abrazar el dolor en esa instancia donde la inmadurez de la edad que se transita, hace que el encierro tenga una dimensión más angustiante y de herida profunda, aislándolos del marco convivencial en el que ellos y ellas se encontraban; lo que nos hace acercar con la humildad de no portar el “saber” de saber qué es lo “mejor para ellos y ellas”. Estar atentas y atentos a nuestro propio prejuicio, construido desde las matrices de pensamiento social (concepto de excelencia acuñado por Alcira Argumedo) sostenidas en la cruda actualidad por los medios masivos de comunicación que intentan imponernos su visión de una juventud peligrosa y descarriada.

En su gran mayoría, aquellos jóvenes que son captados por el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, tienen vulnerados varios de sus derechos. Son jóvenes que han sido expulsados del sistema, ocupando el "no lugar" dentro de él, como resultado de una operación social que lo produjo. Estos jóvenes al egresar de los espacios institucionales descriptos pierden la visibilidad que los condujo a los escenarios públicos, nombre, palabra... porque el universo de la indiferencia los vuelve a captar ya que transitan por una sociedad que parece no esperar nada positivo de ellos.

Garantizarles dispositivos dignos y con personal especializado, es la tarea pendiente que no sólo la Argentina se debe sino la región toda, que tiende hacia la peligrosa postura de la criminalización de la adolescencia, bajando las edades de imputabilidad en muchos de nuestros países hermanos a los doce años, edad en la que ni siquiera se alcanza la adolescencia propiamente dicha. Resulta necesario fortalecer procesos psico-sociales comunitarios a fin de que influyan en las relaciones sociales de las personas y generen circunstancias sociales que dispongan subprocesos de carácter cognoscitivo, emotivo y motivacional que tienen consecuencias conductuales.

También dentro de las deudas pendientes están las medidas alternativas a la privación de la libertad y la prevalencia de los *Centros de Contención* (dispositivos de semi- libertad) que deberían ser la primeras en la lista de medidas punitivas y responsabilizadoras.

LA CREATIVA TENSIÓN ENTRE LO POSIBLE Y LO IMPOSIBLE

La premisa en nuestro trabajo en el *Centro de Referencia* (encargado del acompañamiento de las medidas alternativas a la privación de la libertad) y el Centro de Contención de varones (dispositivo de semi-libertad) fue el armado de proyectos institucionales que acompañaran a la nueva legislación sobre protección y promoción de derechos junto a su ley penal complementaria que aún en las múltiples faltas de recursos, respetaran la particularidad de cada joven y de cada familia.

En el armado "sui generis" de las estrategias encontramos que la participación activa de sus responsables junto a la participación e inserción en la comunidad, eran herramientas fundamentales e indispensables para la resolución de conflictos y asimismo para el cumplimiento real de la letra de la ley, dando resultados positivos.

Otro elemento que encontramos tan importante como los antes mencionados, fue la articulación con los efectores del propio sistema y los actores territoriales, como elementos en la primera etapa de nuestra intervención.

¿De dónde viene el o la joven?, ¿ha pasado por un dispositivo de encierro?; ¿por cuánto tiempo? ¿Con qué integrantes de ese equipo técnico que intervino podemos hablar? Es decir, las particularidades de quienes tenemos enfrente con un oficio en la mano o un par de esposas en las muñecas.

Es necesario que el poder judicial escuche nuestros pedidos y nuestras sugerencias desde la entidad que nos contiene y nos hace responsables: en la provincia de Bs. As. somos el organismo a cargo de la aplicación de la ley. Y por ello, conocemos o deberíamos tomarnos el trabajo de conocer el territorio, sus dispositivos, sus organismos gubernamentales y aquellos no gubernamentales, para que corresponsablemente participen no sólo en el cumplimento de la sanción punitiva sino simultáneamente y sin dilaciones burocráticas, la restitución de los derechos vulnerados en la mayoría de las y los jóvenes desde que nacieron.

<u>El trabajo se sostuvo en tres ejes:</u>

1.- Que los dispositivos, (el Centro de Referencia, encargado de las medidas alternativas, y el Centro de Contención, institución de semi libertad), fueran conocidos y reconocidos por la comunidad como parte de ella. Para eso, construimos como herramienta una “charla itinerante”, que era ofrecida en los foros de infancia, consejos de infancia, escuelas y municipios, donde contábamos quiénes éramos y cuál era nuestra tarea. Pedíamos reuniones con los organismos de salud, educación, justicia, trabajo y con la institución policial y sus representantes en el territorio.

Darnos a conocer, mientras buscábamos recursos en todas estas instancias y convocábamos a las personas más permeables a la nueva legalidad.

2.- Los grupos terapéuticos en el formato de talleres: de jóvenes y de adultas y adultos responsables, donde el trabajo conjunto de jóvenes y adultos/as responsables, nos enseñó que ésa era la manera, porque durante el proceso de nuestra intervención veíamos cristalizado el compromiso de las familias y sus jóvenes.

3.- Sistemáticas reuniones de equipo, donde se discutía nuestra práctica, compartíamos los casos, nos supervisábamos, siempre con una fuerte autocrítica y en donde pudo devenir un equipo de trabajo.

Conocer la visión de los sujetos implica aproximarse a sus representaciones de la realidad, para luego analizar cómo la dinámica del interjuego de las mismas reproduce y produce modos de acción sobre esta. Por ello, la inclusión en el mayor numero de instituciones posibles donde la circulación de la palabra, el respeto por su identidad singular y cultural, y la capacidad de alojarlos, permita que construyan una opción mejor para sí, que lo aleje de la transgresión.

Queda claro que son anotaciones en una hoja de ruta y no una pretensa receta para el abordaje de este complejo asunto, que es atravesado por múltiples factores que abarca desde la historia social que compartimos como grupo cultural hasta los pesares y las desavenencias de la vida personal. Lo que podemos asegurar con total convicción es que sin vocación y sin alegría por la tarea que realizamos desde una perspectiva de restitución de derechos y responsabilización progresiva, es imposible alojar en el mejor sentido de la palabra, el dolor, el desamparo y el horror que en la mayoría de los jóvenes se presentifican una y otra vez.

Enfatizamos la necesidad de encausar la demanda social de políticas de estado orientadas a la seguridad, no poniendo el acento en la represión, sino en la prevención primaria del delito; es decir: resolviendo la inseguridad en que se erige la realidad psicosocial de los jóvenes para que su subjetivación se construya sobre la base de normas de convivencia social que aseguren el desarrollo satisfactorio de las nuevas generaciones de ciudadanos. Los jóvenes expresan su malestar y es recurrente advertir problemas en su manera de conducirse, pero esto es sin dudas síntoma, excepciones a la norma. La opinión de los jóvenes como desimplicados o despreocupados de lo que les ocurre es una falacia ya que estos, ponen el cuerpo (lesiones, heridas, cortes, amputaciones, tatuajes característicos, heridas de arma de fuego y de arma blanca, particular vinculación con las sustancias psicoadictivas, etc.), emitiendo un mensaje que nos cuesta entender y decodificar, tal vez de logarlo cesen los tormentos que le aparecen en todas sus dimensiones; ya que solo reproducen y reflejan grotescamente las peculiaridades de la sociedad a la que pertenecen. Lo social menciona a estos jóvenes como "sujetos peligrosos" ya que parece enmarcarlos en lo violento, lo excluido y la droga. Esto plantea una paradoja porque lo que resta es diseñar un abordaje integral de la vulnerabilidad social y penal de estos jóvenes, quienes son parte de “poblaciones vulnerabilizadas”, “ningún ser humano, ni grupo poblacional es vulnerable por naturaleza; son las condiciones y factores de exclusión o de discriminación los que hacen que muchas personas y grupos de personas vivan en situación de vulnerabilidad y de bajo disfrute de los derechos humanos.” (PUEBLA: 2014). Resulta imposible no transcribir textualmente el siguiente párrafo: "Cuando la política criminal se orienta a la definición del enemigo para excluirlo de la comunidad, la manera más adecuada es un ensanchamiento del sistema punitivo. Esto puede lograrse con prácticas encuadradas en un marco de legalidad e ilegalidad. Las de legalidad se manifiestan a través de la profusión de normas penales más severas. Y las prácticas ilegales son aquellas que se expresan a través de un derecho penal alternativo al que refiere ZAFFARONI (2010), donde se gestan prácticas antijurídicas con profundas connotaciones de violencia y las más aberrantes formas de exclusión sobre quienes portan la condición de “no personas”, “no ciudadanos” y “enemigos”. (BERGALLI: 2009)

PROPUESTA:

Extraemos entonces de nuestra experiencia que algunos puntos son cruciales para que lo posible y lo deseable se vayan acercando: la DIGNIDAD como concepto y precepto al cual deben responder todas las condiciones de cumplimiento de las medidas que se tomen; la urgente revisión de las características que deben cumplir los lugares de cumplimiento de las medidas así como la formación de las personas que trabajan con los adolescentes en esos lugares, en orden a la dignidad pretendida; los principios de Responsabilización de los actos y de Restitución de derechos como ejes de todas las decisiones judiciales; la prevalencia de medidas alternativas al encierro, sean de libertad condicionada, sean de semi-libertad; la necesidad de una Ley Penal Juvenil como ordenadora de todos estos actos y en respuesta a la vigencia de los derechos de las y los adolescentes en su estatus de protección especial aún cuando se requiera un carácter punitivo; una interacción cercana que nos reconozca y nos habilite recíprocamente entre el poder judicial y los órganos de ejecución; la participación corresponsable de los distintos actores sociales presentes en cada territorio; la constitución de equipos operativos técnico-profesionales y su inserción territorial para poder trabajar eficazmente con los/as adolescentes y sus familias; la elaboración y revisión permanente de nuestras prácticas y estrategias.

BIBLIOGRAFIA

- Decreto Provincial Nº 151/07 del Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia de Buenos Aires.
- BERGALLI, R., DELGADO, M. y OTROS. (2009). La humillación. Técnicas y discursos para la exclusión social. Fundamentos ideológicos de las políticas criminales de exclusión social, Barcelona, Ediciones Bellaterra.
- PUEBLA, M. (2014). Apuntes de clase. Modelos de abordaje de la vulnerabilidad. Especialización de Políticas Públicas de Niñez, Adolescencia y Familia. (26-04-14)
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad.
- ZAFFARONI, E. (2010). “Los desafíos políticos de la diversidad. Hacia la Construcción del Futuro”, en foro Democracia y desigualdad. Pobreza, vulnerabilidad y Seguridad Ciudadana del 1er. Congreso Internacional Extraordinario de Ciencias Políticas. América Latina.

Ponencia 10 – Comisión 3

Título: Resolución del conflicto: la justicia restaurativa y el derecho penal juvenil. Remisión de causas. Modificaciones en la legislación argentina, nacional y provincial. Rol del ministerio publico fiscal.

Autor/es: Ana María Blanco

Contacto:

ANA MARIA BLANCO

CODEFENSORA PENAL

549261 5076640

RESOLUCION DEL CONFLICTO: LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y EL DERECHO PENAL JUVENIL. REMISION DE CAUSAS.

MODIFICACIONES EN LA LEGISLACION ARGENTINA, NACIONAL Y PROVINCIAL.

ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

SINTESIS DE LA PROPUESTA:

La justicia penal juvenil, hace varios años, ha abierto la posibilidad-necesidad de que la resolución de conflictos originados por la infracción de la ley penal sea resuelta a través, y prioritariamente, de los denominados criterios de oportunidad favoreciendo la pronta remisión de los casos originados en un conflicto penal.

Entre los criterios de oportunidad a aplicarse, este trabajo se centrará en los casos de criterios de oportunidad que incluyen la intervención de la víctima y la voluntad activa del joven a fin de solucionar el conflicto creado entre ambas y obtener una reinserción del mismo a través de una actitud activa en la sociedad.

Ante los cambios legislativos, tanto nacionales (Argentina) como provinciales (Mendoza), los cuales incorporan nuevas causas de extinción de la acción penal basadas en el acuerdo (mediación, conciliación, reparación integral), este trabajo intentará responder a los siguientes interrogantes: ¿existe un límite legal al contenido de los acuerdos reparatorios? Y, en caso afirmativo, ¿cuál sería el mismo? ¿cuál sería su alcance? ¿cuál es el rol del Ministerio Público Fiscal frente a estos acuerdos?

En definitiva, se concluirá acerca de la necesidad de aplicación de criterios de oportunidad reglados pero que pongan en pie de igualdad la voluntad libremente expresada de la víctima frente a una posible oposición del Ministerio Público Fiscal.

A. JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA. CONCEPTO.

La "justicia restaurativa es una forma de entender y afrontar los conflictos, la violencia y los delitos que involucran a adolescentes, víctimas y comunidad. Este enfoque promueve la participación activa de los involucrados en el conflicto, la violencia o el delito, procurando la reparación emocional, material y/o simbólica del daño y el restablecimiento de las relaciones humanas y sociales afectadas a través de los procesos y prácticas restaurativas.

En ese sentido, la Justicia Juvenil Restaurativa promueve la responsabilidad del adolescente en conflicto con la ley, haciendo que él o la adolescente tome conciencia del daño ocasionado por su comportamiento, realice de manera voluntaria acciones de reparación a la víctima y a la comunidad y sino un programa que le restituya sus derechos y le ayude a reintegrarse a la comunidad[441].

Así la justicia restaurativa nos habla de un protagonismo de la víctima en el proceso penal y una participación activa del joven en dar una solución al conflicto que ha creado al infringir la ley penal.

Conforme lo afirma la Dra Kemelmajer de Carlucci, la Justicia restaurativa implica un comportamiento activo de víctima e imputado y puede resumirse en las tres R: 1.-Responsabilidad del autor; 2.- Restauración de la víctima; y 3.- Reintegración del infractor.[442]

[441] Conceepto extraído de www.justiciajuvenilrestaurativa.org/peru/que-es-la-justicia-juvenil-restaurativa/

[442] Kelmelmajer de Carlucci, Aida "Justicia Restaurativa" P{g. 107/109. Edit. Rubinzal Culzoni Editores. Bs. As. Dic. 2009

Así, “el sistema de justicia penal para adolescentes debe contemplar un gran abanico de opciones que posibiliten una vía diferente de la del proceso penal y/o la suspensión del mismo una vez iniciado. Ejemplos de estos mecanismos son la mediación penal, la conciliación o la imposición de determinadas obligaciones a la persona imputada –asistir a un establecimiento educativo o capacitarse en determinado oficio– o la compensación a las víctimas a cambio de la extinción de la acción penal.

Dentro de estas medidas se incluye el uso del principio de oportunidad procesal por parte del órgano a cargo de la acusación, permitiendo que no se avance en una causa penal en cumplimiento de los fines de política criminal”[443]–por ejemplo, no persiguiendo a los adolescentes cuando su participación en un delito fue irrelevante o cuando el delito atribuido no ha provocado daños significativos (delito de bagatela)–.

En esta materia, el uso de mecanismos que favorezcan vías alternativas al proceso penal debe ser promovido para evitar el grave deterioro y la estigmatización que suele producir un proceso penal en un adolescente[444].

B. JUSTICIA RESTAURATIVA Y DCHO PENAL JUVENIL.

B. 1. NORMATIVA APLICABLE.

En Argentina, el derecho penal juvenil abarca a adolescentes entre 16 y 18 que hayan infringido la normativa penal, con excepción de delito cuya pena en abstracto no supere los 2 años de prisión o sean amenazados con penas de multa e inhabilitación.[445]

---

[443] http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdf Reglas de Beijing, regla 11.2; Reglas de Tokio, regla 5. - Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal, principio 7 y Reglas de Tokio, regla 3.4.

[444] http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdf CDN, art. 40 3.b; Reglas de Tokio, reglas 2.3. y 2.5. y Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, directriz 15.

[445] Ley 22278/22803 art. 1 y 2. Ley 22278 - Régimen Penal de la Minoridad. Promulgada el 25/08/80. Publicada en el B. O.: 28/08/80. Modificada por la ley 22803, promulgada el 5/5/83 y publicada en el B. O. del 9/5/83.

Art. 1. - No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación. (Texto conforme a la ley 22803)...

Art. 2. - Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1 (Texto conforme a la ley 22803). En esos casos la autoridad judicial lo someterá al

Así ante la infracción a la ley penal, frente al joven infractor, la justicia restaurativa aparece como una posibilidad cierta y clara de dar cumplimiento a lo dispuesto por el art 40 de CDN en cuanto al "fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y (...) la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad".

Recordando que el propio art. 40 CDN, tiene rango constitucional por encontrarse entre los Tratados Internacionales enumerados por el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna[446].

La aplicación de la justicia restaurativa viene impuesta, entonces, como un imperativo constitucional en nuestro Derecho Penal Juvenil.

Además de ello, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en la O.C. 17/2002, expresó la necesidad de reducir la judicialización cuando están en juego los intereses del menor al indicar: "Las normas procurarán excluir o reducir la judicialización de los problemas sociales que afectan a los niños que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los Derechos de las personas. Es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad".

Asimismo, también debe tenerse presente el informe elaborado por la CIDH "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas". Allí con base a la información recibida, la Comisión analizó la

---

respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4...

[446] Art. 75 inc. 22 Constitución de la Nación argentina CAPITULO CUARTO Atribuciones del Congreso. Artículo 75.- Corresponde al Congreso:...2. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

problemática y formuló recomendaciones a los Estados Miembros orientadas a fortalecer las instituciones, leyes, políticas, programas y prácticas relativas a la justicia juvenil y asegurar que se implementen en cumplimiento del *corpus juris* internacional sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas". Con respecto a las estrategias de remisión, las mismas resultan necesarias también a la luz del sistema de Justicia Juvenil en las Américas, como se indica en el punto G. 2. del citado informe (Alternativas a la judicialización de niñas, niños y adolescentes infractores de las leyes penales. Medios alternativos de solución de controversias) [447]"

[447] Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas parágrafos "233. La Corte Interamericana ha señalado que, como alternativa a la judicialización de los problemas que afectan a los niños, "son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad" 234. La Comisión observa además que el uso de medios alternativos de justicia puede facilitar la reconciliación entre la víctima y el infractor, así como también puede ayudar a la reintegración del niño en la comunidad...236. Estos medios alternativos típicamente incluyen procesos de justicia restitutiva. Los Principios Básicos de Naciones Unidas para la Aplicación de Programas de Justicia Restitutiva en Materia Penal se refieren a la justicia restitutiva como una respuesta evolutiva al delito que promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades. Añaden que el proceso de justicia restitutiva es aquél en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. 237. Las experiencias en la región con respecto a la aplicación de medios alternativos de solución de controversias respecto de niños infractores son diversas. Por lo general, los Estados que incorporan medios alternativos para la solución de controversias relacionadas con la presunta infracción de una ley penal por parte de un niño, limitan su campo de aplicación a delitos no violentos.- 239. La Comisión insta a los Estados a ampliar el uso de medios alternativos de solución de controversias para enfrentar los conflictos que surgen de posibles infracciones a la ley penal cometidas por niñas, niños y adolescentes, y observa que estos medios alternativos pueden tener un impacto positivo en los niños al facilitar su reconciliación con la víctima y la comunidad. Al mismo tiempo, la Comisión subraya la importancia de salvaguardar todos los derechos de los niños en la aplicación de estos medios alternativos, así como también la necesidad de limitar su aplicación a los casos necesarios para garantizar el interés superior del niño. Específicamente, los mecanismos de justicia restaurativa deben de respetar las garantías judiciales y no constituir un medio sustitutivo de la justicia ordinaria. 240. Más aún, la Comisión señala que este tipo de procesos podrían estar orientados a generar acuerdos entre la víctima y el acusado respecto a diversos delitos, debieran limitarse a situaciones en las que hay pruebas suficientes para inculpar al niño acusado y sólo deben ponerse en funcionamiento cuando exista el consentimiento libre e informado de la víctima y del niño infractor, quien deberá ser debidamente asesorado por su abogado defensor. La participación del niño en estos procesos no debe utilizarse como prueba o antecedente en procedimientos posteriores. La Comisión también estima necesario que estos procesos sean sometidos a supervisión judicial, de forma tal que el juez pueda aprobar, modificar o desestimar cualquier acuerdo alcanzado y cerciorarse de que se hayan garantizado los derechos del niño conforme al interés superior del niño y que se haya recabado la voluntad tanto del presunto autor de la infracción como de la víctima con la información y el asesoramiento necesario.".

B. 2. NUEVAS NORMAS SANCIONADAS EN ARGENTINA Y EN LA PROVINCIA DE MENDOZA.

Toda la normativa de carácter constitucional existente y a la opinión tanto de la CIDH como de la CorteIDH, deben armonizarse las nuevas normas sancionadas en Argentina y en la Provincia de Mendoza al respecto, para lograr sus adecuación a las mismas y mantener la aplicación de la Justicia Restaurativa en nuestro Derecho Penal Juvenil.

Así, nuestro Código Penal ha modificado su **artículo 59** agregando[448] distintos supuestos de extinción de la acción penal que constituyen en definitiva la incorporación de la justicia restaurativa en el derecho penal. Así se han plasmado como causas extintivas de la acción la aplicación de criterios de oportunidad, la conciliación y la reparación integral. Remitiéndose a la legislación procesal respecto a las modalidades, oportunidad y aplicación de los mismos.

En consonancia con ello, la provincia de Mendoza, que ya preveía los criterios de oportunidad en los **arts. 26 y ss** del Código Procesal Penal, incorporó la conciliación y la reparación integral, como causas de sobreseimiento en su ampliado art. **353 incs. "6)** Se hubiere producido la conciliación de las partes, siempre en los casos que estuviese legalmente permitido…. **9)** Se han cumplido las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio, salvo que aquellas se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima.[449]

Respecto de la conciliación se aclara que la misma se dará "siempre en los casos que estuviese legalmene permitido"

---

[448] Código Penal Argentino "TITULO X EXTINCION DE ACCIONES Y DE PENAS. ARTICULO 59.- La acción penal se extinguirá:...5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes;...*(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.147 B.O. 18/06/2015)*

[449] Ley 8896. Fecha de sanción: Mendoza, 23 de agosto de 2016. Fecha de promulgación: Mendoza, 25 de agosto de 2016. Fecha de publicación: B.O. 26/09/2016... Artículo 18 - Sustitúyase el Artículo 353 del C.P.P., Ley 6.730 y sus modificatorias, el que quedará redactado de la siguiente manera: "Art.353 Procedencia. El sobreseimiento procederá cuando: 1) El hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado. 2) El hecho no encuadre en una figura penal. 3) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria. 4) La pretensión penal se ha extinguido. 5) Considerada agotada la investigación o vencido el término de la investigación fiscal y sus prórrogas, no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio y no fuere razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas. 6) Se hubiere producido la conciliación de las partes, siempre en los casos que estuviese legalmente permitido. 7) Ha transcurrido el plazo de un (1) año desde la suspensión de la persecución penal, y no corresponde dejarla sin efecto en virtud del 4to. párrafo del Artículo 27. 8) Ha transcurrido el término de la suspensión del proceso o el juicio a prueba, habiéndose cumplido las condiciones y reglas impuestas. 9) Se han cumplido las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio, salvo que aquellas se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima.

Respecto del acuerdo reparatorio o la reparación integral dispone la extinción si se han cumplido las obligaciones contraídas o se garantizaren las mismas.

Así las cosas, no se han plasmado concretamente cuáles son los casos que pueden ser objeto de resolución alternativa de conflictos y por ende, que puedan llevarse a la justicia restaurativa.

Sólo podemos afirmar, de conformidad con nuestra legislación positiva, que los casos de violencia de género no pueden ser objeto de conciliación. Esto por cuanto el **art. 353 inc. 5)** admite la conciliación en los casos en que sea legalmente admisible y la **ley 26.485** Ley de Protección Integral a las Mujeres, dispone en su **art. 28 último párrafo** que "Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación"

El resto de los supuestos parece no tener límite alguno respecto del contenido de los acuerdos mediatorios, conciliatorios y/o de reparación integral, esto es, no se indica en la legislación positiva vigente cuáles son los casos en los que podrían aplicarse estas soluciones alternativas o bien cuáles se encontrarían excluídos de esta posibilidad.

Ante esta ausencia legislativa al respecto, existen dos criterios posibles de solución: a.- la sanción de una ley o una resolución de la Procuración General de la Corte Provincial que determine cuáles son los casos comprendidos o las condiciones para llegar a la reparación; o bien, b.- no legislar al respecto, y, ante ese silencio legislativo, entender comprendidos todos los supuestos, considerando cada caso concreto.

En este segundo supuesto, entonces, todos los delitos serían susceptibles de ser objeto de una reparación alternativa por cuanto lo que no está prohibido, está permitido (art. 19 de la Constitución Nacional[450]).

C. ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL.

El rol del Ministerio público, en el derecho penal juvenil, es prioritariamente propiciar la resolución alternativa del conflictos y la remisión de causas, favoreciendo la desjudicialización del conflicto y a su vez, la asunción de responsabilidad por parte del joven.

Así las cosas, en Argentina y en Mendoza, la ausencia de normas que limiten una solución restaurativa podría, en principio, y salvo los casos de violencia de género, propiciar reparaciones alternativas en todo tipo de conflictos penales.

[450] Constitución Nacional. Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Esto nos deja un amplio margen de discrecionalidad del representante del Ministerio Público Fiscal que podría, en algunos supuestos, generar situaciones de desigualdad las cuales deberían reducirse al mínimo.

Para ello sería necesaria la determinación, por ley nacional o provincial, de los distintos casos que deberían ser sometidos a la Resolución Alternativa de Conflictos y/o de aquellos en que su consideración sería inadmisible.

Pero, también se considera necesario que en cualquiera de los dos supuestos, la opinión del Fiscal no resulte vinculante, como actualmente lo es, frente a víctima e imputado que, de conformidad con sus intereses libremente expresados, llegaran a algún tipo de solución del conflicto que a raíz de la infracción penal se originó (sea que a la solución se arribara por mediación, conciliación y/o reparación integral).

Esto por cuanto, si bien el Ministerio público Fiscal representa a la sociedad en el proceso penal, lo cierto que ante la manda constitucional de buscar soluciones alternativas que propicien la reinserción del joven en la sociedad, y el respeto a la capacidad y libertad de la víctima para entender que es lo que más y mejor puede resarcir su sufrimiento, entiendo que ante el arribo a una solución libremente acordada debe ser el juez quien, en definitiva, valore los alcances de ese acuerdo y su virtualidad para extinguir la acción penal, no obstante la conformidad u oposición fiscal.

C. 1. Rol del Ministerio público en derecho comparado.

Citaré dos modelos de solución alternativa de conflicto receptados por los códigos procesales chileno y costarricense.

En el derecho penal chileno, el artículo 6°, inciso 2° del Código Procesal Penal establece que el Ministerio Público tiene el deber de promover “acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima”.

Esta norma establece una base legal importante para la promoción de los acuerdos reparatorios por parte de la Fiscalía, lo cual es apropiado si se considera que: a) es el Fiscal quien tendrá normalmente la capacidad para derivar casos hacia centros de RAC o mediación externos, y b) el Fiscal posee la facultad legal de oponerse a la celebración de acuerdos reparatorios en la audiencia de aprobación judicial, por lo cual es importante contar con su respaldo para la procedencia de los

mismos, si bien ello no es indispensable, ya que el juez puede aprobarlos aún en contra de la voluntad del fiscal.

Por su parte, el Instructivo General N° 34 del Fiscal Nacional ha establecido criterios de actuación para los Fiscales respecto de los acuerdos reparatorios, precisando los delitos en los cuales los fiscales deberán: a) Favorecer los acuerdos reparatorios (ej. hurtos, usurpaciones no violentas, estafas, giro doloso de cheque, lesiones menos graves y leves de los Arts. 399 y 494 N° 5 del Código Penal y delitos culposos en general con resultado de muerte o lesiones); b) Evaluar con detención su procedencia y conveniencia (ej. robo con fuerza en lugar habitado y no habitado, robo en bienes nacionales de uso público, delitos aduaneros y tributarios), y c) Oponerse a su aprobación (ej. robo calificado, robo por sorpresa, robo simple con violencia o intimidación).

Los fiscales no podrán conducir procesos de mediación penal entre las partes, ya que no son terceros en el conflicto, sino que representan el interés público en la persecución[451].

Por su parte, en "Costa Rica mediante la frase: *"a través del diálogo se hace justicia"*, implementó desde el 2012 el modelo de Justicia Restaurativa como un mecanismo resolutor de conflictos judiciales. Creó un grupo interdisciplinario de juez, defensor, fiscal, trabajador social y psicólogo que de manera conjunta y armoniosa abordan los casos y potencian en las partes la solución del conflicto mediante los llamados círculos restaurativos. Así, esta figura nace como un mecanismo resolutor amistoso para revertir los altos índices de personas encarceladas, mediante los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, escucha activa, respeto entre los participantes, búsqueda de la reparación del daño ocasionado, responsabilidad activa y la respuesta al llamado judicial"[452].

"En el caso costarricense se encuentran:

- Debe estar autorizado por ley.
- Sólo para delitos cuya sanción abstracta permita el beneficio de ejecución condicional de la pena. Sea una pena de 3 años o menos de prisión.
- Debe contar con viabilidad probatoria de la comisión del hecho ilícito.
- La persona juzgada no debe tener antecedentes penales.
- No debe tener salidas alternas en los últimos 5 años. [453]

[451] Texto extraído de la Ponencia sobre Justicia Restaurativa (mediación penal) -III Encuentro de Resolución Pacífica de Conflictos, CEJA – JSCA. La Mediación Penal y los Acuerdos Reparatorios: Potencialidades de Aplicación y Principios Involucrados - Alejandra Díaz Gude PhD in Law, University of Leeds, Inglaterra. Abogada de la División de Atención a Víctimas y Testigos, Fiscalía Nacional. General Mackenna 1369, Santiago.

[452] Http://www.forojuridico.org.mx/la-justicia-restaurativa-modelo-de-respuesta-evolutiva-del-delito/ texto elaborado por Dr. Alfredo G. Araya Vega Juez Superior Titular del Tribunal Penal de San José de la República de Costa Rica.

[453] Idem anterior

Como vemos, ambos ordenamientos establecen un contenido y alcance, en cuanto al tipo de casos, de los acuerdos conciliatorios o reparatorios, y, a su vez, mantienen un dictamen fiscal no vinculante que permite al juez, ante la solución alcanzada valorarla libremente pudiendo aprobarla o rechazarla si, por ejemplo, advierte que las partes no se encontraban en situación de igualdad o bien que han existido coacciones o amenazas, lo que entiendo resulta correcto y respetuoso tanto de la capacidad de la víctima como de la intervención activa del joven infractor.

Advirtiendo que la ausencia de legislación o de parámetros en este aspecto puede conducir a desigualdades intolerables en un Estado de Derecho que deben ser evitadas.

PROPUESTA:

1.- Interpretar la resolución alternativa de los conflictos como una manda constitucional en la República Argentina atento a lo dispuesto por la propia Constitución Nacional como por los organismos Internacionales reconocidos por la Nación.

2.- Priorizar la remisión de causas por parte del Ministerio Público Fiscal a fin de evitar la estigmatización y la judicialización; fomentando la capacidad del joven infractor para ejercer derechos, de respetar los derechos de los otros y de asumir obligaciones que le permitan llevar adelante un proyecto de vida siendo esto “socialmente constructivo” (art. 40 CDN).

3.- Dar protagonismo a la víctima dentro del proceso penal a través de la justicia restaurativa, ya que resulta ser ésta la única que puede dimensionar el perjuicio sufrido y la forma de repararlo.

4.- Establecer por ley los supuestos de casos incluídos y/o excluídos de las soluciones alternativas (mediación, conciliación, reparación integral) ante la laguna legislativa existente en la Provincia de Mendoza, Argentina.

5.- Ubicar a la víctima en igualdad de condiciones y a la par del Ministerio Público Fiscal en el proceso, en el sentido de que la opinión de éste último no resulte vinculante para el Juez ante el

acuerdo logrado entre infractor y víctima; pudiendo el juzgador en consecuencia, valorar el mismo y aprobarlo o rechazarlo fundadamente, sin que obste a ello la oposición del Fiscal de la causa.

Ponencia 11 – Comisión 3

Título: ¿Responsabilidad juvenil o de los padres? Tratamiento en la justicia de faltas mediante modos alternativos de solución de conflictos.

Autor/es: Natalia Johanna Langer

¿RESPONSABILIDAD JUVENIL O DE LOS PADRES? TRATAMIENTO EN LA JUSTICIA DE FALTAS MEDIANTE MODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS.

BREVE SÍNTESIS DE SU PROPUESTA.

Los juzgados de faltas, son a veces el único contacto del vecino con la "justicia", los que tratan los conflictos diarios y cotidianos de las personas. La legislación habilita al juez, que cuando la falta haya sido cometida por un menor, la sanción puede ser aplicada al padreo tutor.

Lo que me gustaría reflejar en este trabajo es, la otra mirada de la justicia juvenil, donde si bien en nuestra jurisdicción no contamos con la aplicación de esta, cuando existe un hecho realizado por menores, se cita a los adultos, que muchas veces vienes acompañados por sus hijos (si los mismos son adolescentes), y a través del diálogo entre las partes involucradas se logra resolver el conflicto a través de una conciliación entre los adultos, sin llegar a la necesidad de aplicación de pena.

INTRODUCCION

En Argentina existen juzgados de Faltas, que llegan a tener una gran importancia y trascendencia en pueblos o ciudades pequeñas, donde no se encuentran los "grandes" juzgados, porque estos, en esos lugares, son el primer y hasta a veces el único contacto del ciudadano con la justicia. Es por eso que estos jueces, tratan de ayudar a las personas a buscar solución a sus conflictos, y muchas veces actúan como amigables componedores, porque se llama al vecino a conversar, a buscar una respuesta a los planteos de cada uno, marcando así una gran diferencia.

Estos tribunales, son los encargados de garantizar el acceso a la justicia del caso concreto y garantizar la convivencia pacífica de los miembros de la comunidad. Como bien lo remarca UNICEF,

“La actuación de los jueces está enmarcada dentro de los principios de oralidad, concentración, simplicidad, igualdad, celeridad y gratuidad, teniendo a su cargo el dictado de resoluciones según su competencia y toma de medidas correspondientes conforme a los hechos denunciados”[1].

Lo que me interesa resaltar en este trabajo, es la importancia de estos “pequeños” juzgados para solucionar diferentes clases de conflictos, especialmente aquellos donde se ven involucrados menores, porque es allí donde se les otorga el ámbito propicio para el dialogo entre las partes involucradas, tratando de llegar a un acuerdo pero principalmente a un entendimiento en el actuar de las personas, porque en lo cotidiano se advierte que si alguien no alcanza u obtiene lo que desea, entonces para “imponerse” reacciona usando, lamentablemente, la violencia física o verbal, creyendo que es la única manera de “solucionar” su problema; pero ante estos casos, se les brinda a las partes un procedimiento diferente, obviamente sin vulnerar el derecho de defensa, pero donde prima el dialogo, los acuerdos y los consensos para la solución de conflictos.

Son en estos juzgados donde, teniendo en cuenta los recaudos pertinentes, se pueden evitar procesos largos, con cargas probatorias muy pesadas, y lo más importante impidiendo el desgaste judicial y tratando de llegar a una solución para las partes. Por lo cual se requiere manejar los conflictos de una manera objetiva, positiva y constructiva, permitiendo resolver los inconvenientes, haciendo valer los derechos de cada uno sin desconocer las obligaciones. Dicho de otra manera se pone el énfasis en la conciliación, en el acuerdo y no en la imposición.

TRATAMIENTO A NIVEL NACIONAL

En Argentina hubo varios proyectos de ley en los cuales se buscaba responsabilizar a los padres cuyos hijos menores de edad realicen alguna contravención a la ley, habiendo en la doctrina opiniones totalmente encontradas en la parte penal, no así en la parte civil, donde a los padres se los considera responsables.

“Lo que se está buscando es la desjudicialización como mecanismo para avanzar en una justicia restaurativa en los casos de menores en conflicto con la ley penal y de faltas”[1].
La Ciudad Autónoma de Buenos Aires es pionera en la implementación de resoluciones alternativas de conflicto en el procedimiento penal. El Tribunal Superior de Justicia entendió que la mediación podía ser aplicable en el proceso penal“, la Dra. Cavaliere [1] remarco además, “que la normativa de la Ciudad Autónoma cumple con todos los estándares de justicia restaurativa”, la cual tiene como objetivo “la prevención, educación y toma de conciencia, y así evitar repetir conductas”.[1] Expresando además que “para la solución alternativa de conflictos en materia penal juvenil deberíamos tener un procedimiento completamente desjudicializado“, resaltando además la existencia en el Régimen Procesal Penal Juvenil porteño de dos vías alternativas de resolución del

conflicto: la mediación y la remisión. Señalando que estos institutos no se aplican en casos de delitos contra la vida, la integridad sexual y algunos delitos en el marco de conflictos de familia.

Bartumeu Romero[1] recordó que el art. 37 inciso b de la Convención de los Derechos del Niño establece que la pena de prisión es excepcional en el caso de adolescentes, último recurso, y por el plazo más breve establecido en la ley; mencionando también las Reglas de Beijing[1] que establecen que la pena de prisión sólo puede ser dictada en adolescentes en casos graves, especialmente cuando hay un despliegue importante de violencia contra otras personas, por ello resalto que "Ante esta normativa, deberían existir sanciones alternativas a la prisión, como sanciones de prohibición, supervisión, libertad vigilada, tareas comunitarias, todo un catálogo de sanciones específicas y diferenciadas que por supuesto no están previstas en la ley 22278".

En el caso de otras provincias argentinas, como la de Santiago del Estero, la Justicia Municipal de Faltas condenó a pagar multas a los padres de siete menores de edad que fueron encontrados alcoholizados en una discoteca de dicha provincial. Esta resolución fue adoptada por el juez de Faltas de Tercera Nominación, Marcelo Agüero, tras una audiencia en la que los padres de los menores alcoholizados. El magistrado consideró que los padres de los menores sancionados no ejercieron obligaciones en cuanto a la educación y contención de sus hijos en actos prohibidos, como concurrir a lugares que, por la actividad que desarrollan y el horario en el que se desenvuelven, están vedados a la asistencia de los adolescentes. Concluyendo el mismo, que con estas multas, se intenta poner freno a graves episodios que vive la juventud, principalmente los fines de semana, en una problemática que resulta alarmante en la noche santiagueña.

Con anterioridad, el mismo juez de Faltas Municipal, había aplicado una multa a los padres de una adolescente que fue encontrada "alcoholizada" y con un documento apócrifo en el interior de una discoteca de la capital santiagueña.

LOS JÓVENES Y SU TRATAMIENTO EN LA JUSTICA DEL CHACO

Ahora me dedicare a explicar sobre el tratamiento en la justicia para la cual yo desempeño funciones y es en la provincia norteña del Chaco, allí se encuentra regulada la Ley 4209 "Código de Faltas"[1] en la cual específicamente no se regula sobre la justicia juvenil, pero voy a pasar a describir los artículos más importantes que hacen a la cuestión.

"Artículo 8: RESPONSABILIDAD DE LOS MENORES*: "Cuando la falta fuere cometida por menores de 16 a 18 años se les aplicará hasta 1/3 de la sanción prevista para la infracción cometida... También podrá aplicarse lo dispuesto en el artículo 9*".

"Artículo 9: RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES *En caso de faltas cometidas por menores de 18 años, el Juez aplicará hasta 1/3 de la sanción prevista para ellas, a los padres, tutores, guardadores, curadores o responsables, cuando éstos permitan la comisión de las faltas de los menores a su cargo, o sea consecuencia de culpa, omisión o incumplimiento de sus deberes. Preferentemente será de aplicación el Título II del Libro I, correspondiente a penas sustitutivas*".

"Artículo 9º bis: *En caso de que la falta cometida por el menor fuese la prevista por el artículo 111 inciso c)*[1] *de esta ley, obligatoriamente se citará al progenitor o tutor o guardador o curador o responsable, a fin de proceder a su vinculación inmediata a la causa por las responsabilidades civiles que les pudieran corresponder y las que fije este Código.*"
Y el Título II, libro I en su Artículo 20 establece "*PENAS SUSTITUTIVAS: …. Las instrucciones consistirán en: a) Asistencia a un curso educativo. b) Cumplimiento del tratamiento terapéutico que se disponga previo informe médico. c) Trabajo comunitario; y*
d) Prohibición de concurrencia a determinados lugares;…."
Lo justicia de faltas no tiene como objetivo sancionar al padre, sino que el interés primordial es que cada uno desde su lugar tome conciencia y entienda que debe cuidar a sus hijos. La mayoría de los municipios toman estos artículos como una herramienta que para generar en los padres mayor conciencia, por lo cual es claro que el fin no es perseguir al menor, sino que es entender que es necesario que cada uno asuma los roles y compromisos.

Un ejemplo claro es del Juzgado de Faltas de Barranqueras, donde un grupo de padres tuvo que cumplir la sanción impuesta por la juez la cual consistía en pintar las paredes de una escuela que sus hijos habían arruinado pintando grafitis.

Otro caso resonante fue el que llevo adelante la jueza de Faltas de Resistencia, Marcela Cortés, quien analizó la noche de esa ciudad en términos de fiestas y boliches bailables a los que asisten menores. Según el artículo 68 del Código de Faltas, los menores de 18 solo pueden permanecer en un establecimiento nocturno hasta las 2 de la madrugada y no pueden venderles bebidas alcohólicas. Sin embargo, nada de esto se cumple y, a pesar de que sobre los boliches pesan multas y procesos judiciales en curso, una vez levantadas las clausuras realizadas por el Juzgado de Faltas de Resistencia, la venta de bebidas alcohólicas y el ingreso de menores al establecimiento continúa. "Causas por el tema de boliches hay un montón, hay algunas que se están tramitando, otras con condenas; no solamente es por la permanencia o el ingreso de los menores de edad o la venta del alcohol, sino hay otra cuestión que tiene que ver con el horario de cierre", comentó Marcela Cortés. Recordó uno de los últimos casos más resonantes que involucró a adolescentes que debieron ser internados por convulsiones debido al alto nivel de alcohol en sangre que poseían. "La causa más grave es la que se suscitó en una discoteca en junio de 2015; se remitieron oficios a los colegios secundarios justamente para que asuman intervención y se comprobó en el

boliche que una gran cantidad de menores ebrios habían sido trasladados al hospital". La jueza apuntó también al hecho de que el empresario no mide en cuestiones de daños físicos y en perjuicios a la salud que le produce al joven el consumo extremo de bebidas alcohólicas, sino en cuestiones económicas: es decir solo tiene en mente cuánto va a ganar esa noche.

Lo más relevantes fue la sentencia ejemplificadora dictada, donde la juez convocó a los señores directores de los principales colegios secundarios a una reunión de carácter obligatorio con los alumnos, quienes debían asistir con los tutores para que se le lea la sentencia. Y donde la magistrada resalto: "Quiero que los padres tomen conocimiento de lo que sucedió en ese boliche en junio de 2015: era una fiesta con muchos colegios involucrados y muchos menores, donde ellos mismos vinieron al Tribunal a declarar el estado en que veían a los otros compañeros. Los menores estaban ebrios, tirados en la calle, no se los socorrió y menos aún llamaron a una ambulancia. La situación fue y es grave, y los padres no pueden desconocer el estado en el que estaban los chicos. Pero lo más preocupante es el vacío de control que los padres con sus hijos adolescentes, donde los verdaderos responsables de que los menores estén en los establecimientos bailables fuera del horario permitido son los padres.

En ese sentido, aseguró la juez que muchos padres parecen no entender que "todo lo que se hace desde la Justicia es para resguardar al menor, no es que se lo priva de su libertad".

CASOS PROPIOS: SU TRATAMIENTO. APLICACIÓN DE MODOS DE SOLUCION ALTERNATIVOS.

Muchos jueces tienen la postura de que "inconductas" donde se ven involucrados menores por negligencia o inacción de los padres, ameritan sentencias duras y ejemplificadoras. Pero esta no es la postura de nuestro juzgado.

Primeramente quiero resaltar lo más interesante e importante de estos juzgados y es la posibilidad de resolver conflictos a través de medios alternativos de solución de conflictos.
Al decir de la Dra. Elena Highton de Nolasco, Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación[1] : "El interés de la mediación debe ser lograr que las mismas personas en litigio solucionen sus problemas con la menor intervención del estado y para ello la Justicia de Paz y Faltas es fundamental". El uso de las herramientas como la mediación y la conciliación es importante porque permite a las partes analizar el problema y poder identificar las cuestiones que más preocupan a uno u otro, ayudando en ocasiones a revelar problemas ocultos y resolviendo sus diferencias, produciendo además soluciones beneficiosas para las partes involucradas y para proteger el ambiente en este caso.

La postura que se toma en el juzgado cuando nos llegan denuncias, donde están involucrados los progenitores por el actuar de los menores es primeramente se analiza la causa, se ve si la misma debe ser tratada en nuestro tribunal o bien ser remitida la causa al Juzgado de Familia de, Asesoría del Menor o Fiscalía.

En caso de ser competentes se cita a los padres a una conciliación, ha pasado también que los padres concurren con su hijos adolescentes involucrados en el proceso, y es ahí donde, en la mayoría de los casos, los padres toman conocimiento del actuar de sus hijos, se les habla y explica de las posibles consecuencias o sanciones e incluso de un futuro las posibles sanciones que puede tener su hijo al ser mayor de edad y es ahí donde los padres reflexiones, recapacitan y toman intervención en el asunto, haciéndose responsable de hablar con ellos y controlar su actuar para que no vuelvan a ocurrir hechos de estas características.

En el caso que los hechos sean de gravedad, o estemos ante un menor con problemas mentales, drogadicción o alcoholismo y corra peligro su integridad física o la de terceros se toman las medidas urgentes necesarias para el resguardo de los involucrados y automáticamente se remite la causa al juzgado competente. Solo en casos muy puntuales, donde se probó que uno o ambos progenitores alentaron y permitieron que el menor cometa la falta, se impuso sanción a los progenitores.

CONCLUSION - PROPUESTAS

El conflicto tiene mucho que ver con la percepción de las personas y es la forma de percibir el problema lo que determina la forma e intensidad del conflicto.

Hablamos desde una perspectiva que no busca evitar problemas, sino encontrar maneras constructivas de resolverlos.

Estos juzgados no cuentan con equipos técnicos, (hablamos de psicólogos, asistente social, mediadores, entre otros) los cuales a la hora de evaluar y tratar el conflicto son muy útiles, se están elevando pedidos para la incorporación de alguno de estos profesionales.
El acercamiento del juez con las partes, escuchar y conocer sus realidades, tener un dialogo fluido, tranquilo y haciéndole ver y entender que el actuar de ellos o de su hijos no es el adecuado y cuáles son los problemas jurídicos que podría haber si esto continua, en la mayoría de los casos surte efecto, se llegan a acuerdos muy buenos, los padres se van con una visión mucho más amplia y entiendo donde terminan su derechos y donde comienzan sus obligaciones.

Y resaltemos que aquí la regla no es la pena privativa de la libertad, sino que aquí las que se suelen utilizar y como ilustre en el trabajo son en principio el trabajo comunitario realizado por los padres, o una reparación económica o multa. Y en caso que sea necesario se toman medidas como el de asistir a un curso educativo, principalmente en materia de tránsito, o prohibición de concurrencia a determinados lugares como las discotecas bailables, remitiendo luego la causa al juzgado que sea pertinente.

Lo que pretendo con este trabajo es hacer un pequeño aporte de cómo se trabaja desde mi lugar, de los resultados positivos que nos ha dado el dialogar con los padres y que así analicen el actuar de sus hijos e incluso su propio actuar.

El dialogar y el conciliar en la mayoría de los casos traen resultados más duraderos en el tiempo que la aplicación de una pena severa.

Ponencia 12 – Comisión 3

Título: Sistema de protección integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de Catamarca.

Autor/es: Ana María Caliva - Norma Judith Medina

Datos autoras:

ANA MARIA CALIVA, ABOGADA

Integrante del Sistema de Protección de Derechos de la Subsecretaria de la Familia dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Catamarca

NORMA JUDITH MEDINA, LIC. EN TRABAJO SOCIAL

Integrante del equipo de Fortalecimiento de las Relaciones Familiares de la Subsecretaria de la Familia dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Catamarca

"SISTEMA DE PROTECCION INTEGRAL DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DE CATAMARCA"

SINTESIS DE LA PROPUESTA:

Resaltar la composición y funcionamiento del Sistema de Protección Integral de Derechos en la Provincia de Catamarca, complementando con el marco normativo vigente y los dispositivos a implementar.

Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Catamarca

MARCO NORMATIVO

La Convención sobre los Derechos del Niño es un instrumento de derechos humanos sobre niños, niñas y adolescentes, que los desplaza desde el lugar de objetos de protección y preocupación, al

de sujetos de derecho. Este cambio de paradigma, desde la “doctrina de la situación irregular” a la “doctrina de la protección integral”, se concreta mediante la promoción del “interés superior del niño”, como principio rector de todas las medidas relativas a los menores de edad.

Entre las características centrales de ese nuevo paradigma, que recoge los postulados de la llamada “doctrina de la protección integral”, está el concebir a *los niños como sujetos de derechos y no como simples destinatarios de acciones asistenciales o de control social ejecutadas por el Estado, l*os derechos del niño emanados de esta Convención en nuestro país tienen rango constitucional. Por lo que se trata de una responsabilidad por parte del Estado y de todos los actores que forman parte del mismo, por ende los niños no deben ser considerados objeto de protección, sino sujetos de pleno derecho, deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo.
Entender a los niños, niñas y adolescentes como Sujetos de Derecho implica reconocerles sus capacidades. Si bien los niños ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, cuando cuentan con la edad y el grado de madurez suficientes, según el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nacion Argentina, pueden empezar a ejercerlos personalmente; incluso en situaciones de conflicto de intereses con sus progenitores o representantes legales, los chicos y chicas pueden ahora dar su opinión y hacerla valer con asistencia jurídica. Esta reforma es innovadora, ya que incorpora una pauta más flexible que la edad específica, como es la "madurez suficiente", condición que deberá analizarse en cada caso individual, para que el niño tenga la posibilidad de tomar una decisión razonada en relación con la situación concreta, de manera respetuosa de su desarrollo como persona.

En el año1990 mediante ***Ley Nacional N° 23.849*** la República Argentina se adhiere a dicha Convención y ***e*n el año 1994 con la modificación de la Constitución Nacional en su art 75 inc. 22** incorporó el texto completo a la Carta Magna. Posteriormente, la aprobación de la ***Ley Nacional Nº 26.061*** de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes el 28 de setiembre del año 2005 y publicada el 26 de Octubre del mismo año, implicó no sólo la adecuación de la legislación a los principios contemplados en la CDN, sino que significó también, el comienzo de una transformación de las diversas prácticas, instituciones y políticas destinadas a las personas menores de edad. El problema de los niños y niñas que no pueden estar al cuidado de sus familias, el tipo de cuidados alternativos que tienen derecho a recibir, la intervención de los órganos administrativos y de los jueces en esas situaciones o los procesos de desinstitucionalización son algunas de las dimensiones en las que el cambio normativo vino a impactar, generando nuevas demandas y desafíos; los que ya están siendo usados para la implementación de programas y políticas con el fin de mejorar la calidad de vida de aquellos niños y niñas que se encuentran privados de su medio familiar, constituyéndose en un instrumento eficaz para la redefinición de las relaciones de las niñas, niños y adolescentes con el estado, la familia y la sociedad, a partir del

respeto de sus derechos a través de la institucionalidad de políticas centradas en garantizar la protección de sus derechos en forma integral.

Una consecuencia de esta nueva concepción es la de no judicializar a los niños que necesitan algún tipo de intervención estatal protectora y que en cambio, sean Organismos Administrativos los que la concreten.

Es menester tener en cuenta tal como se sostiene pacíficamente que «... el cambio de paradigma en el modo de abordar los problemas de la niñez reclama que la práctica institucional y judicial deje traslucir efectivamente que los niños son sujetos de derechos. Es decir, que los jueces y demás operadores, tienen la obligación de identificar y restituir el derecho amenazado y vulnerado, propiciando las modificaciones indispensables y no esperando que ocurran «mágicamente» cuando se advierte que la familia no pudo lograrlo con sus propios recursos. Como dice Cecilia Grossman «no basta una enumeración de derechos sino que es preciso buscar los caminos para que tengan efectividad»

en concordancia con la Ley 26061 dejó de delegar facultades al Poder Judicial y las trasladó a la administración como una forma de desjudicializar a la familia y a la pobreza. Lo que resta entonces es que todos los actores, cualquiera sea el lugar que ocupamos, podamos comprender que esto no es una lucha de poderes entre quienes tenían las facultades decisorias respecto de los derechos de los niños y quienes las tienen ahora. Desde cada uno de nuestros espacios debemos entender que los problemas en materia de niñez y adolescencia siempre requieren de una atención prioritaria y así debe entenderse para evitar su desnaturalización, discrecionalidades, ineficiencias y superposiciones de medidas que tienen como última y única consecuencia el paso del tiempo en la vida de aquellos que necesitan nuestro accionar urgente y diligente para evitar que sus derechos fundamentales continúen siendo vulnerados.

Importa señalar que por efecto de la ***Ley Provincial Nº 5292 la Provincia de Catamarca adhirió a los principios y disposiciones de la Ley Nacional Nº 26.061*** en el año 2009, en el intento de acercar las prácticas socio-jurídicas locales a los principios de la Convención de los Derechos del Niño, instrumento internacional que ha marcado un antes y un después en la concepción de la infancia y la adolescencia, al construir un nuevo paradigma para los sujetos protegidos, partiendo de la idea que los niños y adolescentes son sujetos de derechos, en tanto personas que titularizan todos los que gozan los adultos, más un plus de derechos propios de su condición de personas en desarrollo.

Posteriormente, mediante ***Ley Provincial Nº 5357*** sancionada el 09 de Mayo del año 2013, se publicó el 30 de Agosto de 2013 en la Provincia de Catamarca la ley de "Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes" de la cual resulta destacable que "…la omisión de la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado, habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditivas y eficaces" (art. 1, último párrafo), se establece que "los entes públicos y privados proporcionaran condiciones adecuadas a la lactancia materna, incluidos los hijos de madres sometidas a medidas privativas de

libertad, durante un periodo no menor de doce meses sin separación del niño o la niña de su madre" (art. 23), y en lo referente a la seguridad social establece que "...las niñas, niños y adolescentes tendrán el acceso garantizado por propio derecho a una asignación, independiente de la condición laboral de sus padres, que asegure un piso mínimo de bienestar" (art. 33, último párrafo).

El **Titulo I** contiene Disposiciones Generales relacionadas con la protección integral de la infancia y adolescencia, así comprende: Objeto, Sujetos, Aplicación Obligatoria, Ejes de las Políticas Públicas, Responsabilidad Gubernamental, Participación Comunitaria y Responsabilidad Familiar.

El **Titulo II** enumera los Principios, Derechos y Garantías que sustentan el sistema.

El **Titulo III** organiza el Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en franca concordancia con los lineamientos de la Convención y la Ley Nacional Nº 26.061, y diseña un nuevo sistema de gestión de los derechos de la infancia -circuito de protección de derechos- así como las competencias de los diversos órganos administrativos como una red interinstitucional -descentralizada- que opera en distintos niveles, tornando visible y exigible la tarea de nuevos actores locales que asumen el compromiso de la efectiva satisfacción o rápida restitución de derechos mediante la adopción de las llamadas "*medidas de protección".*

Resulta **clave para el funcionamiento del sistema lograr una adecuada articulación entre los poderes administrativo y judicial asentada sobre la cooperación, la confianza recíproca y la solidaridad;** el delicado mecanismo creado importa diferenciar cuidadosamente entre la situación de carencia y la de conflicto de los sujetos protegidos por la ley, así ante la primera responde el Sistema de Protección Integral con la adopción de Medidas de Protección.

El **Titulo IV** enumera los Niveles de Aplicación: Políticas Públicas y Programas de Promoción y Protección Integral de Derechos; Medidas de Protección Integral de Derechos; y Medidas Excepcionales.

El **Titulo V** se refiere al Procedimiento Administrativo.

El **Titulo VI** al Procedimiento Judicial.

El **Titulo VII** enuncia los Órganos Corresponsables del Funcionamiento y Consolidación del Sistema de promoción y Protección de Derechos.

El **Título VIII** regula el Defensor de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

El **Titulo IX** De las Organizaciones No Gubernamentales.

El **Titulo X** indica el Financiamiento.

En conclusión, el diseño normativo propuesto en el Titulo III, responde a la necesidad que nuestra provincia posea el marco jurídico adecuado que sustente la organización y sistematización de competencias y responsabilidades, en un todo de acuerdo con los lineamientos fijados por la ley nacional, creando el Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes el cual es integrado por el organismo administrativo de protección como órgano estatal específico de relevancia significativa en el funcionamiento del sistema, donde el principal objetivo de las políticas implementadas por estos organismos consiste en fortalecer a la

familia, entendiéndola como base para un desarrollo humano sustentable y como espacio afectivo fundamental para el crecimiento de niños y niñas, delimitándose las órbitas de actuación de la esfera administrativa y judicial.

MEDIDAS DE PROTECCION

Entre las misiones de la **Subsecretaria de la Familia**, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Catamarca, en su carácter de Órgano de Aplicación Local designada como **Autoridad Administrativa de Aplicación Provincial de las competencias establecidas en la Ley N° 5357 mediante Decreto G. y J. y D.S. N° 1186 de fecha 04 de Agosto del año 2014**, este órgano administrativo es el que adopta las Medidas de Protección comprobada la amenaza o violación de derechos o garantías de uno o varios niños, niñas o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias. Se aplicaran prioritariamente aquellas ***Medidas de Protección de Derechos*** que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes (art. 38); comprenden: Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; Inclusión y permanencia en el programa de apoyo escolar; Asistencia integral a la embarazada; Inclusión de la niña, niño, adolescente y su grupo familiar en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables; Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente, representantes legales o representantes; Asistencia económica; y en ningún caso las medidas podrán consistir en privación de la libertad.

Dentro de estas medidas se encuentran las llamadas "***Medidas de Protección Excepcional***", son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio (art. 39). Estas medidas son:

- excepcionales, en tanto “se entenderá que el interés superior del niño exige su separación o no permanencia en el medio familiar cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental de la niña, niño o adolescente y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible o procedente la exclusión del hogar de aquella persona que causare el daño" (art. 39 cuarto párrafo);
- transitorias, ya que “estas medidas son limitadas en el tiempo y solo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen” (art. 39 tercer párrafo);
- subsidiarias, es decir que solo serán procedentes cuando previamente se hayan cumplimentado debidamente las medidas de protección integral (art. 40 primer párrafo).

Asimismo, declarada procedente esta Excepción, será la Autoridad Administrativa de Aplicación quien decida 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 Catamarca, por ende estas medidas, dada la gravedad que implican al afectar el derecho a la convivencia familiar del niño, se encuentran sujetas a un control judicial de legalidad obligatorio (art.40 segundo párrafo). Las Medidas Excepcionales consistirán en la Permanencia Temporal en Ámbitos Familiares considerados Alternativos, y solo en forma excepcional subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una Forma Convivencial Alternativa a la de su Grupo Familiar, en cuyo caso la Subsecretaria de la Familia de Catamarca, decidirá alojar de manera transitoria a niños/as y adolescentes en situación de emergencia social, cuando así corresponda, en los diversos Centros de Contención dependientes del Ministerio de Desarrollo Social tales como el Complejo Sipa Huasi, el Complejo Huaina Huasi, el Centro Juvenil Santa Rosa y la Casa Cuna, en los cuales sus objetivos apuntan a:

1. la revinculación familiar y social del niño/a y adolescente, y

2. la desjudicialización de situaciones de pobreza y de consumo de sustancias psicoactiva a través de la resolución alternativa de conflictos y problemas.

En función de estos objetivos se desarrollan las siguientes actividades:

- Contención de los/as niños/as y adolescentes.

- Abordaje del problema y elaboración de la estrategia de intervención entre los profesionales y el niño/a. Asimismo, se tiene en cuenta la participación de todas las personas que representan alguna referencia significativa para el niño/a, procurando la revinculación en los casos que corresponda.

- Articulación intersectorial e interinstitucional: se privilegia la articulación con instituciones que integran los diferentes organismos del Poder Ejecutivo en base a programas que ejecutan los Ministerios de la Provincia de Catamarca, teniendo especialmente en consideración el “Convenio Interministerial de Cooperación, Solidaridad y Asistencia entre los Ministerios de Desarrollo Social, de Salud y de Educación- Ciencia y Tecnología para Protección de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de Catamarca”, suscripto el 11 de Abril del año 2013; y el “Protocolo de Intervención en Materia de Niños, Niñas y Adolescentes – Ley N° 5357” de fecha 15 de Enero de 2014.

La permanencia de los Niños y Adolescentes en estos ***Centros de Contención*** se determinan por orden Judicial o por el dictado de una Medida Excepcional por parte de la Subsecretaria de la Familia Por ende la estadía del niño puede variar entre un día, o inclusive unas horas, hasta 3 o 6 meses; dependiendo esto de los motivos y de las estrategias de intervención implementadas. Así,

durante su permanencia se atienden las necesidades primarias del niño/a en lo que hace a una alimentación adecuada, ropa y calzado; se favorece la continuidad de la escolaridad del niño/a y la atención de cuestiones de salud, si hubiese o surgiese algún problema; pero además se ofrecen distintos talleres y actividades recreativas como una manera de garantizar el esparcimiento. Simultáneamente se realizan las acciones necesarias tendientes a la revinculación de los niños con sus familias o, si esto no es posible, la ubicación en un hogar que le brinde atención permanente hasta que se determine que están dadas las condiciones para reinsertarlo en su familia de origen. La realización de estas actividades está a cargo de un Equipo Interdisciplinario de Profesionales (Psicólogos, Trabajadores Sociales, Abogados, entre otros).

El Sistema Integral de Protección de Derechos, con nuevos mecanismos y formas organizacionales, plantea un verdadero programa de acción para el Estado y la sociedad, y demanda la implementación de políticas, programas y acciones con eje en el fortalecimiento familiar y el acceso universal de todos los niños a todos sus derechos. Garantizar el acceso de niños y adolescentes a los derechos que las leyes hoy les reconocen, supone una actuación respetuosa de dichos derechos por parte de las familias, la comunidad y el conjunto de las áreas estatales. En tal contexto, una cuestión clave de la eficacia y eficiencia de una política pública de infancia y adolescencia con enfoque de derechos demanda, para que ésta provoque un impacto concreto sobre la realidad social, de capacidad para generar de manera sustentable articulaciones interinstitucionales entre todos los principales actores responsables de garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes: educación, salud, justicia, diferentes niveles gubernamentales, legislativos y judiciales, así como una activa participación de las expresiones de la sociedad civil.
Asimismo, se requiere de una activa labor de sensibilización y promoción de derechos orientada a favorecer un cambio cultural profundo en todos los sectores de la sociedad, para acabar con mitos y prejuicios, y dar paso a una consideración real de las niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos. El desafío demanda acciones sostenidas de promoción y capacitación de todos aquellos que trabajan con niños y jóvenes, a fin de adecuar sus prácticas a una perspectiva de derechos, como así también de las niñas, niños y adolescentes, para que ellos puedan efectivamente hacerlos valer.

ABORDAJE INTERDISCIPLINARIO

Ante el requerimiento de intervención de la Subsecretaria de Familia en un caso concreto la primera acción a desarrollar es el traslado del niño/a o adolescente, cuya edad oscila entre los 3/4 años hasta los 18 años, al **Centro de Admisión y Derivación (C.A.D.)** donde se le da ingreso al mismo interviniendo el Equipo Técnico conformado por un *Médico* que realiza la revisación médica emitiendo su Dictamen, luego por una *Trabajadora Social* que le hace una Entrevista como primera aproximación a la situación planteada emitiendo su Informe Social donde se corrobora su identidad, procedencia, domicilio, conformación del grupo familiar, etc. y finalmente interviene la

Psicóloga que lo asiste realizando una Evaluación Psicológica determinando el estado emocional. Los motivos por los cuales los niños/as ingresan al CAD – Centro de Atención y Derivación son diversos:

- Por conflictos familiares,(niñas, niños, adolescentes, mujeres, adultos mayores)
- Para definir el adulto a cargo,
- Porque el niño/a se queda solo/a, por internación de un familiar, fuga de hogar, fuga del Centro de Contención,
- Como protección contra explotación y abuso sexual,
- Por protección contra violencia familiar. (niñas, niños, adolescentes y mujeres)
- Por protección al Adulto Mayor (situación de abandono, enfermedad)

EL ROL DEL TRABAJO SOCIAL EN LOS NUEVOS ESCENARIOS DE INFANCIA, ADOLESCENCIA Y FAMILIA

El Trabajo Social en sus distintas expresiones se dirige a las múltiples y complejas relaciones entre las personas y sus ámbitos. Su misión es facilitar que todas las personas desarrollen plenamente sus potencialidades, así como enriquezcan sus vidas y permitiendo prevenir las distintas disfunciones de los grupos humanos, en la búsqueda del desarrollo social. El trabajo social está enfocado, desde una reconceptualizacion, a la promoción del desarrollo desde y con las personas.

Siendo así que, la intervención del Trabajador Social está dirigida a la atención de la infancia como beneficiarios o afectados de procesos sociales determinados, donde muchas veces no son abordados como protagonistas de estos, como actores sociales, como ejes de desarrollo de un Estado. Todo lo señalado trae como repercusión la invisibilidad de la infancia para el desarrollo de marcos normativos adecuados a la realidad, de implementación de políticas públicas de infancia desde el Estado, de políticas sociales más eficaces, no considerando el tema de infancia como una categoría subordinada a los temas de salud, educación, pobreza, sino como una categoría propia y como eje transversal de desarrollo.

El trabajo de promoción de la infancia en diferentes niveles, basa su intervención en el Enfoque de Derechos que exhorta y faculta a los poseedores de derechos a exigir sus derechos, esto significa que no son vistos, ni considerados como objetos de caridad (como es el caso de enfoque basado en necesidades), sino como individuos y sujetos sociales que exigen sus derechos legales, los niños como personas, como sujetos integrales, es por ello que toda reivindicación social requiere de una movilización social, y su puesta en práctica debe de comprometer al Estado y Sociedad Civil.

Son así estos elementos los que permiten discernir las posibilidades de ser en estos contextos y realidades de la infancia en riesgo social, así como entender el proceso de gestión de desarrollo por la infancia que va desde la atención de casos, de prevención a partir de educación social de los actores y beneficiarios, de promoción a través del empoderamiento y movilización social de los actores sociales, del trabajo articulado y coordinado en redes sociales y en la elaboración de propuestas de intervención hacia la construcción de políticas sociales de atención y promoción de la infancia.

Estos nuevos espacios de atención e intervención del Trabajo Social traen consigo diversos roles a desarrollar, sobre todo en la promoción de la infancia en diferentes niveles e instancias. Estos roles http://www.margen.org/suscri/margen39/chiroque.html - sdfootnote39symse componen en tres aspectos complementarios e inherentes a sí mismos como son:

- **El Rol de Gestor Social**, donde las y los trabajadores sociales deben estar en capacidad de manejar la gestión de los procesos que están bajo su cargo desde el diseño, ejecución y seguimiento de proyectos, programas de desarrollo y de implementación de políticas sociales, hasta la capacidad de organizar procesos encaminados a lograr la cogestión y la autogestión de los individuos así como a promocionar la transformación y/o solución de las diversas problemáticas sociales.
- **El Rol de Promotor de Procesos de Desarrollo,** que está llamado a ejercer cada trabajador o trabajadora social, en su intervención de promoción social y empoderamiento de la población, frente a determinadas situaciones y contextos, como estrategia de desarrollo, dejando atrás la vieja modalidad del asistencialismo o clientelismo, en el que el individuo (adulto o niño, niña y/o adolescente) figuraban, solamente, como meros receptores pasivos de las dadivas del estado o solamente como sujetos portadores de necesidades dejando de lado u omitiendo sus potencialidades de ser o hacer.

Podemos señalar que la promoción busca impulsar acciones específicas de desarrollo económico, social y político en una realidad concreta y bajo una óptica popular. Parte necesariamente de ciertos supuestos acerca de esa realidad, de sus actores sociales, del tipo de cambio o transformación deseada y de una propuesta metodológica de cómo se debe actuar para impulsar ese cambio.

La promoción, según Diego Palma dentro del proceso de educación informal, se da a través de la educación, promoviendo las potencialidades de los individuos, permitiendo la concientización y la auto liberación del individuo. Este proceso se va a ir dando a medida que las personas se involucren en su contexto, en la interrelación con otras situaciones, la promoción se va a dar a través de la capacitación de las personas con el fin de impulsar soluciones colectivas a los problemas individuales.

Ahora bien, la promoción de la infancia apunta a la reivindicación y visibilidad social de esta población, de mejorar su calidad de vida, de reconocer sus derechos, necesidades y capacidades humanas, como eje del desarrollo articulado de la sociedad, como función del Estado y de la sociedad civil, y de la implementación y ejecución de políticas públicas de infancia, a partir de reconocer a la niñez y adolescencia como actores de su propio cambio. Debemos de generar condiciones favorables para que cada niño, niña y adolescente, como persona humana pueda y deba desarrollar sus capacidades, habilidades con oportunidades reales, como parte de sus derechos.

Como primera función de la promoción de la infancia es plantear la necesidad de concebir al niño como un actor cuya capacidad, competencia y creatividad son determinantes en el proceso de construcción de las relaciones sociales y culturales de la sociedad en su conjunto; bien sabido es que es en la niñez cuando un sujeto se va constituyendo como tal, es por ende una época de identificaciones, donde los deseos, las normas, las prohibiciones internas y los modelos se constituyen en esta etapa tan trascendental de la existencia humana.

En la misma línea de argumentación, llas acciones profesionales comienzan cuando una situación social, familiar, personal pasa al Equipo Técnico para el abordaje de las distintas disciplinas que los conforman, atendiendo el interés superior del niño. Se advierte que las familias no adoptan el modelo social preconcebido: el de grupo conviviente de madre y padre con hijos biológicos de ambos; sino que poseen otro tipo de organización; familias un parentales, ensambladas, convivientes con la familia extensa o con otras personas con las que no hay relación de parentesco; es decir que las necesidades de los niños son las de ser niños.

También se advierte que la nueva legislación se abstiene de emplear la palabra “menor”, y sólo hace referencia a la persona “menor de edad”, por lo tanto resulta negativa la práctica ordinaria de usar en el lenguaje jurídico el vocablo “menor”, en obvia referencia a las personas que no han alcanzado aún la mayoría de edad legal, por cuanto transgrede la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, y la Constitución Nacional.

Asimismo, es oportuno resaltar que conforme al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina el cambio de denominación del término “padres” por “progenitores”, resulta de la posibilidad que la responsabilidad parental se encuentre en cabeza de personas del mismo sexo que han asumido ese emplazamiento. Asimismo, se observa en esta definición que el eje de la acción de los progenitores implica considerar y tratar al hijo como una persona titular de una serie de derechos que aseguren su mejor desarrollo, participando activamente en su proceso de crianza y educación, naturalmente de acuerdo con cada etapa de su evolución, y los deberes de los progenitores están destinados a cumplir dicho cometido para que los hijos vayan adquiriendo autonomía en el ejercicio de sus derechos.

Así la Responsabilidad Parental se entiende como una función y acompañamiento que los progenitores ejercen en interés de los hijos y a los cuales deben asistirlo; estableciéndose los tres principios generales: el interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

OTROS DISPOSITIVOS

- A efectos de dar cabal cumplimiento al art. 65 de la Ley Provincial Nº 5357, se implemento el Consejo Provincial de la Niñez y Adolescencia de Catamarca, cuya presidencia se encuentra a cargo de la máxima Autoridad Administrativa de Aplicación de la ley, es decir la Subsecretaria de la Familia del Ministerio de Desarrollo Social; sumado a los 7 representantes de las áreas Ministeriales designados por el Poder Ejecutivo, los 5 representantes de las Organizaciones No Gubernamentales y de la sociedad civil, los 6 representantes de los Municipios que integran la Provincia, un representante del Poder Judicial del fuero de Familia, los 2 representantes de la Cámara de Diputados, los 2 representantes de la Cámara de Senadores, y un representante designado por el Consejo Superior de la Universidad Nacional de Catamarca.
- Por último, atento al art. 59 de la Ley Provincial Nº 5357, el Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Catamarca prevé la firma del "Convenio de Coordinación para la Implementación del Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos" con los Municipios correspondientes a las seis Circunscripciones Judiciales a saber: Capital, Andalgala, Belen, Santa Maria, Tinogasta y Recreo.

  Se entiende por "Servicio Local" la estructura administrativa de instancia municipal que forma parte del Sistema Integral de Protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, que posee emplazamiento próximo a los ámbitos familiares y comunitarios de desarrollo de niños, niñas y adolescentes; actúa de acuerdo a los procedimientos establecidos por la Autoridad Administrativa de Aplicación en consenso con los municipios.

  En este caso en particular el Ministerio de Desarrollo Social, a través de la Subsecretaría de Familia, asume la obligación de promover instancias de asistencia técnica y de capacitación, ofreciendo herramientas y transferencias de capacidades destinadas a la formación de los recursos humanos para optimizar el desempeño laboral en base a las normativas de protección y promoción de derechos de las niñas, niños y adolescentes. Por su parte el Municipio se compromete a aportar el espacio físico donde funcionará el "Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos", como así también los insumos básicos para el desarrollo de las diferentes actividades diarias. Actualmente firmaron el Convenio los Intendentes de Belén, de Santa María y de Tinogasta.-

Ponencia 13 – Comisión 3

Título: Sistema integrado de justicia de Infancia y Adolescencia. Juez del Niño y Juez penal juvenil. Intervención interdisciplinaria y de salud mental.

Autor/es: Marta Teresita Biaciotti - Gabriela Sansó

Datos autoras:

Dra. Marta Teresita Biaciotti, Médica Psiquiatra Infanto Juvenil del Gabinete Interdisciplinario de Menores de los Tribunales Provinciales de Rosario, Provincia de Santa Fe, Argentina.

Dra. Gabriela Sansó, Abogada, Jueza de Menores de Primer Instancia de Distrito de la 2 Nominación de los Tribunales Provinciales de Rosario, Provincia de Santa Fe, Argentina.

SISTEMA INTEGRADO DE JUSTICIA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA. JUEZ DEL NIÑO Y JUEZ PENAL JUVENIL. INTERVENCIÓN INTERDISCIPLINARIA Y DE SALUD MENTAL.

PROPUESTA

La propuesta de esta actuación conjunta e interdisciplinaria es poder pensar en un sistema integrado de justicia de infancia y adolescencia, que afronte con la verdad y la responsabilización los problemas que aparecen a temprana edad y que se exteriorizan con conductas antisociales y delictivas que ponen en evidencia carencias y necesidades. Considerando la compleja problemática que atraviesan los jóvenes de 16 a 18 años de edad, en conflicto con la ley penal y la relación existente de la violencia, el delito y el consumo de sustancias tóxicas se propone un abordaje integral e interdisciplinario integrado por profesionales de diferentes disciplinas; desde la Salud Mental, Toxicología, Psicología, Trabajo Social, Educación y el Derecho a los fines de realizar protocolos para la evaluación de la Salud Psicofísica que nos permita que los jóvenes tengan acceso a un abordaje especializado en lo individual, desde lo socioeducativo como los tratamientos médicos, toxicológicos, psicológicos y acceder a programas de integración y capacitación para su futura integración social.

La intervención integral permitirá abordar también el problema de la convivencia social y de la preservación de la integridad física y psíquica y hasta de la vida de las personas, si podemos

reconocer y actuar debidamente frente a situaciones de riesgo. Es decir, poder actuar preventivamente ante la violencia. Superar la polaridad entre el asistencialismo y el sistema penal que ha llevado al retiro del Estado y ha derivado, en unos casos, en la irresponsabilidad absoluta, y en otros en la punición pura. Se ha generado una confusión, que determinó una falta de equidad y el desconocimiento de la especialidad del sistema de menores que infringen la ley penal. La propuesta es detectar las debilidades y fortalezas de cada sistema y de los organismos administrativos y judiciales que son sus operadores y pensar en un sistema integrado de infancia y adolescencia, inclusivo. No solo un sistema especializado en base a las penas disminuidas, la remisión de casos o el principio de oportunidad, sino un sistema único, que incluya lo jurídico, lo médico, lo social, abarcado por organismos administrativos y judiciales. Donde el Estado pueda dar respuesta sin necesidad que víctimas o victimarios deambulen por los distintos organismos, que a su vez discuten ideologías y competencia. Asegurar instancia pública en las cuestiones de infancia y adolescencia relacionadas a conductas delictivas o antisociales, que permitan un abordaje temprano y una responsabilización sustentable. Buscar un sistema integrador para la inclusión, el esclarecimiento de los hechos y la respuesta a todos los integrantes de nuestra comunidad.

Ponencia 14 – Comisión 3

Título: El reconocimiento legal y judicial del acompañante terapéutico

Autor/es: Nicolás E. del Hoyo

EL RECONOCIMIENTO LEGAL Y JUDICIAL DEL ACOMPAÑANTE TERAPÉUTICO

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad tratar muy brevemente el marco legal y jurisprudencial referido al reconocimiento del denominado ?acompañante terapéutico? a favor de aquellas personas con discapacidad[1] que precisan de este importante apoyo.

Qué es un acompañante terapéutico? El acompañante terapéutico es un recurso humano capacitado para asistir a aquellas personas que se encuentren atravesando padecimientos o trastornos en su salud, como ser una crisis mental, una enfermedad, un determinado impedimento físico, etcétera. Es un apoyo frente a la particular necesidad de la persona que lo precise, contando con los conocimientos que le permitan acompañar a la persona en el tránsito de la condición en la que se encuentre, y, en la medida de lo posible, permitirle lograr una mayor autonomía.

La figura del acompañante terapéutico es de suma relevancia no solo para la persona con discapacidad, sino también para su grupo familiar. La presencia del acompañante ayuda y estimula a la persona con discapacidad para que desarrolle diversos actos: desde mejorar el lenguaje, la comunicación, el incentivo para la interacción, actividades recreativas, el desarrollo cognitivo, como así también hasta hábitos de la vida cotidiana como el aseo, la alimentación y las necesidades básicas.[2] Esto ayuda también a que la familia de la persona con discapacidad pueda continuar con el proceso de mejoramiento de esas aptitudes.

En ese sentido, sabido es el impacto de la discapacidad de la persona en su entorno familiar: según el grado de discapacidad de la persona, el núcleo familiar se ve en la necesidad imperante de buscar tratamiento y estimulación para la persona con discapacidad, y ello es sumamente desgastante y doloroso cuando los esfuerzos domésticos no dan el resultado esperado. Para la persona con discapacidad la presencia de la familia es de vital importancia y por lo tanto en este aspecto el acompañante terapéutico cumplirá una función primordial.

Suele diferenciarse el concepto de acompañante terapéutico con el de acompañante domiciliario, porque la Ley Nº 26.480 modificó la Ley Nº 24.901 y sumó como prestación al ?asistente domiciliario?. Parecería que la diferencia entre ambos estriba en que el primero se enmarca en la praxis de la salud, mientras que el segundo tiene como finalidad estimular ciertos aspectos relacionados con la interrelación de la persona. En rigor de verdad, entendemos que son dos definiciones para una misma cosa, porque lo que se pretende es que el profesional se desempeñe en los distintos ámbitos en los que se desenvuelva la persona con discapacidad para obtener la mejora en su salud.

Ahora bien, desde hace un tiempo ha aumentado el índice de litigiosidad en razón de que los distintos prestadores de salud (obras sociales y empresas de medicina prepaga) han controvertido la figura del acompañante terapéutico frente al pedido de reconocimiento de dicha prestación por parte de un familiar de la persona con discapacidad. Algunos prestadores mencionan que no existe una profesión concreta sobre acompañante terapéutico o que no hay títulos oficiales que reconozcan esta praxis, o bien han restringido el ámbito de su reconocimiento, negando por lo tanto su cobertura.

Esta negativa del reconocimiento de la prestación del acompañante terapéutico (en cualquiera de sus variantes, sea asistente domiciliario, asistente motor o bien acompañante terapéutico) obliga al familiar de la persona con discapacidad a tener que realizar reclamos judiciales como ser amparos de salud, medidas autosatisfactivas y procesos ordinarios de reintegros de costos.

Por eso, cabe hacerse esta pregunta: ¿se encuentran obligados los prestadores de salud a cubrir el costo de un acompañante terapéutico? ¿Bajo qué circunstancias? ¿Qué dice la ley y qué dicen los jueces?

Adelanto desde ya que los prestadores de salud se encuentran obligados a cubrir el costo total de esta prestación, porque esa obligación nace del plexo normativo nacional en materia de discapacidad aun cuando ciertas normas no se encuentren reglamentadas, como así también en virtud del halo protectorio de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad.

Sea o no un término médico lo que define a la prestación del acompañante terapéutico, su actuación tiene a mejorar la salud y bienestar de la persona con discapacidad y sea cual fuere el tipo de contrato que la persona con discapacidad (o su grupo familiar) tenga con el prestador. La persona con discapacidad, como cualquier persona, tiene un derecho supraconstitucional que es el de la salud, y como tal deben redoblarse los esfuerzos para su pleno reconocimiento.[3]

Toda aquella prestación que razonablemente tienda a reducir las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de la persona con discapacidad debe ser reconocida en el 100% por el prestador. Veámoslo seguidamente:

II. EL MARCO LEGAL

(i) La Ley Nº 22.431, del 16 de marzo de 1981, titulada ?Sistema de protección integral de los discapacitados?, otorga cobertura integral a las personas con discapacidad.

La norma reconoce implícitamente la prestación del acompañante terapéutico, pues en su artículo 1º menciona: ?Instituyese por la presente ley, un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar a éstas su atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunicad un rol equivalente al que ejercen las personas normales?.

Se instituye un sistema de protección integral a favor de la persona con discapacidad a través del cual se le concede su atención médica y estímulos que permitan neutralizar la desventaja que la discapacidad le provoca, razón por la cual el único requisito para reconocer esta prestación es el certificado de discapacidad. Nada más.

Se tiende a la mejora de la salud y a disminuir la desventaja que provoca la discapacidad de la persona, por lo que el acompañante terapéutico sí debe ser reconocido como una prestación a favor de la persona con discapacidad.

(ii) La Ley Nº 24.901, del 5 de noviembre de 1997, titulada ?Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad? o llamada generalmente como la norma que instauró el ?Sistema único?, fue más allá de la Ley Nº 22.431 al nominar las prestaciones a favor de las personas con discapacidad y de quienes son los obligados a reconocerla.

El artículo 1º establece: ?Institúyese por la presente ley un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos?.

El artículo 2º menciona: ?Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto a las entidades enunciadas en el artículo 1º de la Ley Nº 23.660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas?.

De los artículos 15 a 18 de la Ley Nº 24.901 (que aquí no transcribimos por cuestiones de espacio) surge nítida la cobertura de las prestaciones referidas a la adquisición o restauración de aptitudes

e intereses para que la persona con discapacidad alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social (artículo 15), para obtener su autovalimiento (artículo 16), y brindar los requerimientos básicos esenciales como ser la alimentación y necesidades básicas de la vida (artículo 18).

Ninguno de estos artículos refieren a una cuestión netamente médica, por lo que mal pueden los prestadores excusarse refiriendo que no pueden reconocer una cobertura de un costo que no se encuentra asociado al área de la salud.

Cabe resaltar que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley Nº 23.660, los sujetos obligados a cubrir el 100% de las prestaciones a favor de las personas con discapacidad son:

a) Las obras sociales sindicales correspondientes a las asociaciones gremiales de trabajadores con personería gremial, signatarias de convenios colectivos de trabajo; b) Los institutos de administración mixta, las obras sociales y las reparticiones u organismos que teniendo como fines los establecidos en la presente ley hayan sido creados por leyes de la Nación; c) Las obras sociales de la administración central del Estado Nacional y sus organismos autárquicos y descentralizados; (Inciso sustituido por artículo 1° de la Ley N° 23.890 B.O. 30/10/90); d) Las obras sociales de las empresas y sociedades del Estado; e) Las obras sociales del personal de dirección y de las asociaciones profesionales de empresarios; f) Las obras sociales constituidas por convenio con empresas privadas o públicas y las que fueron originadas a partir de la vigencia del artículo 2° inciso g) punto 4 de la Ley Nº 21.476; g) Las obras sociales del personal civil y militar de las Fuerzas Armadas, de seguridad, Policía Federal Argentina, Servicio Penitenciario Federal y los retirados, jubilados y pensionados del mismo ámbito, cuando adhieran en los términos que determine la reglamentación; h) Toda otra entidad creada o por crearse que, no encuadrándose en la enumeración precedente, tenga como fin lo establecido por la presente ley. De esta ley entendemos que también se encuentran obligadas las empresas de medicina prepaga bajo la Ley Nº 26.682.

Lo cierto es que la Ley Nº 24.901 proyecta sus efectos a todos los prestadores de salud, sea en el sistema público (hospitales públicos, PAMI), como en el sistema privado (obras sociales, empresas de medicina prepaga, etcétera), razón por la cual tampoco pueden negarse a brindar la prestación si esta no se encuentra en su cartilla, o bien si el plan contratado es del tipo cerrado (en virtud del cual no se le reconoce al usuario la cobertura de otros prestadores distintos a los de cartilla): Siempre deberán asumir el 100% del costo que represente su otorgamiento por medio de un tercero.

A este respecto el artículo 6º de la Ley Nº 24.901 establece: ?Los entes obligados por la presente ley brindarán las prestaciones básicas a sus afiliados con discapacidad mediante servicios propios o contratados, los que se evaluarán previamente de acuerdo a los criterios definidos y preestablecidos en la reglamentación vigente?.

(iii) El Decreto 762/97, reglamentario de la Ley Nº 24.901, prevé en el Anexo II, punto D), inciso 5 (referido a prestaciones asistenciales) el servicio de rehabilitación psicofísica.

(iv) La Ley Nº 26.480, del 4 de marzo de 2009, incorporó el inciso d) al artículo 39 (que recepta prestaciones complementarias) de la Ley Nº 24.901. Dicho inciso establece: ?Asistencia domiciliaria: Por indicación exclusiva del equipo interdisciplinario perteneciente o contratado por las entidades obligadas, las personas con discapacidad recibirán los apoyos brindados por un asistente domiciliario a fin de favorecer su vida autónoma, evitar su institucionalización o acortar los tiempos de internación. El mencionado equipo interdisciplinario evaluará los apoyos necesarios, incluyendo intensidad y duración de los mismos así como su supervisión, evaluación periódica, su reformulación, continuidad o finalización de la asistencia. El asistente domiciliario deberá contar con la capacitación específica avalada por la certificación correspondiente expedida por la autoridad competente?.

La norma refiere al ?asistente domiciliario?. Ahora bien, a la luz del principio protectorio y amplio que receptan estas leyes y teniendo en cuenta la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, esta norma reconoce una variante del acompañante terapéutico, que es el asistente domiciliario. Parecería que son dos conceptos disociados, pero como hemos mencionado anteriormente, en realidad es lo mismo.

En efecto, recordemos que las Leyes Nº 22.431 y Nº 24.901 mencionan prestaciones a favor de la persona con discapacidad que refieren a estímulos sociales, de aprendizaje y de autovalimiento, no limitándose a un concepto exclusivamente médico. Siempre la intención del legislador es mejorar la condición de la persona con discapacidad

(v) La Ley Nº 25.421, del 3 de mayo de 2001, catalogada como ?Creación del programa de Asistencia primaria de salud mental? (APMS).

En su artículo 3º establece: ?Las instituciones y organizaciones prestadoras de salud públicas y privadas deberán disponer, a partir de la reglamentación de la presente ley, los recursos necesarios para brindar asistencia primaria de salud mental a la población bajo su responsabilidad, garantizando la supervisión y continuidad de las acciones y programas?.

A su vez, en virtud del artículo 5º de esta ley y del Anexo I correspondiente, se considera como dispositivo y actividad del Programa de Asistencia de Salud mental el ?acompañamiento terapéutico?.

(vi) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, instrumento internacional aprobado por la Ley Nº 26.378 y que cuenta con rango constitucional por medio de la Ley Nº 27.044.

Este importante instrumento internacional tiene como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos de las personas con discapacidad (artículo 1º). A su vez el artículo 25 establece que los Estados Partes reconocen el derecho a la salud de las personas con discapacidad, debiendo proporcionar los servicios de salud que precisen específicamente como consecuencia de la discapacidad.

Muy elocuente, respecto al reconocimiento del acompañante terapéutico, es el artículo 26 en virtud del cual los Estados Partes adoptarán las medidas efectivas y pertinentes para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional.

Según estas normas que hemos citado, el prestador de salud no puede negar la cobertura arguyendo que no posee en cartilla un prestador como el acompañante terapéutico, o bien que este no es una prestación médica o que no se encuentra catalogado en una profesión determinada. La cobertura debe otorgarse en un 100%.

Por supuesto que la persona con discapacidad (o su grupo familiar) deberá acreditar su condición con el certificado de discapacidad (artículo 3º de la Ley Nº 22.431 y artículo 10 de la Ley Nº 24.901), accediendo a la prestación, previa evaluación y prescripción médica (artículo 6º de la Ley Nº 24.901).

No obstante la legislación vigente, todos los días existen casos de denegación de coberturas de diversas prestaciones, no solo de acompañante terapéutico o de acompañante domiciliario (o llamado asistente domiciliario), sino de prestaciones tales como equinoterapia, hidroterapia, transporte, medicamentos varios, etcétera, lo cual justifica la reclamación por las vías judiciales antes detalladas.

Lo cierto es que los jueces, ante el reclamo de las personas con discapacidad o sus familias, deben aplicar sí o sí las leyes antes mencionadas, y los principios rectores de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad en virtud del control de convencionalidad del derecho de los tratados internacionales.

III. DECISIONES JUDICIALES SOBRE EL ACOMPAÑANTE TERAPÉUTICO. QUÉ HA DICHO LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Algunos precedentes en los que la justicia se inclinó a favor del reconocimiento del acompañante terapéutico:

(i) En autos ?G.B.C. c/ Osde s/ Amparo de salud? (CNCiv. y Com. Fed., Sala ?1?, 25.03.14), los jueces aplicaron la Ley Nº 25.421 sobre ?Creación del Programa de Asistencia Primaria de Salud Mental? (APMS) y también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para reconocer la cobertura del acompañante terapéutico.[4]

Al ordenar cubrir la prestación del acompañante terapéutico a tenor de instrumentos internacionales suscriptos por la República Argentina, los magistrados tuvieron presente el control de convencionalidad que antes mencionamos.

(ii) En autos ?Z.M.C. c/ Centro Médico Pueyrredón S.A. s/ Sumarísimo de salud? (CNCiv. y Com. Fed., Sala ?1?, 24.06.14), se presentó una particularidad porque los sentenciantes analizaron la Ley Nº 26.480 (que modificó la Ley Nº 24.901 al reconocerse la figura del asistente domiciliario) y la improcedente defensa del prestador quien adujo que la Ley Nº 26.480 no se encontraba reglamentada, como si ello constituyera un valladar para hacer lugar a la pretensión.

Claramente los jueces enfatizaron que la falta de reglamentación de una ley ?no puede redundar en perjuicio de la actora? (sic), citando fallos de la Corte Suprema en el sentido que la vigencia de ciertos derechos no pueden ser soslayados o no reconocidos por la ausencia de reglamentación de la ley que los eleva como tales.

(iii) En autos ?F.K.L. c/ OSDE s/ sumarísimo de salud - incidente de apelación?, (CNCiv. y Com. Fed., Sala ?3?, 21.10.14) se concedió cautelarmente la prestación del acompañante terapéutico. Surge del pronunciamiento que se había realizado la evaluación prevista en la Ley Nº 24.901, pero el prestador guardó silencio frente al reclamo de la familia. Merece la pena el resalto que hacen los magistrados al ponderar la situación de la persona con discapacidad, su necesidad del acompañante terapéutico y los compromisos que deben tener los jueces en materia de discapacidad.

(iv) En autos ?A.C.R. c/ Galeno Argentina S.A s/ medida autosatisfactiva? (CNCiv. y Com. Fed., Sala ?3?, 16.07.15), se otorgó cautelarmente (a la luz del artículo 39, inciso d) de la Ley Nº 24.901, la cobertura de un acompañante terapéutico.[5] Recordamos que este artículo fue incorporado por la Ley Nº 26.480, que menciona expresamente al ?asistente domiciliario?, pero el juez con elevado criterio invocó la norma para hacer lugar a la cobertura de acompañante terapéutico.

Vemos así que, aun cuando el artículo 39 inciso d) de la Ley Nº 24.901 menciona el ?asistente terapéutico?, esta ley debe ser entendida también como aplicable para el ?acompañante terapéutico?. Se trata del mismo fin: mejorar la calidad de vida de la persona con discapacidad.

(v) En autos ?M.L.O y Otros c/ OSDE s/ Incidente de apelación? (CNCiv. y Com. Fed., Sala ?I?, 22.09.15), se reconoció cautelarmente a favor del actor la cobertura de un acompañante terapéutico a fin de tratar la enfermedad de esquizofrenia paranoide que lo afectaba

Los jueces rechazaron el planteo de la obra social, referente a qué ?no existe un título habilitante reconocido por autoridad de aplicación para brindar la prestación de acompañante terapéutico, razón por la cual no puede ser otorgada?. Los magistrados sostuvieron que la inexistencia de una carrera profesional de acompañante terapéutico no puede serle opuesta al paciente, y que esto es así puesto que no puede suponerse la imprevisión o falta de consecuencia del legislador. En ese

sentido, aun cuando no exista una carrera de formación de acompañante terapéutico, igualmente la obra social debe tramitar la cobertura de la prestación por intermedio de personal calificado.

También se rechazaron los argumentos de la obra social referentes a qué ?el actor no requiere un acompañante terapéutico sino de un adulto que cuide de él y que evite que se haga daño a sí mismo o a terceros?; y ?su requerimiento debería ser prestado por el servicio doméstico, el que no debe ser cubierto por su parte?.

Aquí también finca la razón por la cual la figura del acompañante terapéutico es completamente abarcativa de cualesquiera sean las necesidades de la persona con discapacidad que tiendan a su mejoramiento, sin necesidad de que quien lleve a cabo las tareas deba ser un profesional.

Finalmente los magistrados precisaron que, aun cuando la actora no había acreditado la discapacidad del menor por medio del Certificado Único de Discapacidad, la prestación debía otorgarse igual a la luz de la Ley Nº 25.421 (Programa de Asistencia Primaria de Salud Mental), la que contempla la prestación del acompañante terapéutico, aunque esta no se encontrase condicionada por el carácter de discapacitado del afiliado.

(vi) En autos ?B.R.A. c/ Hospital Italiano de Buenos Aires Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/ amparo de salud? (CNCiv. y Com. Fed., Sala ?3?, 05.08.15), se hizo lugar a la medida cautelar en virtud de la Ley Nº 24.901 (Sistema único), consistente en la cobertura de los costos referidos a una acompañante permanente para una persona hipoacusica. En la sentencia los jueces resaltaron la ausencia de oferta y personal especializado que cubriera lo recomendado por el profesional tratante de la actora.

(vii) En autos ?S.D. c/ CEMIC s/ Sumarísimo (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15.03.16), se discutió el pedido de tratamiento de equinoterapia e hidroterapia, tratamiento de terapia relacional, medicación Divalproato de sodio y risperidona, y transporte especial desde el domicilio y hasta el establecimiento. Tanto en primera como en segunda instancia se hizo lugar a la demanda, pero la Corte ordenó dictar un nuevo fallo en razón de que el aquo no había analizado el argumento del CEMIC en el que mencionaba era una empresa de medicina prepaga (Ley Nº 26.682) y de que la afiliada había contratado un plan cerrado que determinaba que solo podía atenderse con profesionales de la institución, no estando obligada a cubrir tratamientos y medicaciones que fueron indicados y prestados por profesionales ajenos a su cartilla.

Si bien la Cámara y la Corte deberán dictar una nueva sentencia que considere la defensa del CEMIC respecto a la Ley Nº 26.682, es indudable que la defensa de la accionada merece

desecharse por completo. Ello así, el dictamen de la Procuradora General de la Nación es elocuente al mencionar que, respecto al plan cerrado invocado por el CEMIC, ello no puede constituirse como un valladar para hacer lugar a la demanda en virtud del carácter de la persona con discapacidad que demanda una protección especial y por lo tanto requiere una máxima tutela en virtud de la Ley Nº 24.901. También, en el dictamen se dijo: ?Cabe recordar en este punto que la Corte tiene dicho que si bien las actividades de las entidades de medicina prepaga tienen determinados rasgos mercantiles, éstas también adquieren un compromiso social con sus usuarios en tanto tienen a cargo una función social trascendental -la protección de los derechos constitucionales a la vida, la salud, la seguridad y la integridad de las personas, que está por encima de toda cuestión comercial y les impide invocar las cláusulas de un contrato para apartarse de sus obligaciones legales?.[6]

(viii) En autos ?Piza Joaquín c/ OSDE s/Amparo de salud? (CNCiv. y Com. Fed., Sala ?1?, 2604.16), se discutió el pedido de cobertura de un acompañante terapéutico para una persona con discapacidad, más precisamente una menor que sufría una encefalopatía crónica no evolutiva. En una sentencia ejemplar, los jueces hicieron lugar a la medida cautelar ordenando cubrir íntegramente la prestación conforme a los términos de la Ley Nº 24.901 (refiriendo la amplitud de las prestaciones por esta reconocidas), mencionando que el peligro en la demora justificaba otorgar la medida cautelar aun cuando la empresa de medicina prepaga mencionó que su otorgamiento podría dar lugar a un supuesto prejuzgamiento. No puede soslayarse la mención respecto a la amplitud de las prestaciones reconocidas por la Ley Nº 24.901, lo que ratifica nuestra visión de que el Sistema Único no se agota en prestaciones únicamente médicas. Cabe traer a colación que los magistrados recalcaron que la ausencia de reglamentación del artículo 39 inciso d) de la Ley Nº 24.901, incorporado por la Ley Nº 26.480 y el artículo 3 de la Ley Nº 25.421, no podía perjudicar a la actora y por lo tanto no era un valladar para hacer lugar a la medida cautelar. Con sano criterio, los sentenciantes sostuvieron que la falta de reglamentación de las leyes, según el caso, no las hace inoperativas.

Finalmente es importante que los jueces hayan resaltado la preocupación e incertidumbre de la familia de la menor frente a la inminencia de un daño mayor. En busca de ese norte, los sentenciantes también aplicaron el control de convencionalidad al citar tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin duda una sentencia bien fundada en derecho.

IV. CONCLUSIÓN

Como surge de la legislación y jurisprudencia citadas, el reconocimiento del acompañante terapéutico (en todas sus variantes) no admite dudas, siempre y cuando la persona con discapacidad o su grupo familiar acrediten el Certificado Único de Discapacidad, la orden médica y la evaluación correspondiente. A este respecto, en ciertos casos la acreditación del Certificado

Único de Discapacidad no es excluyente para brindar la cobertura, toda vez que la Ley Nº 25.421 (Programa de Asistencia Primaria de Salud Mental) contempla la prestación sin sujetarla a la acreditación de discapacidad del afiliado.

La cobertura de los costos del acompañante terapéutico debe ser del 100%, no encontrándose sometida a ningún otro requisito adicional, porque el Sistema Único de la Ley Nº 24.901 no lo exige. Por lo demás, la prestación del acompañante terapéutico debe ser otorgada, aun cuando no sea de carácter médico, no se encuentre prevista en las cartillas médicas, se trate de un plan cerrado o abierto (respecto a las empresas de medicina prepaga) o incluso aunque no exista una profesión que reconozca esta disciplina.

En vista de las negativas de los prestadores, deberán los justiciables apelar a otros remedios a fin de evitar estas conductas evasivas, como por ejemplo la figura del daño punitivo prevista en el artículo 52 bis de la Ley Nº 24.240. No debemos olvidarnos, a fin de cuentas, que los afiliados a las obras sociales y empresas de medicina prepaga no dejan de ser usuarios y consumidores, y por lo tanto merecen el amparo previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional. No debe olvidarse que el acompañante terapéutico es fundamental para lograr la autodeterminación de la persona con discapacidad, mejorar su calidad de vida, su autodeterminación y desarrollo personal, lo que sin dudas disminuirá sus limitaciones funcionales y la discapacidad que tenga.

En definitiva, la cobertura de los costos del acompañante terapéutico debe ser total para cualquier prestador de salud, porque ello es reconocido por la Ley Nº 24.901, y por los principios rectores que surgen de la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad? y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y otros tratados en materia de derechos humanos. Aun cuando el artículo 39, inciso d) de la Ley Nº 24.901 incorporado por la Ley Nº 26.480 y el artículo 3 de la Ley Nº 25.421, que reconocen la cobertura del acompañante terapéutico no se encuentran reglamentadas, estas son absolutamente operativas. Tal como tiene dicho la Corte Suprema, la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa.[7]

Por eso es función de los jueces hacer cumplir la ley a través de las vías procesales que arriba mencionamos, porque así lo ha dicho la Corte:

?(?) los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos?.[8]

Las decisiones judiciales que antes hemos mencionado, incluso las de la C.S.J.N., tienen como base el derecho a la igualdad (artículo 16 de la Constitución Nacional), en la medida que reconocen que no pueden tratarse a de la misma forma a personas que se encuentran en desventaja respecto de otras. Son la estricta aplicación de la obligación contenida en el artículo 26 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.[9]

Celebro esas sentencias, pero sí estoy de acuerdo en que los pronunciamientos de los tribunales deben ser fundados en la situación particular de cada persona y de la legislación vigente, pues cuando los jueces caen en dogmatismos y se inclinan exageradamente en contra de los prestadores, estaremos en presencia de sentencias arbitrarias y violatorias del derecho de defensa y propiedad de la otra parte (artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional), lo que no puede admitirse.[10] Todos pregonamos por un estado de derecho en el que la seguridad jurídica sea un estandarte infranqueable.

No ignoro la complejidad del tema desde el punto de vista del análisis económico del derecho que puedan derivarse de sentencias infundadas o bien que los tratados internacionales no otorgan derechos absolutos,[11]pero sí en cada caso deberán extremarse los esfuerzos frente a las necesidades de las personas con ediscapacidad y su grupo familiar.

COMISIÓN 4

IV. **Comisión 4:** Violencia parental, entre pares, familiar, social e institucional.

Ponencia 1 – Comisión 4

Título: Cámara Gesell: entre la demanda jurídica y la particularidad del niño.

Autor/es: Analia Adriana Avalos - Hanya Natalia Costa

Datos y contacto autoras:

Avalos Analia Adriana. Licenciada en psicología
Dirección: Barrio Gregorio Vivas Mzna 10 Casa 37 , Juana Koslay, San Luis.
Correo electrónico:analia_avalos3@yahoo.com.ar
Teléfono: 2664-791732
Lic. Costa Hanya Natalia. Licenciada en psicología
Dirección: España 65 Villa Mercedes, San Luis.
Correo electrónico: hncosta@justiciasanluis.gov.ar
Teléfono: 2664-409977

CÁMARA GESELL: ENTRE LA DEMANDA JURIDICA Y LA PARTICULARIDAD DEL NIÑO

PALABRAS CLAVES: CAMARA GESELL- ABUSO SEXUAL INFANTIL- ENTREVISTA TESTIMONIAL- INTERVENCION PSICOLOGICA

RESUMEN- ABSTRACT

El presente trabajo tiene como objetivo dar a conocer la modalidad de abordaje de los psicólogos, que desempeñamos nuestra labor en el departamento de Cámara Gesell del Poder Judicial de la Provincia de San Luis. Como así también la modalidad de abordaje psicológico dentro de este Dispositivo.

La propuesta se genera a partir de las necesidades detectadas en función de nuestra práctica y experiencia. Hemos percibido la necesidad de un abordaje integral, sostenido durante un tiempo

determinado, para lo cual sería conveniente la constitución de un equipo interdisciplinario, constituido por: un médico pediatra, un abogado y un trabajador social que nos permita construir un diagnostico profundo e integrador de la situación particular del niño y del contexto familiar en que se encuentra. Como así también delimitar intervenciones futuras.

FUNDAMENTACIÓN

Para el logro de este objetivo, es fundamental precisar que nuestra tarea implica necesariamente el entrecruzamiento de dos discursos científicos: el jurídico y el psicológico. En este entrecruzamiento debemos ajustarnos al proceder jurídico como un sistema de normas desde un punto de vista estático y predeterminado, en tanto que nuestro campo de estudio mira las normas desde un punto de vista dinámico de la vivencia humana como sujeto singular con una historia particular y como integrante de un sistema familiar y social.

En este marco, es el Juez quien se reserva la toma de decisiones, requiriendo del auxilio de otros saberes, debido a las características de los conflictos que se presentan los cuales incluyen componentes psicológicos y sociales, siendo nuestra función la de peritos oficiales. En el campo jurídico, el saber psicológico ha sido considerado históricamente un saber *auxiliar* que complementan o informan al saber jurídico y son convocados por éste para diagnosticar, producir prueba y, por tanto para otorgar cientificidad a las decisiones que emanan de las prácticas del derecho.

Dentro las tareas a las que somos convocados los psicólogos en la justicia, existe el dispositivo de Cámara Gesell. La cual posee como objetivo la recepción de testimonio a niños/as y adolescentes victimas y/o testigos de delitos contra la integridad sexual, violencia familiar, y otros que el Juez, a su criterio determine.

Los delitos arriba mencionados se caracterizan generalmente por ser consumados dentro de un ámbito de intimidad y privacidad, entre la víctima y el victimario, siendo silenciados a través de complejos mecanismos psíquicos. El Dispositivo de Cámara Gesell permite abordar los hechos resguardando la integridad del niño. Para ello y de acuerdo a lo estipulado por la Ley provincial de Cámara Gesell, Nº VI-0668/09 es que actuamos en la entrevista testimonial, como interlocutores entre los actores judiciales que realizan la investigación del presunto delito (jueces, secretarios, defensores de menores, defensores oficiales etc.) y el niño víctima y/o testigo. La modalidad única de intervención en Cámara Gesell establecida en nuestra provincia se encuentra adherida a las normativas de UNICEF, allí se establece la necesidad de procurar que las NNyA tengan que declarar por única vez a lo largo del proceso judicial, ante una psicóloga y a través de herramientas tecnológicas que permitan a las partes seguir las alternativas de la entrevista desde afuera del recinto.

El objetivo de este dispositivo es la protección como un valor primordial a alcanzar a lo largo de todo el proceso. Además debe estar orientado a minimizar el estrés experimentado por los niños y a la vez maximizar las oportunidades de obtener pruebas validas y confiables. Es importante que en esta escucha el niño sea tratado con cuidado y sensibilidad teniendo en cuenta su situación personal, sus necesidades, edad, grado de madurez, entre otras.

Todo este proceso judicial tiende a resguardar la seguridad del niño a protegerlo de una posible re victimización, intimidación o amenazas, asegurando la confidencialidad y restringiendo la divulgación de cualquier información que permita la identificación del niño.

MOMENTOS DE INTERVENCIÓN DEL PSICÓLOGO EN EL PROCESO:

Luego que las victimas develan los hechos que afectaron su integridad a un adulto de confianza de su entorno y este recurre a la justicia, el niño debe relatar lo ocurrido en el ámbito judicial.

El Dispositivo de Cámara Gesell permite reducir el alto impacto emocional que conllevaría el relato del niño en presencia directa de los actores judiciales. Ello es posible porque le otorga al niño y al adolescente un espacio de privacidad y un entorno cálido y adecuado brindándole la posibilidad de ser escuchado.

Por otra parte se prioriza el interés superior del niño asegurándole la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, tomando para ello, todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

A continuación se detallan los momentos de intervención del Psicólogo en el Dispositivo de Cámara Gesell como una propuesta de abordaje único establecido bajo Acuerdo Nº711 avalado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis desde el año 2012.

Dicha intervención se denomina “Modalidad de Abordaje Psicológico en Cámara Gesell” consta de los siguientes momentos:

1-. Entrevista previa: constituye el primer encuentro entre el profesional y el niño y posee la finalidad de establecer un clima de respeto y de confianza. En la misma se realiza un recorrido por las instalaciones con el propósito de que el NNyA, se familiarice con el espacio físico y el equipamiento técnico visible. También se brinda información pertinente al proceso, sus diferentes

momentos y características, quienes intervendrán de manera directa o indirecta en la entrevista; por último se indaga respecto del motivo por el cual concurre, y brinda su consentimiento.

2-. Entrevista en Cámara Gesell: en un segundo momento se lleva a cabo la recepción del testimonio, la cual no es una entrevista psicológica o pericial, sino una declaración testimonial que tiene el objetivo de obtener información precisa, confiable y lo más completa posible a cerca de los hechos vivenciados. Al indagar sobre las particularidades de los episodios, se debe tener en cuenta, que seguimos una modalidad de elaboración de las preguntas en las que se parte de una narración libre, luego continuamos con preguntas abiertas y posteriormente con preguntas focalizadas, para que finalmente, quien dirige el acto judicial efectué las preguntas que considere pertinente.

El hecho que la entrevista testimonial sea llevada a cabo por un psicólogo tiene como fin acompañar, contener y sostener al sujeto en un espacio en donde logre expresar su sufrimiento.

3-. Entrevista Posterior: la misma se efectúa con posterioridad, en ella se administran diferentes pruebas psicológicas proyectivas y psicométricas. El interés de esta etapa se centra en la búsqueda de efectos traumáticos producidos por las vivencias relatadas, síntomas, inhibiciones, angustias, síndrome de acomodación al abuso sexual, y diferentes comportamientos o indicadores que se constituyen como efecto y consecuencia de los episodios abusivos.

Las técnicas que se instrumentan se adecuan a las particularidades del caso y suelen ser: Test Persona Bajo la lluvia, Test Casa -Árbol –Persona, HTP, CAT-A, Test Familia Kinética, Test Familia de Animales, Test del animal, Test Dos Personas, Test Desiderativo, Inventario de frases entre otras.

Además se realiza una entrevista al adulto responsable, con el propósito de obtener datos de la historia vital del niño que el profesional considere significativo, como así también la posible aparición de cambios o modificaciones en el comportamiento del niño en la dinámica familiar y en la integración social, a partir de los episodios investigados.

Llegados a este punto, consideramos adecuado aclarar que este momento conformaría lo que se da en llamar pericia psicológica, ya que en varias oportunidades respondemos a puntos periciales solicitados por el juez o las partes, debido a que es un informe que se produce exclusivamente por encargo judicial y culmina en un dictamen que el juez valorara junto a otros elementos para dictar una sentencia.

Hay que mencionar también que el dictamen pericial no es vinculante, sino que coopera en la construcción de la verdad jurídica y tiene como característica que la demanda no se efectúa directamente al profesional, sino que se hace a través de un expediente. A causa de ello la demanda del sujeto no se encuentra presente, tampoco una interrogación subjetiva dirigida al Otro, ya que la verdad que se busca en la justicia es objetiva, e implica la verificación de los hechos.

ELABORACIÓN DE INFORME

Con respecto a la elaboración del informe, podemos decir que éste es el momento en el que el profesional, teniendo en cuenta la totalidad de los datos recabados y fundamentalmente la escucha a un sujeto en su singularidad es que llega a un saber, que dará lugar a su dictamen.

Así mismo que en la Provincia de San Luis, se confecciona el informe, siguiendo lo establecido por el acuerdo Nº 711, en el que se sugiere que debe constar de dos partes:

1) *Análisis del Relato*: este apartado se realiza siguiendo lo estipulado por diferentes especialistas y especialmente el criterio de la especialista en el tema Susan Sgroi, quien propone para la validación del relato, tener en cuenta tres dimensiones.

a) Contenido del relato: en este se identifican cinco elementos que pueden aparecen en forma regular:

- Detalles explícitos de conductas sexuales, referida a las descripciones sobre los incidentes sexuales ubicándolos en tiempo y espacio, que por la edad evolutiva del niño no estaría en condiciones de conocer.
- Referencias a incidentes múltiples, es poco frecuente que el niño revele el episodio abusivo en el momento en que ocurre, o que por temor y vergüenza sostenga que los hechos ocurrieron una sola vez, sobre todo si el abuso es extrafamiliar. Existe un elemento fundamental que facilita que los acercamientos sexuales sean prolongados en el tiempo, es el silencio. Si este elemento aparece en el relato colabora a reforzar su veracidad. Además, es importante obtener detalles colaterales de los diferentes incidentes, ya que permitirían determinar con mayor precisión lo sucedido.
- Presencia de diferentes episodios que ponen en evidencia la complejizacion de la actividad sexual, éstos comprenden acercamientos que implican un menor grado de intimidad a otros que son más intrusivos. A medida que transcurre el tiempo el abusador avanza en el tipo de contactos que establece con su víctima. Se puede determinar en función del tiempo y la duración aproximada de los abusos, el tipo de contacto y el grado de intimidad establecidos.
- Elementos relacionados con el secreto. Las personas que abusan implementan medidas explicitas o tacitas que garantizan el silencio de sus víctimas, por ejemplo: amenazas concretas de daño físico o emocional, demostraciones de daño, coerciones, promesas, sobornos, persuasiones, ofrecen recompensas, dinero, atenciones y trato especiales, efectúan inducciones a creer que serán culpabilizadas, adjudican la responsabilidad de la ruptura familiar, entre otras.

- Detalles colaterales, referidos a la descripción de momentos, situaciones inusuales, a detalles superfluos y significativos asociados a los episodios; así como también de complicaciones o eventos inesperados, descripción de las experiencias subjetivas, sensaciones o sentimientos en el momento del abuso; atribuciones al estado mental del acusado, como por ejemplo: estaba loco o tomado. Otro elemento que refuerza la validez del relato son las denominaciones personales para nombrar los genitales o los episodios ocurridos

b) E*structura* del relato:

- Lógica del relato: debe tener sentido al ser evaluado en su totalidad, no es necesario que sea un relato lineal o secuencial, puede tener ramificaciones, sin que modifique la estructura básica.
- Estructurada del relato: se espera cierto grado de desorganización, es decir que no se presente en forma lineal, sistematizado, rígido, reiterativo o cerrado. Otros elementos esperados son la descripción de los hechos con digresiones espontaneas, variaciones fuera de foco, la inclusión de sentimientos y percepciones propias, sin que altere la coherencia lógica del relato.
- Presencia de abundantes detalles, acerca de personas, interacciones, lugares, momentos en que ocurrían, eventos específicos que enriquecen el relato. La repetición sistemática y rígida de los mismos elementos no cumple con los requerimientos de este criterio.

c) Clima emociona el cual transcurre la entrevista:

- Rechazo llamativo y evitación del tema. Se refieren a conductas marcadamente evitativas, retraimiento, distracciones continuas, intentos de desviar la conversación y la atención sobre el tema, evitación de preguntas, escuchar selectivamente. Si estos elementos aparecen en relación al tema puntual del abuso, demuestran lo conflictivo del tema a abordad y contribuye a validar el relato.
- Sentimientos de vergüenza y temor: Estos afectos caracterizan la transmisión de los relatos e imprimen la particularidad del caso. Son sentimientos que el NNyA, manifiesta en forma espontanea acompañando su relato.

2) *Estado Emocional Actual*: se hará referencia al estado psíquico del sujeto al momento de la evaluación y de la intervención psicológica, como así también la presencia de signos compatibles con vivencias traumáticas de abuso sexual.

PROPUESTA

La modalidad implementada, desarrollada anteriormente permite que el niño brinde su testimonio y sea evaluado por un mismo profesional, evitando dar el mismo en otras dependencias judiciales o por otros profesionales. De acuerdo a lo establecido en la Ley Nº VI-0668-2009 en su Artículo 179 bis 1) Los niños/as y/o adolescentes aludidos sólo serán entrevistados por un psicólogo del Poder Judicial capacitado en la materia, pudiendo ser acompañado por otro especialista cuando el caso particular lo requiera, ambos designados por el Tribunal que ordene la medida, procurando la continuidad del mismo profesional durante todo el proceso; 2) No podrá/n en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho Tribunal o las partes.

Teniendo en cuenta lo establecido por Unicef en el Manual de Buenas Prácticas para el abordaje de niños víctimas y/o testigos de abuso sexual, es fundamental dar lugar a las necesidades del caso concreto, asegurar la protección y el bienestar del niño y la familia en el proceso y una vez concluido el proceso. Para que esto pueda lograrse se necesita un equipo interdisciplinario que nos permita abordar el niño desde diferentes perspectivas logrando una intervención integral, destinada a continuar y sostener las medidas de protección y bienestar del mismo. Este equipo debería estar integrado por un médico especializado en pediatría, que realice el examen médico forense adecuado para el caso, que priorice la atención clínica coordinando las acciones tendientes a promover la salud física del niño; un abogado, que asesore y oriente a la familia acerca de los procedimientos judiciales, que pueda responder consultas y recibir inquietudes relativas al proceso o medidas que se adopten en el caso; un trabajador social quien focalizará su tarea en el acompañamiento y seguimiento del contexto familiar, y escolar del niño, logrando la continuidad temporal del contacto entre el equipo interdisciplinario y el caso a investigar .Por otra parte los psicólogos ofrecerán un espacio de cierre terapéutico que brinde elementos iníciales para el proceso de reparación de las situaciones traumáticas, disminuyendo las posibilidades de vivir nuevos hechos dolorosos.

Esta propuesta sugerida en el marco de la Institución jurídica posee limitaciones con respecto a la prolongación temporal de las intervenciones realizadas por el equipo interdisciplinario. Es oportuno aclarar que dichas intervenciones se encuentran focalizadas en la temática del maltrato y abuso sexual infantil y en la modalidad de las intervenciones con respecto al mismo. La prolongación de dicha intervención no superará los tres meses aproximadamente dependiendo la particularidad de cada caso.

Ponencia 2 – Comisión 4

Título: Consejería Familiar en familias multiproblemáticas basada en la resiliencia familiar.

Autor/es: Sara Patrón Presa

Contacto:

Dirección: Calle Diego de Almagro 247 urb. Santa Patricia, La Molina. Lima, Perú.

Número telefónico: 989 429 125

E-mail: sara.patronp@gmail.com

CONSEJERÍA FAMILIAR EN FAMILIAS MULTIPROBLEMÁTICAS BASADA EN LA RESILIENCIA FAMILIAR

RESUMEN:

En un mundo donde las aproximaciones que se tienen hacia la familia están cambiando debido a los múltiples problemas dentro de la misma; la consejería y resiliencia familiar juegan un rol muy importante como medio óptimo para solucionar dichas contrariedades. En el ámbito social, educacional y mental de cada individuo, la resiliencia es una respuesta ante los posibles factores de riesgo que pueden aparecer en el núcleo familiar ya que reafirma la capacidad de auto reparación de la propia familia. La negligencia, el maltrato infantil, la violencia conyugal, las adicciones, la depresión, entre otros, pueden justificarse debido al mal funcionamiento familiar dentro del contexto social y el grado de ajuste familiar ante las diversas exigencias; sin embargo, ello no limita a la familia ya que siempre se poseen recursos y fuerzas que permiten resolver el problema. En el presente trabajo, se desea presentar a la consejería familiar basada en la resiliencia como herramienta para descubrir o redescubrir dichos factores protectores que permiten a la familia salir adelante y afrontar las dificultades. De ser así, es necesario crear e implementar programas y centros en donde se brinde este tipo de ayuda para la mejora de la capacidad resiliente de cada familia.

PALABRAS CLAVE: Consejería Familiar; Familias Multiproblemáticas; Resiliencia; Abordaje Familiar Breve

INTRODUCCIÓN

La posmodernidad ha traido cambios importantes en las ciencias sociales y humanas. Esto, ¿qué impacto tiene en la familia contemporánea? Es precisa una aproximación acertada a los cambios que ha experimentado la familia (Builes y Bedoya, 2008) para poder abordarla con estrategias y mecanismos pertinentes como lo son la consejería y la resiliencia, que contribuyen a la prevención y promoción de la salud mental.

A partir del año 1981 se reconoce efectivamente el rol preponderante de la familia en la salud, generándose preocupación por el tema, principalmente en el ámbito de la formación de los médicos y psicólogos. El Enfoque de Salud Familiar considera una serie de herramientas, como la consejería familiar, para apoyar el desarrollo de habilidades y destrezas que generen responsabilidad del autocuidado de los integrantes de la familia (Schade, González, Beyebach y Torres, 2010).

En la consejería familiar, el concepto de resiliencia amplía la comprensión del buen funcionamiento de la familia en situaciones de adversidad. Esta es la capacidad de resistir y tener éxito frente a desafíos críticos (Walsh, 2004) como los que, actualmente, las familias están viviendo. Este tipo de abordaje tiene como objetivo identificar y fortalecer los procesos clave que pueden poseer para superar crisis y sucesos estresantes, tanto en el presente como a lo largo del tiempo. No obstante, son pocos los estudios que investigan la familia como factor que contribuye en el desarrollo de la resiliencia individual (De Andrade y Pereira, 2011) creándose así un vacío para actuar dentro del ámbito social y de salud mental.

Debido a que la familia es el núcleo de la sociedad, la cual se organiza de acuerdo a sus finalidades, en un contexto donde se desarrolla una serie de interacciones que implican elementos de crecimiento, de crisis y de creatividad (Borges y Silva, 2010); este tema cobra relevancia ya que la resiliencia permite que la familia se transforme en un ambiente donde es más propenso el tránsito de climas emocionales y de bienestar, donde las diferencias son vividas desde un lugar menos amenazante. En última instancia, esto propicia ambientes adecuados de salud mental (Builes y Bedoya, 2008).

La importancia y pertinencia de la consejería familiar y su relación con la resiliencia repercute a nivel educacional, de salud mental y en el ámbito social. Esto se puede observar en que su impacto se presenta en el reconocer factores de protección familiar para la promoción de respuestas

positivas en el enfrentamiento de las adversidades (De Andrade y Pereira, 2011). Por ende, la consejería familiar y la resiliencia deben permitir una práctica sistemática y de apreciación que constituye una unidad de cuidados, considerando un sistema co-evolutivo y coherente con los cambios necesarios para mantener un funcionamiento adecuado en torno al ámbito biopsicosocial y espiritual del sistema familiar (Borges y Silva, 2010).

Con todo lo mencionado anteriormente, la justificación de esta investigación es teórica en tanto que permite contrastar resultados de un conjunto de investigaciones sobre la consejería familiar en familias multiproblemáticas y su relación con la resiliencia. Y gracias a ello, ofrece evidencia de carácter práctico al sustentar su utilidad en el abordaje de estas realidades para los profesionales que trabajan en este medio.

DESARROLLO DEL TEMA

1. LA FAMILIA Y SU IMPACTO EN LA SOCIEDAD

A pesar de todas las transformaciones que ha sufrido la sociedad, la familia sigue siendo el instrumento de unión entre el individuo, la naturaleza y la cultura. (Borges y Silva, 2010) Por este motivo, se podría decir que la familia puede llegar a ser promotora de la salud o de la enfermedad mental de sus miembros. Los modelos de familia emergidos actualmente la suelen condenar porque, al proponer un ideal abstracto, pueden borrar a los sujetos que la componen y poner en relieve aspectos negativos y disfuncionales. Esta perspectiva podría ofrecer posibilidades humanas y de salud mental para ella y cada uno de sus miembros (Builes y Bedoya, 2008).

1.1. Funciones de la familia

Según González, las funciones que debe cumplir la familia son las siguientes: satisfacción de las necesidades biológicas de los hijos, satisfacción de las necesidades psicológicas de todos los miembros, promover la socialización, cubrir con la economía necesaria para el desarrollo de los miembros y ser un núcleo mediador con otras estructuras sociales (González, 2015).

Cabe señalar que es importante conocer las funciones que cumple la familia ya que de acuerdo a ello la consejería y la resiliencia familiar se proveen de mayor cantidad de herramientas para potencializar o mejorar el funcionamiento de la misma.

1.2. Riesgo y vulnerabilidad familiar

Lamentablemente, existen factores de riesgo en la familia que son variables pero que aumentan la probabilidad de un resultado disfuncional o patológico en un individuo. Este riesgo se puede relacionar con: una exposición cotidiana y crónica a condiciones sociales adversas, como la pobreza; a una exposición a un evento traumático, como el abuso sexual, o una severa adversidad como la guerra o un terremoto; y a una combinación de alto nivel de riesgo con exposición a un evento traumático particular (Gómez y Kotliarenco, 2010).

Por otra parte, el concepto de factor de vulnerabilidad se refiere a variables que incrementan la susceptibilidad a los efectos negativos de los factores de riesgo, por ejemplo, una historia de depresión o baja cohesión familiar. Si bien estos procesos de riesgo y vulnerabilidad tocan a todas las familias a lo largo de su ciclo vital, existe un grupo en el que se concentran dichos procesos, se trata de familias denominadas multi-problemáticas (Gómez y Kotliarenco, 2010).

1.3. Familias multi-problemáticas

Las familias multi-problemáticas son aquellas que se caracterizan por su polisintomatología, es decir, por cadenas de problemas y factores de estrés (negligencia, maltrato infantil, violencia conyugal, adicciones, depresión, entre otros), por crisis recurrentes, desorganización en su estructura y dinámica familiar, patrones de comunicación ambivalentes y empobrecidos, tendencia al abandono de sus funciones parentales y aislamiento o exclusión social (Gómez y Kotliarenco, 2010).

Las familias que cumplen con estos criterios descriptivos se encuentran en todos los niveles socioeconómicos y contextos culturales. Sin embargo, cuando estas dinámicas se dan en un trasfondo caracterizado por deprivación económica y sociocultural crónica, la pobreza se convierte en un factor que influencia su cronificación y las consecuencias son cada vez más difíciles de modificar (Gómez y Haz, 2008).

2. MODELO DE SALUD FAMILIAR Y CONSEJERÍA FAMILIAR

El Modelo de Salud Familiar se basa en el enfoque biopsico-social tomando en cuenta como foco principal de la atención de salud al usuario en el contexto familiar y comunitario. Es decir, la familia es la fuente principal de creencias y pautas de comportamiento relacionadas con la salud y es necesario un acompañamiento en su proceso de salud-enfermedad. Este acompañamiento suele abordarse con la consejería familiar (Schade, González, Beyebach, y Torres, 2010).

La Consejería Familiar es una estrategia de ayuda que parte de la premisa de que todo ser humano pertenece a una familia, a una comunidad, a una sociedad y a un contexto socio-cultural donde los intercambios e interacciones son de mayor beneficio dentro de un clima de mutualidad y reciprocidad. Las personas profesionales de la consejería familiar abordan a cada persona consultante teniendo en mente el organismo vivo o unidad biosistémica a la cual pertenecen, y al establecer la relación terapéutica de manera activa y conjunta se usan estrategias de ayuda integral que conduzcan al bienestar personal y familiar (Montilla, 2010).

Por otra parte, existe la consejería individual con enfoque familiar, pero ésta no constituye en rigor una consejería familiar, puesto que para ella se necesita la presencia de al menos dos miembros de la familia. Por ello, la consejería familiar debe ser un catalizador de procesos familiares, facilitador de cambios y potenciador de recursos familiares donde se trabaje de forma consensuada con la familia y programada en acuerdo con ésta, teniendo objetivos claros, definidos explícitamente y pertinentes a la situación familiar, recalcando que no se trata de aconsejar a la familia (Contreras, 2007).

En resumen, la consejería familiar es la intervención dirigida a una familia que, como producto de una situación nueva -enfermedad seria o incapacitante, o evento estresante familiar- o de la acumulación de condiciones crónicamente nocivas, ha perdido su capacidad de adaptarse al entorno y desarrollar una homeostasis adecuada. Ello implica ayudar a la familia a recuperar una adecuada perspectiva de su problemática, enfocándose en el presente, y tomando decisiones consensuadas y constructivas para todos (Salazar y Jurado-Vega, 2013).

2.1. Objetivos de la Consejería Familiar

Algunos objetivos clave en los que la consejería familiar se debe apoyar son los siguientes: identificar los problemas en cuestión, desarrollar posibles soluciones de acuerdo a la realidad familiar, facilitar cambios en relación a la situación vivida, mejorar los niveles de comunicación entre los miembros y mejorar sus relaciones y comportamientos dentro y fuera del núcleo familiar (Centro ATC, 2010).

2.2. Abordaje familiar breve

Para atender y abarcar los objetivos de la consejería familiar el abordaje familiar breve es un modelo de consejería que recoge las premisas del Modelo de Salud Familiar y trabaja con el

supuesto de que los pacientes tienen los recursos y las fuerzas suficientes para resolver sus problemas. El modelo AFB comprende tres grandes etapas: la pre-consejería, la consejería y la post-consejería familiar (Schade, González, Beyebach, y Torres, 2010).

La pre-consejería familiar tiene como objetivo, por parte del profesional, la interiorización acerca del caso antes de ser intervenido. Luego, la consejería familiar propiamente dicha comprende varias sub-etapas, las cuales son (Schade, González, Beyebach, y Torres, 2010):

a) La co-construcción de la relación lo que corresponde al contacto social con la familia que incluye el conocimiento de las necesidades, peticiones y quejas pertinentes. Aquí se deben definir los objetivos de la familia en relación a lo que desean conseguir con la consejería.

b) La reflexión y análisis para la toma de decisiones, en la cual se sugiere que el consejero haga una reflexión en solitario o con sus colegas, para buscar la mejor forma de ayudar y así determinar el tipo de abordaje a utilizar.

c) El tipo de abordaje a utilizar puede ser: informativo, orientativo o estratégico. El abordaje informativo, consiste en entregar información lo más adecuada posible al nivel de comprensión de la familia. El abordaje orientativo plantea entregar directrices y psicoeducación. Y el abordaje estratégico, se concibe como una intervención que incorpora esencialmente técnicas de las Terapias Breves.

d) La negociación, asignación de tareas y establecimiento de un contrato.

Finalmente, la post-consejería se daría después de la intervención siendo el consejero el que anotaría los aspectos centrales y la fecha de la nueva citación (Schade, González, Beyebach, y Torres, 2010).

3. **RESILIENCIA**

Antes de relacionar la influencia de la resiliencia con la consejería familiar, es sustancial hacerse la siguiente pregunta: ¿Qué hace que ciertas personas puedan sobreponerse a situaciones adversas y hasta en ocasiones salir transformadas por las mismas en beneficio de su entorno? (Calvo, 2009)

La palabra “resiliencia” tiene su origen en el término latín *resilio*, que significa “volver atrás”, “volver de un salto”, “volver al estado inicial”, “rebotar”, fue originariamente usado para referirse a la cualidad de elasticidad y plasticidad de una sustancia. Este concepto ha sido definido por el Webster‘s New Twentieth Century Dictionary of the English Language (1958) como la habilidad de rebotar o volver al estado inicial después de haber sido estirado o presionado o la habilidad de recuperar la fuerza y el espíritu. De igual manera, el American Heritage Dictionary (1994) lo define

como la habilidad para recuperarse rápidamente de la enfermedad, cambio o infortunio. Por ende, la palabra resiliente ha sido generalmente aplicada a las personas que se sobreponen a las dificultades o que han tenido una buena trayectoria de adaptaciones exitosas frente al estrés y a los cambios disruptivos (Villalba, 2013).

Por el contrario, el énfasis en la resiliencia individual llevó a los clínicos a tratar de salvar a los pacientes sobrevivientes en forma individual sin analizar las potencialidades de su familia o incluso a expensas de dar por perdida a ésta o considerarla importante (Villalba, 2004).

3.1. Resiliencia Familiar

La resiliencia es un concepto global, multifacético, asociado con numerosas características individuales y multisistémicas. (Fernández, Parra, y Torralba, 2012) Sin embargo, el concepto de resiliencia familiar amplía los enfoques basados en la fortaleza de una manera útil para la práctica clínica, la práctica socio comunitaria y la investigación. (Villalba, 2013) El concepto de resiliencia familiar reafirma la capacidad de auto reparación de la propia familia. En primer lugar, relaciona el proceso de la familia con los desafíos que se le plantean; evalúa el funcionamiento familiar en su contexto social y su grado de ajuste según las diversas exigencias. En segundo lugar, incorpora una visión evolutiva y no transversal de los desafíos que enfrenta la familia y sus reacciones a lo largo del tiempo (Fernández, Parra, y Torralba, 2012).

Entre los factores que promueven la resiliencia familiar, Walsh (1998) destaca: la naturaleza de la familia, sobre todo, la cohesión, la ternura y la preocupación por los niños dentro de la familia; la relación emocional estable con al menos uno de los padres u otra persona significativa, aunque no necesariamente en todo momento; la disponibilidad de fuentes de apoyo externo, clima educacional abierto, y con límites claros; y el desarrollo de intereses y vínculos afectivos con personas significativas fuera de la familia (Walsh, 1998).

La perspectiva de la resiliencia familiar es un referente importante para el desarrollo de estrategias de prevención e intervención encaminadas a familias en situación de riesgo por su énfasis en la forma como los procesos internos y externos interactúan y afectan su capacidad de transformación ante la adversidad (Walsh, 2005).

3.1.1. Enfoques de la resiliencia familiar

En el estudio de la resiliencia familiar existen varios enfoques, con importantes repercusiones en la práctica (Grau, 2013).

- Resiliencia y respuesta familiar de ajuste y adaptación: El enfoque de resiliencia y respuesta familiar de ajuste y adaptación fue propuesto por McCubbin y McCubbin (1993), y Patterson (2002). Las familias con experiencias de estrés y sufrimiento por una enfermedad crónica pediátrica pueden dar sentido y propósito a su experiencia a través de lo positivo de sus fortalezas y relaciones con el contexto (Grau, 2013). Después de la crisis provocada por la enfermedad, la familia pasa por dos fases: la de ajuste y la de adaptación. En la fase de ajuste, la familia hace pocos cambios, sigue los patrones de funcionamiento ya establecidos, utiliza los recursos y estrategias de afrontamiento habituales y resuelve los pequeños problemas. Si estos cambios no son suficientes y la familia entra en crisis (es decir, en un estado de desorganización y de necesidad de cambios), se pasa a la fase de adaptación. Esta fase supone cambiar los patrones de funcionamiento, buscar nuevos recursos y apoyos, activar nuevas estrategias de afrontamiento y modificar las creencias, metas y valores de la familia (Grau, 2013).

- Resiliencia y procesos clave: Desde una perspectiva más clínica, Walsh (1996) considera la resiliencia como los procesos interactivos que fortalecen al individuo y a la familia en el transcurso del tiempo. Tres son los procesos claves en la resiliencia familiar: el sistema de creencias de la familia, los patrones organizativos por los que se rige, y el tipo de comunicación y de resolución de los problemas. Estos procesos deben regir cualquier intervención de los profesionales que quieran fomentar la resiliencia familiar (Grau, 2013).

- Sistema familiar y enfermedad: Desde este enfoque, Rolland (1994) estudia la resiliencia familiar en el contexto de las enfermedades crónicas. Abarca tres dimensiones: las características de la enfermedad; las fases de la enfermedad; y el ciclo vital individual y familiar, con las variables clave en el sistema familiar como lo son las creencias, la cultura, la etnia, la espiritualidad y el sexo (Grau, 2013).

- Ecológico y de desarrollo: Desde los enfoques ecológico y de desarrollo, se considera que la resiliencia, los modos de ver el mundo y los comportamientos adaptativos de la familia dependen de la pertenencia simultánea y su participación en múltiples contextos: el hábitat (rural, urbano o suburbano), la lengua, la edad, el sexo, la configuración familiar, la raza, la etnia, la religión, la nacionalidad, el estatus socioeconómico, el empleo, la educación, la ocupación, la ideología política, la migración y los estadios de aculturación, las transiciones del ciclo vital familiar, la etapa evolutiva de los niños, el grupo de amigos, los apoyos sociales, la escuela, los servicios sanitarios y otros sistemas.

3.1.2. Aplicaciones del enfoque de resiliencia familiar

El concepto de resiliencia familiar ha sido aplicado recientemente en la terapia familiar, en los programas integrales de intervención clínica familiar, en intervención psicosocial con familias multiproblemáticas (Sousa, 2008), en servicios de terapia ocupacional y salud mental, en el campo de la salud familiar y en el manejo de catástrofes naturales, terrorismo o crisis económicas (Walsh, 2004). A continuación se muestran iniciativas implementadas en Chile que se consideran congruentes con los principios de un modelo ecosistémico de resiliencia familiar, en tres áreas de relevancia pública: la promoción del desarrollo infantil temprano; la prevención secundaria del maltrato infantil y la negligencia parental; y la atención en centros de salud familiar.

Los *Centros de Desarrollo Infantil Temprano* para el apoyo familiar desde el embarazo hasta el segundo año de vida del infante fue un proyecto implementado por el Centro de estudios y atención al Niño y la Mujer (CEANIM) entre el 2006 y 2008 en un total de 15 centros y 829 familias. El proyecto se concentró en fortalecer la díada madre-hijo desde el embarazo hasta el segundo año, en mujeres de bajo nivel socio-económico, viviendo en condiciones de precariedad, riesgo psicosocial y exclusión de las redes locales de apoyo. La principal estrategia fue la visita domiciliaria intensiva, complementada con consejerías, talleres psicoeducativos y cuidado temporal del bebé. La evaluación de resultados pre-post (Kotliarenco, Muñoz, Gómez, y Armijo, 2009), mostró una mejoría estadísticamente significativa en el desarrollo psicomotor de los infantes, observándose un efecto preventivo para casos con normalidad inicial y nivelador para casos en riesgo inicial ($N=166$, $p<0.05$).

Por otra parte, *Viviendo en Familia* es un programa para la prevención secundaria del maltrato infantil y la negligencia parental, implementado por la Protectora de la Infancia en 11 centros con un total de 900 niños y sus familias. Un primer estudio demostró una adecuada focalización en su población objetivo, acogiendo familias con elevados niveles de estrés, riesgo y vulnerabilidad (Gómez, Cifuentes y Ross, 2010). El programa fue diseñado articulando el marco de la resiliencia y la teoría eco-sistémica del maltrato infantil; busca revertir la trayectoria de deterioro familiar, activando sus recursos, competencias y procesos de recuperación; disminuyendo los niveles de tensión y estrés familiar; y aumentando sus niveles de buen trato, protección y autonomía. Usando la escala de evaluación Familiar (NCFaS), se evalúan dificultades y fortalezas en cinco áreas: entorno, competencias parentales, interacciones familiares, protección familiar y bienestar del niño (Valencia y Gómez, 2010) y el plan de trabajo se co-construye con la familia y redes significativas. los servicios ofrecidos son consejerías, visitas domiciliarias, terapia breve, talleres y articulación de la red de apoyo. Una evaluación de proceso dio cuenta de la correcta implementación del modelo, logrando una valoración positiva por todos los actores involucrados.

Por último, se implementó un modelo de consejería familiar, denominado *Abordaje Familiar Breve*, mencionado y descrito anteriormente, evaluando sus resultados en 128 pacientes con trastornos somatomorfos atendidos en siete Centros de Salud Familiar de la red de atención primaria (Schade

et al., 2010). Es interesante que aunque el diagnóstico de ingreso era trastorno somatomorfo, la queja principal reportada por los pacientes era con la pareja y familia en un 58,5%. Las sesiones variaron entre 1 y 5, con un promedio de 3, y se obtuvieron resultados positivos en el 75,8% de los casos.

Aunque en ninguna de estas experiencias pueda realizarse atribuciones causales por falta de un grupo de control, sus resultados positivos son estimulantes respecto al potencial de este tipo de programas en el país. Se consideran ejemplos del tipo de iniciativas diseñadas e implementadas en Chile que resultan coherentes con el marco de la resiliencia familiar. Las tres experiencias descritas enfatizan los recursos y potencialidades de cambio y crecimiento de las familias atendidas, por sobre el déficit y la patología, y trabajan activamente por construir una relación respetuosa y colaborativa con las familias.

3.1.3. Ventajas de un marco de trabajo en resiliencia familiar

Un cuadro de trabajo en resiliencia familiar ofrece muchas ventajas. Por definición, se focaliza en las fortalezas que subyacen al estrés en medio de una crisis o antes una adversidad por venir. En segundo lugar, asume que no existe un solo modelo que se adapte a todas las familias y a sus situaciones singulares. El funcionamiento es evaluado en contexto, es decir, en relación con los valores, estructura, recursos y desafíos de vida de cada familia. En tercer término, los procesos para el funcionamiento óptimo y el bienestar de los miembros de la familia se considera que varían a lo largo del tiempo, en la medida en que los desafíos proliferan y las familias evolucionan según su ciclo vital. Puesto que no hay un modelo único que se adapte al patrón de salud familiar, la perspectiva de la resiliencia familiar, dentro de la consejería familiar, se apoya en la profunda confianza del potencial de la familia para recuperarse y crecer más allá de la adversidad (Wolfson, 2014).

CONCLUSIONES

- La familia es el núcleo de la sociedad y está siendo constantemente influenciada por las ideas contemporáneas de la actualidad. A pesar del cambio, la familia siempre será una fuente de salud mental sumamente importante ya que es ahí donde se forjan las relaciones interpersonales y rasgos elementales de la persona.

- La consejería familiar es una herramienta útil para poder abordar a la familia en situaciones adversas o de crisis. Esto se debe a que busca ayudar a los miembros de la familia a través de la prevención y promoción de la salud mental según el contexto en el que se encuentra. Cabe

señalar, que la consejería familiar debe tomar en consideración el concepto de resiliencia familiar para poder analizar las potencialidades de la misma y cambiar factores de riesgo que pueden volver vulnerables a los miembros de la familia.

- La resiliencia familiar es un concepto que se basa en las fortalezas de la familia, incluyendo la relación parental, de pareja, entre hermanos y de familia extensa. Esta tiene repercusiones positivas en la familia ya que sus miembros tienen un mejor rendimiento (escolar y laboral), y un mejor bienestar personal y emocional, con la consiguiente mejora de la calidad de vida en su conjunto. Sin embargo, se puede decir que el rol del profesional es fundamental ya que puede estimular la resiliencia familiar, como se observó en las iniciativas en Chile, ya sea disminuyendo las demandas y tensiones que sobrepasan a la familia, promoviendo y movilizando sus capacidades, fortalezas y recursos disponibles y estimulando la cohesión o conexión relacional.

- Los diseños de investigación en resiliencia familiar deben ser longitudinales, incluir mediciones anteriores y posteriores a una crisis, recolectar información a nivel familiar (no únicamente individual); como también, deben ser sensibles al contexto de la familia y a los estresores examinados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Borges, Z., y Silva, M. E. (2010). Promoción de la esperanza y resiliencia familiar. Prácticas apreciativas. *Investigación y Educación en enfermería*, 250-257.

- Builes, M. V., y Bedoya, M. (2008). La familia contemporánea: relatos de resiliencia y salud mental. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 344-354.

- Calvo, L. (2009). *Familia, resiliencia y red social: un abordaje experiencial en el trabajo social con familias.* Buenos Aires: Espacio Editorial.

- Centro ATC. (Mayo de 2010). *Consejería Familiar.* Recuperado 8 de Junio de 2016 de Centro ATC - SSM: http://www.centroatc.com/consejeria-familiar/

- Contreras, J. L. (10 de Noviembre de 2007). *Conceptualización de Consejería Familiar.* Recuperado 8 de Junio de 2016 de Salud Familiar: http://cambiodemodelo.blogspot.pe/2007/11/conceptualizacin-de-consejera-familiar.html

- De Andrade, M., y Pereira, S. (2011). Resiliencia familiar: nuevas perspectivas en la promoción y prevención en salud. *Revista Diversitas - Perspectivas en psicología*, 43-55.

- Fernández, J., Parra, B., y Torralba, J. (2012). Trabajo social con familias y resiliencia familiar: un análisis de la relación entre ambos conceptos. *Revista Atlántida*, 91-102.

- Gómez, E., Cifuentes, B. y Ross, M.I. (2010). Previniendo el maltrato infantil: descripción psicosocial de usuarios de programas de intervención breve en Chile. *Universitas Psychologica*, 9(3), 817- 833.

- Gómez, E., y Haz, A. M. (2008). Intervención Familiar Preventiva en Programas Colaboradores del SENAME: La Perspectiva del Profesional. *Psykhe* , 53-65.

- Gómez, E., y Kotliarenco, M. A. (2010). Resiliencia Familiar: un enfoque de investigación e intervención con familias multiproblemáticas. *Revista de Psicología*, 103-132.

- González, C. (15 de Agosto de 2015). *Consejería Familiar.* Recuperado 5 de Junio de 2016 de Medicina de Familiares: http://www.medicinadefamiliares.cl/Trabajos/consejeria.pdf

- Grau, C. (2013). Fomentar la resiliencia en familias con enfermedades crónicas pediátricas. *Revista Española de Discapacidad*, 195-212.

- Kotliarenco, M. a., Muñoz, M.,Gómez, E. y Armijo, I. (2009). Evaluación pre-post del desarrollo psicomotor y el estilo de apego en los usuarios de los Centros de Desarrollo Infantil temprano. *SUMMA Psicológica UST,6* (2), 89-104.

- Montilla, E. (Agosto de 2010). *Acerca de la Consejería Familiar.* Recuperado 6 de Junio de 2016 de Centro de Consejería Profesional y Familiar MCT: http://www.consejeriaprofesional.org/pg_cons-familiar.php

- Salazar, M., y Jurado-Vega, A. (2013). Niveles de Intervención Familiar. *Acta Médica Peruana*, 37-41.

- Schade, N., González, A., Beyebach, M., y Torres, P. (2010). Trastornos somatomorfos en la atención primaria: Características psicosociales y resultados de una propuesta de consejería familiar. *Revista Chilena de Neuro-psiquiatría*, 20-29.

- Sousa, L. (2008). *Strengthening vulnerable families.* New York: Nova Sciencie Publishers.

- Valencia, E. y Gómez, E. (2010). Una escala de evaluación familiar eco-sistémica para programas sociales: confiabilidad y validez de la NCFaS en población de alto riesgo psicosocial. *Psykhé, 19*(1), 89- 103.

- Villalba, C. (2004). El concepto de resiliencia individual y familiar. Aplicaciones en la intervención social. *Intervención Psicosocial*, 283-299.
- Villalba, C. (2013). El enfoque de resiliencia en trabajo social. *Revista de psiquiatría y psicología del niño*, 58-88.
- Walsh, F. (1998). *Strengthening family resilience.* New York: Guilford Press.
- Walsh, F. (2004). *Resiliencia familiar: estrategias para su fortalecimiento.* Buenos Aires: Amorrortu.
- Walsh, F. (2005). *Fortalecendo a Resiliência Familiar.* São Paulo: Roca.
- Wolfson, L. (2014). Resiliencia familiar: un marco de trabajo para la práctica clínica. *Sistemas Familiares,* 76-97.

Ponencia 3 – Comisión 4

Título: Declaración Especializada de niños y adolescentes víctimas o testigos de violencia sexual: la experiencia brasileña.

Autor/es: Maria Isabel de Matos Rocha

Datos autora:

Maria Isabel de Matos Rocha

Función: Juez Superior del Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul, Brasil
Titulación académica: Máster en Derecho Civil (Universidad de Coimbra, Portugal)

"DEPOIMENTO ESPECIAL" ("DECLARACIÓN ESPECIALIZADA") DE NIÑOS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS O TESTIGOS DE VIOLENCIA SEXUAL: LA EXPERIENCIA BRASILEÑA

BREVE SÍNTESIS DE LA PROPUESTA.

El trabajo relata la experiencia de la técnica de "depoimento especial", que es un modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles desarrolada por el Poder Judicial del Brasil, en los servicios implantados en el Estado de Mato Grosso do Sul .

Se trata de una técnica especializada para la escucha de infantes y adolescentes testigos o víctimas de violencia, en audiencias judiciales en tribunales, que en gran parte envuelven actos de violencia de género y del tipo sexual, que tiene en vista reducir el sufrimiento y los daños psicológicos de los declarantes víctimas, así como generar prueba más segura para la responsabilización de los agresores.

Este trabajo informa acerca del sistema especializado implantado por el Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul desde 2014, que ya cuenta con centenas de audiencias y declaraciones, analisa datos estadísticos del servicio, describe la técnica, informa sus dificultades, limitaciones y resultados.

Por fin, presenta propuestas para que este sistema de escucha logre sus objetivos de proteger a la víctima y obtener una prueba más segura:

1) Que el Poder Judicial dé prioridad a la instalación deste modelo en todas las comarcas, con capacitación de entrevistadores y instalación de más Juzgados especializados.

2) Que la producción antelada de prueba de declaración especial de infantes y adolescentes sea garantizada mediante acciones integradas que permitan la entrevista temprana de la víctima, evitándose la repetición de su narrativa ante varios órganos de atendimiento;

3) Que el servicio de declaración especializada cuente con mecanismos de monitoramiento y evaluación continuada de su funcionamento y resultados, así como de sistematización de sus datos estadísticos, con su divulgación a la sociedad en general;

4) Que haya otros instrumentos complementarios que ayuden a construir una visión preocupada con la prioridad de los niños y con las cuestiones de género, como por ejemplo: capacitación permanente de Jueces, agentes del Ministerio Público, Defensores, Abogados y equipos psicosociales visando una actuación no machista ni adultocéntrica y promoción de estudios, seminarios y divulgaciones permanentes sobre la violencia contra los niños y los mecanismos judiciales de su protección.

"Depoimento Especial" ("Declaración Especializada") de niños y adolescentes víctimas o testigos de violencia sexual: la experiencia brasileña

"No se protege los niños dejando de escucharlos"
(Veleda Dobke)

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo relata la experiencia de la técnica de "depoimento especial", que es un modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles desarrolada por el Poder Judicial del Brasil, en los servicios implantados en el Estado de Mato Grosso do Sul .

Se trata de una técnica especializada para la escucha y toma de declaraciones de niños y adolescentes testigos o víctimas de violencia, en audiencias judiciales en tribunales, que en gran parte envuelven actos de violencia de género y del tipo sexual, donde la vulnerabilidad de las víctimas justifica una declaración especializada, teniendo en vista reducir el sufrimiento y los daños psicológicos de los declarantes víctimas, así como generar prueba más segura para la responsabilización de los agresores.

Este trabajo informa acerca del sistema especializado implantado en el Estado de Mato Grosso do Sul desde los años 2014, que ya cuenta con centenas de declaraciones, hechas por niños y adolescentes. El estudio relata cómo surgieron las prácticas de escucha especial en el panorama internacional, en Brasil y en el Mato Grosso do Sul, se refiere a motivaciones y precursores, informa fundamentos legales, describe la técnica y apunta dificultades, contribuciones positivas y limitaciones.

También analisa datos estadísticos del Servicio implantado por el Tribunal de Justicia de Mato Grosso do Sul, relatando resultados y limitaciones. Y por fin, presenta propuestas para que este sistema de escucha logre sus objetivos de proteger a la víctima y obtener una prueba más

segura.

FUNDAMENTACIÓN

1. Dificultades y limitaciones en el sistema tradicional de toma de declaraciones de infantes y adolescentes víctimas de violencia

Cuando un niño o adolescente cuenta que fue víctima de violencia sexual (especialmente si el abuso es intrafamiliar), puede no alcanzar la credibilidad de sus familiares, porque la família busca preservar el equilibrio de las relaciones existentes. También en las instancias sociales y del poder, la víctima puede sentirse descreída, cuando es obligada a repetir los relatos muchas veces.

Las instancias judiciales en general no poseen un ambiente protegido para el niño le pueda *relatar* esa experiencia traumática de abuso, ni profesionales capacitados para oír, por lo contrario, tales ambientes son permeados de "*una cultura adultocéntrica tomada por unas formalidades que llegan cerca de lo absurdo, dado los rigores en los actos procesales"*[1], por eso, estas escuchas generan revictimación o victimación secundaria derivada de la "violencia institucional".

En la declaración tradicional, el infante está sujeto a cruzarse con el agresor en los pasillos del Juzgado, y tiene que hablar en el ambiente formal de una sala de audiencia judicial, en la presencia de adultos, casi siempre figuras masculinas del poder (Jueces, Fiscal del Ministerio Publico, abogados y el próprio agresor) respondiendo a preguntas que las partes le hacen directamente (según prevé el art. 212 del Código de Procedimientos Penales de Brasil).

Ese salón de audiencias es un ambiente hostil al infante, por la postura inquisidora y de confrontación de los profesionales del Derecho que utilizan tratamiento de ceremónia y formal[1], además utilizan un lenguaje técnico incompreensible para los infantes[1], no respetan su lenguaje, su tiempo, su silencio[1], o mismo dan muestra de duda acerca de su palabra o conduta, con preguntas agresivas, irónicas, inductoras o sugestivas, que pueden de alguna manera, culpar la víctima.[1]

Además de eso, la víctima tiene que gerenciar el peso de la responsabilidad que indevidamente recae sobre ella, por el riesgo de la condenación del agresor, por el miedo de la disolución de la família, miedo de reprimiendas del agresor, además del dolor de la memoria (ante las repetidas inquiriciones).[1]

El ambiente intimidante, la formalidad y la frialdad de las prácticas judiciales generan sentimientos de verguenza, sufrimiento muchas veces expuesto por el llanto o silencios invencibles; eso explica la dificultad de los infantes en sostener sus depoimientos en momentos sucesivos (GOODMAN et al., 2009), y si el infante está abalado psicológicamente, no habla o habla poco, su testigo puede ser inseguro y no ser validado como prueba, impidiendo así la condenación del agresor y generando impunidad.

El llanto y los silencios angustiados de las pequeñas víctimas fueron alertando y sensibilizando a los jueces y sus equipos hasta que ellos reconocieron: "*nosotros no estamos*

capacitados para ésto!". De ahí surgió la preocupación en adaptar los actos de escucha a la condición de mayor fragilidad del infante, mirando disminuir los daños psicológicos y también obtener una prueba mejor: así nascieron las prácticas de declaraciones especializadas, adoptadas en varios países, a partir de parámetros de la normativa internacional.

2- La escucha especializada de los infantes y adolescentes y su inspiración en la normativa internacional

Muchos cuestionan: "*?Seria mismo necesario oir al infante víctima*?"

Algunos defienden que se dispense el relacto de la víctima, para mejor protegerla y no revitimizarla, pero así, el infante puede sentir que el adulto no quiere oír su experiencia, de la misma manera como las personas no querian creer en el abuso, y así se refuerza el abuso con el secreto que pude llegar a un síndrome de acomodación o incluso causar la retractación de las declaraciones.

Cabe recordar que la declaración de la víctima menor de edad muchas veces será la prueba principal, por vários motivos: a) dada la ausencia de testigos (ya que sobretodo el abuso sexual intrafamiliar es crimen cometido en la clandestinidad, en la intimidad del ambiente hogareño); b) en vista de la ausencia de lesiones o vestigios que puedan ser constatadas en la investigación del experto médico legal, en algunos crímenes sexuales que no consisten en relaciones sexuales completas que puedan dejar vestígios[1]; c) una vez que la investigación del experto médico legal no siempre pude ser conclusiva, porque hecha mucho tiempo después de lo ocurrido (sobretodo en los casos de abuso intrafamiliar, que según los investigadores es uno de los más frecuentes[1], y es el que más tarda en ser revelado por los infantes y noticiado a las autoridades[1]).

Entonces, la declaración del infante en el proceso criminal muchas veces es la única prueba posible, y si dispensada, puede impedir la responsabilización criminal.

La normativa internacional obliga a respetar el interés y la opinión del niño en todo lo que le dice respecto, en función de su edad y maturidad.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1990, en su Artículo 12, § 2º, garantiza el derecho del niño ser oído y que su opinión sea llevada en cuenta en *"todo proceso judicial o administrativo que afete a lo mismo, sea directamente, sea por intermediación de un representante o órgano apropiado en conformidad con las reglas procesales de la legislación nacional."*

A menudo se aplica dicho principio en las aciones judiciales en *Juzgados de Familia*, de *Niñez* y Adolescencia, cuando la opinión del niño es relevante para decidir sobre la guardia o adopción, pero también debe hacerse en el proceso criminal que cuida de los crímenes sexuales, porque este puede cumplir función reparadora para la víctima, y por lo tanto es proceso también de su directo interés[1].

Además, ese resultado del proceso criminal (condenar o no, encarcelar o no el agresor, que puede ser familiar de la víctima) puede generar drásticos cámbios familiares, alteraciones de guardia de infantes o pérdida del poder familiar de los padres, entonces, se justifica que el infante sea siempre oído, pues se trata de su vida que se está decidiendo.

Claro que ese interés de oír a los infantes tiene límites de respeto a su silencio e intimidad, por eso, si los niños prefieren no hablar, *"deben de ser respetadas las condicones subjetivas que muchas veces los ponen sin condiciones de expresarse sobre la violencia vivida o vista*". (AMORIM, 2010,P.5).

La normativa internacional trajo parámetros para esa declaración especializada. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, en 25 de mayo de 2000, el Protocolo Facultativo para la Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada por el gobierno brasileño (BRASIL, 2004), reconociendo la necesidad de proteción de los niños víctimas y testigos en todas las etapas del proceso judicial criminal, debiendo el Estado informar sobre sus derechos y el andamiento de los procesos, considerar sus opiniones, darles apoyo, proteger su privacidad y seguridad, evitando tardanza sin necesidad en los procesos.

La Resolución 20/2005 (ECOSOC, 2005) Del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sigue en el mismo sentido: reconoce el niño víctima como capaz de hablar y de testigo, valora su protagonismo y garantiza su derecho a la privacidad, reparación y ayuda ,debiendo ser tratado con dignidad, ser protegido de discriminaciones, ser informado, ser oído y ser protegido de sufrimientos en el proceso, y recomienda, incluso, reducción del número de declaraciones (por ejemplo, utilizándose grabaciones en video).

La publicación "*Declaración sin miedo (?) : culturas y prácticas no revitimizantes: una cartografia de las experiencias de tomada de declaración especial de niños y adolescentes*"[1] identificó prácticas de declaración especial de infantes y adolescentes en procesos judiciales en 28 países en los cinco continentes, siendo el mayor número de experiências en países de Europa (36%) y América Del Sur viene en segundo lugar (25%).

La "Cartografia" relata prácticas de declaración especial que se iniciaron em la década de 1980 (Israel, Canadá y Estados Unidos), y tuvieron lento crecimiento hasta el año 2000, ocurriendo una mayor aceleración a partir de 2005, com la Resolución Ecosoc nº 20/2005: a partir de ahí, el número de experiencias de declaración especial practicamente duplicó[1].

En 2011, el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa editaron la Directiva 2011/92 EU con recomendación específica sobre la declaración especial de infantes y adolescentes[1]

En América Latina, el marco de implantación de esas experiências ocurrió en Argentina que reglamentó en 2003 la utilización de la Cámara Gesell, por medio de la Lei Federal nº 25.852/2003 de autoria de Dr. Carlos A. Rozanski, Juez Federal. El uso de esa Cámara ya ocurría con fines terapéuticos desde el año de 1990, influyendo los países de América Del Sur y Central. En Brasil, la "declaración especial" empieza a partir de 2003, como será relatado.

3. <u>Descrición y objetivos de la técnica de inquirición especializada de infantes y adolescentes víctimas de violência</u>

?Cómo se debe hacer la escucha especializada de infantes y adolescentes?

Las metodologías recomiendan el uso de técnicas especializadas de entrevistas judiciales, con grabaciones en video para crear un registro fiel de declaraciones del infante.

La toma de declaraciones sigue basicamente dos abordajes: "*Closed Circuit Television* " (CCTV) y Cámara de Gesell. La gran mayoría de los países utiliza el sistema CCTV, que colecta declaraciones por medio de un circuito cerrado de televisión y de videograbación. Los otros 34% de los países utilizan la Cámara Gesell, que utiliza dos ambientes separados por un espejo unidirecional.

La experiência de Inglaterra tuvo marco legal en 1991, por medio de *Criminal Justice Act* (Ley de la Justicial Criminal), que permite la videograbación de declaraciones de infantes víctimas o testigos en procedimientos penales y su utilización como prueba principal.[1]

La Cámara Gesell consiste de dos salones divididos por espejo (espejo de un lado y vidrio transparente por otro lado), el infante sabe de todo que está siendo grabado y filmado, el entrevistador establece un buen "rapport" inicial con el infante y la entrevista es semi conducida.

En algunos países se exige que la entrevista sea grabada y filmada en un único momento y no sea repetida para que no sea revitimizado el infante (en Peru la llamada "sala de entevista única" fue implantada en 2006).

En Brasil, el infante es acogido en ambiente separado de la sala de audiencia y allí es oído por profesional experto en el uso de entrevista cognitiva; la toma y registro de declaración son hechos por teleconferencia, utilizando dos ambientes separados y equipajes electrónicos para registro de audio y de imagen, en sigilo procesal, con acceso solamente por las partes y profesionales del proceso.

4. Marcos legales y práctica de declaración especial en Brasil

El Brasil es signatario de la Convención Interenacional sobre los Derechos de los Niños y sus arts. 3º y 12 tienen princípios repetidos en el "Estatuto da Criança e do Adolescente" en los artículos 18, 28§ 1º y 100, párrafo único, inciso XII, consagrando la obligatoriedad de escucha de infantes y adolescentes y de la asesoria de equipo técnica interprofesional.

Pero no hay reglas expresas en la ley brasileña que conternplen la especificidad de la declaración infantil y juvenil.

Algunos dispositivos del "Código de Processo Penal" de Brasil señalan para un respeto mayor y humanización en la inquirición de la víctima: es el caso del art. 201§ 4º del CPP (reserva espacio en separado al ofendido), § 5º (encamina al ofendido para atendimiento multidiciplinar psicosocial, asistencia jurídica y salud) y § 6º (preserva la intimidad, honor e imagen del ofendido, incluso con sigilo de los procedimientos).

El art. 217 del CPP dice que el testigo debe deponer en sala de audiência con la presencia del reo, pero el Juez pude usar la vídeo conferencia o mandar sacar al reo del salón, prosiguiendo con la presencia de su defensor, si nota que la presencia del reo causará temor, inseguridad, humillación o intimidación del deponiente.

El CPP prevé la producción antelada de pruebas urgentes (CPP, art. 156, I y art. 225) en tiempo corto después del hecho. En caso de infantes, ellos deben ser oídos pocas veces y por pocos profesionales, en respecto al principio de la intervención mínima y precoz, previsto en el art. 100

del Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA).

Esas normas procesales aún son tímidas para garantizar la inquirición especializada de infantes con respecto a las condiciones peculiares de su desarrollo, entonces, las prácticas revitimizantes persisten en Brasil, como señaló Veleda Dobke, que apuntó los daños secundarios de la inquirición, causados a las víctimas del abuso sexual infantil[1].

Esta situación solo empezó a cambiar a partir de los estúdios de Dobke y la implantación de la experiência pionera del 2º Juzgado de Niñez y Juventud de Puerto Alegre, RS, en 2003, tomando el frente el Juez José Antonio Daltoé, que inauguró una escucha de infantes más humana y diferenciada.

En los Tribunales se fueron legalizando esas prácticas. El Superior Tribunal de Justiça de Brasil legalizó la producción antelada de prueba de declaración especial de infantes y adolescentes, justificando con la necesidad de protección a la víctima, y la *"posibilidad de olvido de los ocurridos por los posibles traumas psicoemocionales sufridos por el próprio decurso del tiempo, sin perjuício de influencias ocasionadas por presiones en el seno familiar"*[1] .

La práctica brasileña de declaración especial fue tema de investigación realizada entre 2011 y 2012, con colecta de datos del sistema judicial, redundando en la publicación *"Cartografia Nacional das experiências alternativas de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais no Brasil: o estado da arte*"**,** que presenta el mapeamiento y la compilación de esos datos estadísticos[1].

Fueron identificadas 42 experiencias desarrolladas en 15 estados brasileños y en el Distrito Federal. Sus autores afirman que la experiencia iniciada em Rio Grande del Sur constituyó ***" un divisor de aguas en la temática del testigo infantil en Brasil por su alto poder de replicación"***, una vez que el número de salones cresció más de 20 veces desde 2003, cuando fue creado ese primer salón de declaración especial.[1]

En 2010, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) reconoció la necesidad de una declaración adaptada a las condicones del niño y del adolescente, al editar la Recomendación nº 33/2010 que orienta los Tribunales a: I – que implanten un sistema de videograbación en ambiente separado del salón de audiencias; II – que realicen la escucha con profesionales capacitados en el uso de entrevista cognitiva, III – que esclarezcan al infante o adolescente sobre el motivo y efecto de su declaración; IV – que presten apoyo y encaminamientos médicos y asistenciales de la víctima y familiares; V – que garanticen el principio de la actualidad cogendo la declaración en el tiempo más aproximado de la fecha del conocimiento del hecho.

En Brasil, la "declaración especial" ocurre sobretodo em procesos criminales y procesos de la Niñez y Juventud y los entrevistadores son en la mayoría psicólogos o asistentes sociales de los equipos judiciales[1] pero no es obligatoria la cualificación de psicólogo para ser entrevistador, lo que abre un abanico de opciones de capacitar otros servidores para tal actuación, en casos de pocos equipos psicosociales.

5. "Depoimento especial" (declaración especial) en Mato Grosso do Sul

El Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul reglamentó la Declaración Especial mediante la PORTARIA Nº 548/2014, que prevé la videograbación para registro de la declaración: el infante le habla al entrevistador en un salón en separado frente a la cámara de video y micrófono de ambiente, y el entrevistador se comunica con el Juez, el agente del Ministerio Publico, el abogado (que están en outra sala), a través del micrófono de solapa y punto de sonido en el oído, mientras ellos asisten a la declaración del infante en tiempo real por una televisión.

El entrevistador acoje al infante o adolescente y su responsable y usa preferentemente la técnica de Entrevista Cognitiva, iniciando con la acojida ("rapport"), después el entrevistador incentiva el relacto libre del hecho, repasa preguntas hechas por los profesionales del derecho que asisten en el otro salón, evitando preguntas sugestivas, impertinentes, agresivas, prefiriendo preguntas abiertas para no inducir al declarante, y aún respetará eventuales silencios y manifestaciones emotivas del infante así como su derecho de no hablar.

El art. 7º de la nombrada Portaria estableció como parámetros: 1) el principio de la actualidad, disminuyendo el tiempo entre el conocimiento del hecho y la declaración; 2) la participación del Ministerio Público, y de la Defensoria Pública o abogado; 3) la presencia solamente del entrevistador y del declarante en la sala de declaración (permitido un responsable por el infante si necesario); 4) la grabación en audio e imagen de la declaración con sigilo del archivo audiovisual; 5) la degrabación del audio para acceso por las partes del proceso.

El registro visual y verbal constituye documentación de las gesticulaciones y expresiones faciales, señales, miradas, además de la palabra, que pueden ser revistos mucho tiempo después por otros profesionales (incluso en casos con recursos de las sentencias).

La previsión de rápida escucha de la víctima en juício (lo más cerca posible de la fecha de los hechos) abre espacio para la producción antelada de prueba, que puede ser consultada en varias etapas procesales y disponible en otros procesos del niño, evitando así, que el infante tenga que repetir su habla en vários momentos.

El art. 6º prevé la atuación de un Equipo de Protección, que encamina a la víctima o su família a los servicios de apoyo y assitencia a la salud física y psíquica, cuando necesario y los artículos 13 y 14 prevén el Programa de Evaluación Continuada visando padronización de los procedimientos y monitoramiento de los resultados.

La reglamentación del Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul dejó en abierto el área de formación del entrevistador, no exigiendo que sea un psicólogo, pues la experiencia mundial indica que otros profesionales pueden ser entrevistadores, desde que sean capacitados en el uso de la entrevista cognitiva[1].

Entonces pueden ser capacitados entrevistadores de várias áreas (áreas humanas y de salud, educadores, pedagogos o juristas); Todavia, como ese tema de la entrevista cognitiva es de conocimiento de los psicólogos, eso se vuelve naturalmente más fácil a ellos, esa habilidad, lo que explica su actuación en muchos países[1]

5. La consagración legal del " depoimento especial (“declaración especial”)

La consagración en la ley bralileña de la "declaración especial" deberá ocurrir con la aprovación del Proyeto de Ley nº 3792/2015, que todavia depende aún de la aprovación en el Senado Federal. Esa ley establecerá el sistema de garantia de derechos del infante y adolescente víctimas y testigos de violencia y consagra el derecho del infante a ser oído y el modo cómo eso debe ser hecho.

El art. 8º prevé acciones articuladas de los sistemas de justicia, seguridad pública, asistencia social y salud, para la humanización del atendimiento, no revictimación de las víctimas y responsabilización del agresor, con capacitación interdisciplinar de profesionales y atendimiento coordinado, célere y prioritario, además, con mucho más urgencia cuanto más joven sea la víctima.

En sus incisos el artículo 8º prevê: VI identificación de situaciones que preconicen antelación del atendimiento a la víctima; VII – reconocimiento de interdependencia de los campos de acción entre seguridad, asistencia social y salud; VIII – integración del atendimiento, con entrevista evaluativa de la víctima y evitándose la repetición de su relacto ante otros órganos de atendimiento.

El art. 5º establece que el infante debe "*VI* – ***ser oído, expresar sus opiniones y preocupaciones y participar, a la medida de su desarrollo y de su voluntad, de las decisiones que le digan respecto, así como permanecer en silencio".***

El artículo 4º, § 3º prevé la atención a la víctima en la forma de: 1) Escucha cualificada (entrevista ante los órganos especializados de la salud, asistencia social o seguridad pública por profesional cualificado para registro de los hechos y la análisis sociopsicológica de la víctima y de su contexto familiar) e 2) Declaración judicial especial ante procedimiento reglamentado en el art. 26. El artículo 26 determina la actuación de equipo multidisciplinar que:

> I – preparará el infante deponiente, informándolo de sus derechos y de los procedimientos, vedada la lectura de la denuncia o piezas procesales que puedan sugestionar falsos recuerdos; II – en caso de que la víctima se recuse a deponer, será informada sobre las implicaciones en el proceso y debe garantizarse entrevista con su defensor y con el Ministerio Público; III – el equipo velará por el habla libre del infante, inteviniendo solo cuando necesario con cuestiones abiertas o no sugestivas; IV – la declaración del infante será visualizada por el Juez, por el indiciado o acusado y su defensor y por el Ministerio Público por medio de transmisión electrónica; V – puede haber preguntas complementares (del Juez, Ministerio Público, defensor, asistentes técnicos) repasadas al entrevistador; VII – el profesional podrá simplificar el lenguaje y los términos de la pregunta, para mejor compreensión del infante o adolescente; VIII – las metodologias deben seguir protocolos reconocidos por el Consejo Nacional de Justicia que reduzcan el trauma del infante y eviten su revíctimación ; IX – las declaraciones serán grabadas por medio electrónico o magnético, cuya transcripción y mídia integrarán el proceso, para que puedan ser usados en ese proceso y demás procesos en que sea relevante, evitándose así su repetición.

El § 8º garantiza tramitación en secreto de justicia y la seguridad de la mídia para evitar su indevida utilización en desrepeto al derecho a la intimidad y privacidad de la víctima. Se prevé actuación articulada de varios Juzgados (Criminales, de Família y de la Niñez y Juventud), a partir de una sola declaración disponible a todos (mediante toma unificada de declaraciones o mediante envio de copias, cf. §§ 6º e 7º).

Si la víctima quiere dar declaración directamente al Juez, será informada a respecto y serán tomadas cautelas para protegerla en esa forma tradicional de deponer [1].

7. Estadísticas de atendimientos de los servicios de Declaración Especial en Mato Grosso do Sul.

El servicio empezó en la Capital del Estado, Campo Grande, en 2014, y fue después gradualmente estendido a otras doce ciudades[1], priorizando las comarcas mayores, así, los equipos de las ciudades pólo hacen escuchas en las comarcas próximas, atendiendo la necesidad de comarcas pequeñas que no poseen equipo especializado.

Desde la instalación (de 10/06/2014 hasta 29/09/2016), el servicio ya ha realizado 246 audiencias [1] siendo 97% de los casos, procesos de la Capital Campo Grande.

El número de infantes y adolescentes oídos soma 290, los infantes oídos fueron 236 y los adolescentes 54. La mayoria de los infantes oídos son del sexo femenino (222 infantes/ adolescentes) y 67 son del sexo masculino.

Los abusadores son en mayoria del sexo masculino (con edad entre 30 y 48 años): 262 niños/adolescentes fueram abusados por personas del sexo masculino y 28 infantes/adolescentes fueron abusadas por personas del sexo femenino.

De los 290 infantes oídos, 30% fueron abusadas por el padrastro, 11% por el padre, 10% por los tíos, 3% por la madre, y los demás por personas del convívio familiar como: profesor, hermano, vecino, novio y bisabuelo.

Los datos enseñan mayor celeridad de los procesos en el Juzgado Especializado de la Capital Campo Grande, y enseñan el restricto funcionamento del sistema en otras ciudades, que realizaron un número reducido de audiencias.

Los datos corroboran estadísticas oficiales brasileñas de la Secretaria Especial de los Derechos Humanos y del Ministerio de la Salud [1] que atestan que la violência ocurre en los moldes de violencia intrafamiliar y relacionada con las cuestiones de género, envolviendo dos desigualdes básicas (de generación y de género), pues la mayoria de las víctimas son menores de edad de sexo femenino y la mayoria de los abusadores son adultos del sexo masculino.

CONSIDERACIONES FINALES

Investigadores tienen alabado la perspectiva que considera la protección de la víctima pero no se olvida del interes de punición del agresor, en tema de abuso sexual. Elles comentan su importância incluso simbólica, para los infantes víctimas, según Morgan y Zedner:

> "(...) primero, valida la experiencia, dejando claro que el comportamiento del ofensor es inaceptable; segundo, uma persecución exitosa puede ayudar al infante a superar la culpa de normalmente sufre como resultado del acto por lo cual no esresponsable y em los cuale fue envuelta a causa de su vulnerabilidad. Por fin , puede ayudar a romper el ciclo de abuso. Uno de los más importantes factores para la restauración de la salud mental del infante abusado es el de compelir al abusador a asumir su responsabilidad por lo que fue hecho, Esto apenas puede ser hecho si es publicamente reforzada la verdad de la palabra del infante, enfatizando que el infante en ningún sentido debe de ser vista como culpable y veemente ponerse el peso de la culpa en el ofensor" (MORGAN; ZEDNER, 2003, P. 115).

También Yolande Govindama apunta la función simbólica de la ley penal en los casos de abuso sexual, cuando la intervención de la ley reprime el acto implicando la significación del interdicto y la rememorización del tabu que fue transgredido. Con eso, la ley reintroduzco el respeto de la orden genealógica que preserva la diferencia de generaciones y garantiza los intereses de la filiación (GOVINDAMA, 2006, p. 13).

Según tales entendimientos, el simbolismo del proceso judicial, el acto de juzgar visto como una experiencia social, personal y jurídica que exprime el deber ser ideal, permitiria al infante reconocerse como víctima, facilitando el trabajo psíquico sobre el trauma que le garantizará superar esa condición. El tercero que faltó por ocasión del abuso sexual es ahora representado por la justicia, que reglamenta el conflito, guarda una distancia y busca el equilibrio entre el individuo y la sociedad (MORE, 2006, p.37-39).

Esto confirma el acierto de objetivos de una toma de declaración judicial minimizante de daños secundarios, pero también viabilizante de la responsabilización del agresor. Por eso, cabe monitorar si ese tipo de declaración en verdad consiste en prueba más segura, y si proporciona mayor responsabilización, con validación del testimonio de la víctima, pues solo este resultado conjunto cumpliria los objetivos de menos daños a la víctima deponiente, a par de producción de prueba más segura permitiendo la responsabilización del agresor.

Cabe reconocer la falta de investigaciones científicas incidiendo sobre universos significativos que permitan confirmar si ocurre esa supuesta correspondencia entre declaración especializada y una prueba más segura, o si tal declaración especial no constituye prueba segura, y cuales los motivos de esa falla. Faltan también investigaciones sobre la supuesta esperada correspondencia entre prueba mejor y una mayor responsabilización del agresor, pues no

conocemos datos estadísticos comparando sentencias condenatorias o absolutorias con sus fundamentos de validación o no validación de la palabra de la víctima.

Lo que vemos de manera empírica es que aún muchas decisiones judiciales de primera y de segunda instancia no validan las declaraciones de los infantes, y absuelven los acusados, entonces lo que podemos suponer es que: 1) o todavia no hay diseminación del modelo de la declaración especial; 2) o esta no es todavia una prueba segura; 3) o los juzgadores no atribuyen credibilidad al habla de la víctima, mismo que segura. En este último caso, cabria investigar si persisten visiones machistas y adultocéntricas de los profesionales del área jurídica, pues parece remota la hipótesis de haber gran cantidad de falsa denuncias.

PROPUESTAS:

Con vistas a enfrentar estas dificultades, enunciamos las siguientes propuestas:

1) Que el Poder Judicial dé prioridad a acciones para ejecución del modelo del "depoimento especial" (declaración especializada de los infantes y adolescentes víctimas o testigos de violencia) en todas las comarcas, garantizando instalación de más Juzgados especializados en procesos de crímenes contra infantes y adolescentes con capacitación permanente de entrevistadores y juzgadores.

2) Que la producción antelada de prueba del "depoimento especial" de infantes y adolescentes sea garantizada mediante acciones integradas (de seguridad, asistencia social. salud y justicia) que permitan detección, intervención y entrevista temprana de la víctima, evitándose la repetición de su narrativa ante varios órganos de atendimiento.

3) Que el servicio de declaración especializada cuente con mecanismos técnicos de monitoramiento y evaluación continuada de su funcionamento y resultados;

4) Que sea creado un sistema permanente de recolección, tratamiento y sistematización de datos estadísticos sobre los crimenes contra los niños y el “depoimento especial”[1] , con su divulgación a la sociedad.

4) Que haya otros instrumentos complementarios que ayuden a construir una visión preocupada con la prioridad de los niños y con las cuestiones de género, tales como: a) creación de más juzgados especializados en procesos de crímenes contra el niño y el adolescente; b) capacitación permanente de Jueces, agentes fiscales del Ministerio Público, Defensores, Abogados y equipos psicosociales visando una actuación no machista ni adultocéntrica; c) promoción de estudios, seminarios y divulgaciones permanentes sobre la violencia contra los niños y los mecanismos judiciales de su protección.

5) Que en cada país sean aprobadas leyes en favor destas medidas (como por ejemplo el PL 3792/2015 de Brasil)[1].

REFERENCIAS

- AMORIM, S.M.F. ***Princípios norteadores da escuta da criança e do adolescente***. UFMS. Campo Grande: 2010.

- AZAMBUJA, Maria Regina Fay. ***Violência Sexual Intrafamiliar***: *É possível proteger a criança?* Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004.

- DOBKE, Veleda. ***Abuso Sexual: A inquirição das crianças - uma abordagem interdisciplinar*** . Porto Alegre**:** Ed. R. Lenz, 2001, 101 p.

- ECOSOC. Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. Resolução 20/2005. Disponível em: http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2005/resolution%202005-20. pdf Acesso em: 17 set. 2014

- GOODMAN, G. S.; OGLE, C. M.; TROXEL, N.; LAWLER, M. J.; CORDON, I. M. "Crianças vítimas no sistema judiciário: como garantir a precisão do testemunho e evitar a revitimização". In: SANTOS, B. R.; GONÇALVES, I. B. (Coord.). ***Depoimento sem medo*** *(?)*: ***culturas e práticas não-revitimizantes:*** *uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes.* São Paulo: Childhood Brasil (Instituto WCF – Brasil), 2009. p. 19–34.

- GOVINDAMA, Y. "Préface". In: MORE, C. ***Les violences sexuelles sur mineurs: la justice peut-elle contribuer à la reconstruction des victimes?*** Paris: L´Harmattan, 2006.

- MORGAN, J.; ZEDNER, L. ***Child victims: crime, impact and criminal justice***. Oxford, Clarendon Press: 2003.

- MORE, C. ***Les violences sexuelles sur mineurs: la justice peut-elle contribuer à la reconstruction des victimes?*** Paris: L´Harmattan, 2006.

- RANGEL, Patrícia Calmon. ***Abuso Sexual Intrafamiliar Recorrente***, 8ª edição, Curitiba: Ed. Juruá, 2008.

- ROQUE, Emy Karla Yamamoto (Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Cunha). ***A Justiça Frente ao Abuso Sexual Infantil -*** *Análise Crítica ao Depoimento Sem Dano e Métodos Alternativos Correlatos, com Reflexões sobre a Intersecção entre Direito e Psicologia*, v.1, 151 pg. Rio de Janeiro, 2010.

- SANTOS, B. R., e GONÇALVES, Itamar Batista (coordenadores). ***Depoimento sem medo****: Culturas e práticas não revitimizantes– Uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes. 2. ed.*. São Paulo, SP: Childhood Brasil (Instituto WCF Brasil), 2009.

- SANTOS, Benedito Rodrigues dos, GONÇALVES, Itamar Batista, VASCONCELOS, Maria Gorete O. M., BARBIERI, Paola Barreiros, VIANA, Vanessa Nascimento. ***Cartografia nacional das experiências alternativas de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes em processos judiciais no Brasil:*** o estado da arte– São Paulo, SP : Childhood Brasil; Editora da Universidade Católica de Brasília, 2013. 164 p.

- SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS (SEDH) . ***Disque Denúncia Nacional de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes - 100***. 2009. Disponível em www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/spdca/exploracao_sexual/Acoes_PPCAM/disque_denuncia/>. Acesso em 07 dez. 2015.

- SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ***Relatório Avaliativo ECA 25 anos***. Brasília, 2016, 141 p. Disponível em : http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/criancas-e-adolescentes/publicacoes-2016/pdfs/relatorio-avaliativo-eca>. Acesso em: 02 out. 2016.

- STEIN, Lilian Milnitsky, PERGHER, Giovanni Kuckartz e FEIX, Leandro da Fonte.***Desafios da oitiva de crianças no âmbito forense***. Brasília-DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República/Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes. Childhood Brasil (Instituto WCF-Brasil. Projeto Culturas e Práticas não Revitimizantes: Reflexão e Socialização de Metodologias Alternativas para Inquirir Crianças e Adolescentes em Processos Judiciais, 2009, 77p.

Ponencia 4 – Comisión 4

Título: Derecho a la no violencia y su efectividad en las instituciones locales: propuesta de intervención.

Autor/es: Maria Fontemachi - Nicolás Bianchi

Contacto:

E mail nicalbbianchi@yahoo.com.ar

"DERECHO A LA NO VIOLENCIA Y SU EFECTIVIDAD EN LAS INSTITUCIONES LOCALES: PROPUESTA DE INTERVENCIÓN"

RESUMEN DE LA PROPUESTA:

Teniendo presente la realidad que vive América Latina y especialmente la Rca Argentina y la Provincia de Mendoza, donde a la fecha se han producido femicidios, a pesar de la legislación vigente, de las Instituciones que trabajan en la problemática desde el Poder Judicial y los distintos poderes del Estado y de la Sociedad Civil y en su conjunto a través de marchas y reclamos donde se pregona "Ni una Menos", no han sido efectivos en la realidad por lo que debemos pensar en otras formas de intervención más efectivas y fundamentalmente cercanas al problema y a quienes lo sufren, como víctimas y victimarios,.

Muchos de estos casos terminan no solo con la muerte de la mujer, sino también del victimario y la destrucción de todo su entorno, por ello proponemos un trabajo interinstitucional e interdisciplinario concreto teniendo presente la corresponsabilidad de todos los involucrados, Teniendo presente la problemática y las dificultades que se presentan para obtener una respuesta inmediata y eficaz y que no es privativo de la justicia penal, de familia, de los organismos de protección ni de los efectores institucionales de salud Y teniendo en cuenta la normativa internacional, regional, nacional y provincial vigente.

PROPONEMOS:

1.- La elaboración de una base de datos (estadística) socio demográfica fidedigna que refleje los actos de violencia de género.

2.- Aplicación del Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género de UN (femicidio/feminicidio)

3.- Que ante la noticia (Verbal, escrita, anónima o presente) de un acto de violencia, se produzca la intervención inmediata de los CINOV (Centros Interinstitucional para la No Violencia) con características que pueden ser:

a.- Lugar: Funcionaran en los Centros de Salud o lugar adecuado cercado a cada Municipio o alcaidía, en número suficiente según la población.

b.- Recurso Humano interdisciplinario: aportes de Municipio, Ministerio Público, Poder Judicial y Poder Ejecutivo y organizaciones sociales, Universidades etc.

c.- Funciones: - Recibir denuncias o noticia de hechos violentos

- Practicar las primeras evaluaciones médicas psicológicas sociales

- Realizar las derivaciones para a los órganos del Ministerio Público y jurisdiccionales.

- Brindar asistencia a la Victima

- Tomar intervención con el victimario, practicar evaluación y seguimiento.

- Informar en forma continua a los órganos la evolución y resultados del seguimiento.

Si acercamos la intervención eficaz la justicia real a todos los actores, es posible lograr un cambio!

I.- Situación Actual en América Latina:

Los feminicidios han crecido los últimos años en América Latina y la gran mayoría de estos asesinatos de mujeres permanecen en la impunidad, alertó ONU.

"El feminicidio y otras formas de violencia contra las mujeres en la región siguen en aumento y la aplicación de la justicia continúa siendo limitada, con 98% de impunidad", aseguró la directora de ONU Mujeres para las Américas y el Caribe, la brasileña Luisa Carvalho, al presentar en San Salvador el estudio "Prevenir los Conflictos, Transformar la Justicia, Garantizar la Paz".

Se entiende como feminicidio el homicidio de una mujer por cuestiones vinculadas al género. Para Carvalho, en el contexto de violencia que vive la región, "no es sorprendente" que de los 25 países del mundo con las tasas más altas de feminicidio, 14 están en América Latina y el Caribe.

"El Salvador, Honduras y Guatemala, tres países vecinos, presentan algunas de las tasas de feminicidios más altas del planeta".

Sin proporcionar cifras, el informe indica que en los tres países centroamericanos donde las pandillas intranquilizan a la población "las mujeres y las niñas experimentan espeluznantes tasas de violencia letal y no letal".

"Nos encontramos ante una situación de gran emergencia que requiere la coordinación de todos los actores", resume la funcionaria de ONU Mujeres.

Según el informe, el número de mujeres de esos tres países del norte de Centroamérica que intentaron migrar con sus hijos a Estados Unidos pasó de 12.000 en 2013 a más de 66.000 en 2014.

Añadió que el número de niñas menores de 18 años no acompañadas atrapadas en la frontera entre EEEU y México aumentó en 77% en 2014.

En Colombia, los datos de la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, desde antes de 1985 muestran una proporción equitativa de víctimas masculinas y femeninas.

En Guatemala, ONU Mujeres celebró que el año pasado, luego de un largo proceso que incluyó peritajes especializados, se abrió a juicio un caso de "esclavitud doméstica y sexual" durante el conflicto armado interno que sufrieron 15 mujeres indígenas en un destacamento militar.

Se trata del "primer caso que fue juzgado y sentenciado in-situ, un hito en la historia mundial", reflexionó Carvalho. Para facilitar y aportar al cumplimiento de la ley contra el feminicidio y otras formas de violencia contra las mujeres, la ONU ha desarrollado un modelo de protocolo latinoamericano para la investigación de ese delito que ya se adoptó en México, Brasil, Ecuador y Panamá.

Esta publicación fue elaborada por la Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres) en el marco de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas ÚNETE para poner fin a la violencia contra las mujeresttp://www.un.org/es/women/endviolence/pdf/Modelo%20de%20Protocolo.pdf

II.- **Legislación Internacional, Regional y Nacional y provincial**

Con el objetivo puesto en proteger a las mujeres de la violencia que se ejerce sobre ellas, en los últimos años, el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Nación promulgaron una cantidad normas, entre leyes y decretos, como parte de una política de inclusión e igualdad.

RESPECTO A LAS VÍCTIMAS

En 2006, la resolución 314/2006 creó el programa "Las víctimas contra las violencias", constituido por un equipo de operadores especializados que mantienen todos los días durante las 24 horas la línea 137 que funciona como medio de denuncia de distintos tipos de violencia, y brindan asesoramiento telefónico e intervienen en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires. En Mendoza y el resto de las provincias argentinas, también en sus códigos de Procedimientos Penales crearon la figura de la protección de las víctimas, también legislación respecto de la violencia familiar y especialmente Direcciones y Oficinas para la contención de esta Problemática

En 2006, la resolución 314/2006 creó el programa "Las víctimas contra las violencias", constituido por un equipo de operadores especializados que mantienen todos los días durante las 24 horas la línea 137 que funciona como medio de denuncia de distintos tipos de violencia, y brindan asesoramiento telefónico e intervienen en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires.

RESPECTO A LA TRATA DE PERSONAS Y ASISTENCIA A SUS VÍCTIMAS

En abril de 2008 se sancionó la ley 26.364 de Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas como medida de protección a todas las mujeres menores y mayores de edad que fueran explotadas tanto dentro como fuera del país.

Respecto a las Penas de cumplimiento efectivo

En 2012, el Congreso Nacional, por medio de la ley 26.842, le incorporó dos modificaciones: por un lado, no aceptar el "consentimiento" de la víctima -incluso, pese a su mayoría de edad-, y además exigir que las penas sean de cumplimiento efectivo sin importar el caso.

Ese mismo año se creó el Consejo Federal contra la Trata de Personas y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación que habilitó la línea gratuita 145 para recibir denuncias desde cualquier punto del territorio nacional las 24 horas del día.

Gracias a esta ley, hasta abril de este año, 8.325 víctimas fueron rescatadas por el Estado Nacional, según el Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, casi todas la víctimas fueron mujeres, y más de la mitad (el 51%) fueron víctimas de explotación sexual.

RESPECTO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA, INSTITUCIONAL, OBSTÉTRICA, MEDIÁTICA Y LABORAL

En marzo de 2009 se sancionó la ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, para abordar los distintos tipos de violencias ejercidas contra las mujeres, entre las que se incluyen la doméstica, institucional, de libertad reproductiva y obstétrica, mediática y laboral.

Asimismo, se designó al Consejo Nacional de la Mujer como encargado de diseñar las políticas públicas para efectivizar la ley, así como de mantener en función la línea 144 que brinda contención, información y asesoramiento en violencia de género todos los días durante las 24 horas.

LA LEY DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

En octubre de 2009, la ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, 26.522 insta en su artículo "M" a promover la igualdad en el tratamiento tanto a hombres como a mujeres, el tratamiento igualitario, plural y no estereotipado, además de evitar cualquier discriminación por género u orientación sexual en los medios.

SOBRE LA ERRADICACIÓN DE LA OFERTA SEXUAL EN MEDIOS

En julio de 2011, se dictó el decreto 936 que promueve la erradicación de la difusión de mensajes e imágenes que estimulen o fomenten la explotación sexual, incluido el rubro 59 de los diarios.

También en el ámbito penal se a**umento penas para homicidios motivados por cuestiones de género**

El 14 de noviembre del 2012 la Cámara de Diputados sancionó la ley 26.791 que prevé ciertas reformas al Código Penal. Tras dicha reforma se incorporó el femicidio en el cuerpo normativo, como figura agravada del delito de homicidio simple.

Esta reforma introdujo la modificación y ampliación del inciso 1º del artículo 80 del Código Penal Argentino que prevé una pena de reclusión o prisión perpetua, para quien matare a su "ascendiente, descendiente, cónyuge o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no violencia". Con respecto al inciso 4º del mismo artículo, se incorporó la motivación por odio "de género, o a la orientación sexual, identidad de género o a su expresión".

También se agregaron los incisos 11º y 12º al artículo 80. El primero de ellos define concretamente la figura del femicidio que consiste en el crimen de una mujer como consecuencia de la violencia de género. Las penas previstas para este tipo de delito es la de reclusión o prisión perpetua para quien matare a "una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género". Por su parte, también se contempla la misma pena para la situación planteada en el nuevo inciso 12º que prevé el caso del que matare a otro "con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º".

Por último, con la reforma del artículo 80 in fine, se elimina la posibilidad de que se evalúe la existencia de circunstancias extraordinarias de atenuación de la pena "a quien en una ocasión anterior hubiera realizado actos de violencia contra la mujer victima".

III.- Propuesta de Creación de un CENTRO INTERCISIPLINARIO PARA LA NO VIOLENCIA

Si tenemos en cuenta como es el circuito de la violencia y el que las instituciones hacen recorrer a las víctimas de este flagelo, nos damos cuenta que es una re victimización que solo conduce al sufrimiento y a la muerte

Debemos elaborar nuevas formas de intervención más efectivas, sencillas y comprometidas

Terminar con el camino interminable de peregrinación de intuición en institución, de oficina en oficina para no lograr nada.

Por ello creemos fundamental el trabajo conjunto de todos los actores institucionales gubernamentales y no gubernamentales a través de la creación de un CENTRO INTERDICIPLINARIO, INTEGRAL para la atención de las víctimas y también de control y contención de los victimarios , demás está decir que las estrategias ya probadas como la "prohibición de acercamiento" y "la pulsera mágica" e incluso la prisión del victimario no impiden la consecución de nuevos hechos violentos , lo que es peor la prevención de hechos por personas sin antecedentes o denuncias, por ello creo importante pensar en nuevas formas basadas en la ineficacia de las anteriores priorizando la intervención de profesionales de todos los dos poderes del Estado, y el Ministerio Publico, cada uno a os fines de trabajar en forma integrada y efectiva.

Para ello es necesario integrar y unir a los distintos actores en un mismo espacio físico, cercano a las personas que sufren o pueden sufrir esta violencia que tanto sufrimiento trae a quien lo padece y a su entorno.

Es cierto que los problemas de escasez de inversión y recursos materiales y humanos es un prete4xto que siempre se impone, pero es posible si reasignamos los mismos y tomamos espacios físicos ya existentes.

Por ello, y ante la falta de una respuesta contundente y eficaz, proponemos como una estrategia más la capacitación, a través de la ratificación y aplicación por parte de los países que aun no lo hicieron del " PROTOCOLO LATINOAMERICANO DE INVESTIGACION DE LAS MUERTES VIOLENTAS DE MUJERES POR RAZONES DE GENERO"

Una propuesta de acercar la solución al problema de manera sencilla y eficaz, pero para ello debernos tener claro lo que tenemos para poder intervenir por ello se propone la construcción de una base de datos (estadística) socio demográfica fidedigna que refleje los actos de violencia de género.

Como consecuencia, la creación de 2 Centros Interinstitucionales para la No violencia: CINV, los que deberían funcionar en los Centros de Salud o Centros independientes pero en número suficiente en cada Municipio o Alcaidía, con recursos humanos suficientes, de las ciencias de la salud, sociales, humanas y con personal del Ministerio Publico y del Poder Judicial, de los órganos responsables del poder administrador etc., cuyas funciones sean la de recibir denuncias, o noticia de hechos violentos, practicar las primeras evaluaciones médicas psicológicas sociales, realizar las derivaciones para la intervención de los órganos del Ministerio Público y jurisdiccionales.

Otra funciona imprescindible es la de brindar asistencia a la Victima, desde un albergue a la asistencia psicológica, social y medica, involucrando a la familia, referentes afectivos y comunitarios.

Y desde el mismo efector, realizar la evaluación del victimario, su contención terapéutica, psicológica, seguimiento del mismo, debiendo informar en forma continua a los órganos la evolución y resultados del seguimiento.

Si acercamos la intervención eficaz la justicia real a todos los actores, es posible lograr un cambio!

Ponencia 5 – Comisión 4

Título: Derechos del niño y abuso físico bullyng.

Autor/es: Laura Marcela Gómez

Contacto y datos autora:

Nombres de la Autora: Laura Marcela Gómez

Dirección : Las Acacias 77 Potrero de los Funes San Luis

Teléfono 2664 511406

Dirección de email: dra_marcegomez@yahoo.com.ar

DERECHOS DEL NIÑO Y ABUSO FÍSICO BULLYNG.

EJE TEMATICOS

En base a la Legislación Provincial Y nacional Lograr que los Menores hagan valer sus derechos en las diferentes Instituciones.

SINTESIS DE LA PROPUESTA

1- LEGISLACION PROVINCIAL Y NACIONAL **Ley 26.061 DE PROTECCION GENERAL DE NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES** EL MENOR MALTRATADO: DEFIINCION : El maltrato infantil como " Toda violencia perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación producido mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres , tutor o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".

En base a esta definición que todos los menores tengan derecho a ser escuchados ante cualquier acto de violencia.

Asesor a las instituciones para detectar cambios de ánimo, en la atención, en las calificaciones o alejamiento de sus compañeros.

Concepto y tipología del mal trato para poder encasillar al menor de lo que está padeciendo y encontrar una solución.

Observar en los recreos el comportamiento del menor para poder darle asistencia.

Bullyng abuso físico y /o psicológico en las escuelas.

Crear talleres informativos para alumnos y lograr con ello que conozcan las consecuencias del Bullyng, siendo necesario realizar un simulacro de juicio real, en base del art 130 lesiones leves, graves, gravísimas concientizando a la sociedad en edad escolar de todas las edades que podemos tener acceso a la educación sin violencia alguna.

TODOS TENEMOS DERECHO A LA EDUCACION PUBLICA Y/O PRIVADA CON LA SEGURIDAD DE

TENER CONTENSION ANTE LAS DISTINTAS SITUACIONES DE ABUSO DE CUALQUIER TIPO.

ESTO SE LOGRA ATRAVES DE UNA TAREA INTERDISCIPLINARIA.

CONTENIDOS

Ley 26.061

DE PROTECCION INTEGRAL

DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

DISPOSICIONES GENERALES

OBJETO. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

APLICACION OBLIGATORIA.

La **Convención sobre los Derechos del Niño** es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Los ***derechos y las garantías*** de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles

PARTICIPACION COMUNITARIA.

La Comunidad, por motivos de solidaridad y en ejercicio de la democracia participativa, debe y tiene derecho a ser parte activa en el logro de la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes.

RESPONSABILIDAD FAMILIAR.

La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTIAS

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.

DERECHO A LA DIGNIDAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; ***a no ser sometidos*** a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

DERECHO A LA EDUCACION.

Las niñas, niños y adolescentes tienen ***derecho a la educación pública y gratuita***, atendiendo a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural y lengua de origen, su libertad de creación y el desarrollo máximo de sus competencias individuales; fortaleciendo los valores de solidaridad, respeto por los derechos humanos, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente.

Tienen ***derecho al acceso y permanencia en un establecimiento educativo*** cercano a su residencia
.

MEDIDAS DE PROTECCION 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.

FINALIDAD. Las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

APLICACION. Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes. 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

DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

DEBERES. Comprobada la veracidad de la denuncia o reclamo, el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes deberán:

a) Promover y proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes mediante acciones y recomendaciones que efectuará ante las instancias públicas competentes, a fin de garantizar el goce y el ejercicio de los mismos;

b) Denunciar las irregularidades verificadas a los organismos pertinentes quienes tienen la obligación de comunicar al Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes el resultado de las investigaciones realizadas;

c) Formular recomendaciones o propuestas a los organismos públicos o privados respecto de cuestiones objeto de su requerimiento;

d) Informar a la opinión pública y a los denunciantes acerca del resultado de las investigaciones y acciones realizadas. A tal efecto deberá establecerse un espacio en los medios masivos de comunicación.

Solo se mencionan algunas Disposiciones de la presente Ley a título Informativo, sobre los derechos y obligaciones de la niñez y de algún modo evitar la victimización de los mismos, por el cumplimiento efectivo de dichas legislaciones

EL MENOR MALTRATADO:

CONCEPTO Y TIPOLOGÍA DE MALTRATO

No existe una definición unitaria de ***maltrato infantil***, si se recurre a documentos internacionales, al ámbito doctrinal se concentran un sinfín de definiciones de esta modalidad delictiva, sin embargo casi todas reúnen parámetros similares. ***Asamblea General de las Naciones Unidas***, en concreto la **Convección de los derechos del Niño** que define el ***maltrato infantil*** como "***toda violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación producido mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres de un tutor o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo***".
Teniendo en cuenta el concepto del maltrato de la niñez como "***toda acción u omisión habitual consistente en poner en peligro la salud física o mental o la seguridad de un menor de 18 años, por parte de sus familiares o personas responsables de su cuidado"*** nos permite visualizar con

mejor claridad sus elementos:

De esta ***definición*** se derivan una serie de características:

1. El ***hecho delictivo*** puede cometerse mediante una ***acción u omisión***, tanto por un hacer o por un no hacer algo.
2. Los actos han de producirse de ***forma habitual***.
3. La ***víctima*** tiene que ser un ***menor de edad*** (en ocasiones el término incapaz se puede asimilar a menor)
4. El ***ámbito*** en el que se realizará el hecho ilícito ha de ser el familiar.

TIPOLOGÍAS

1. **Maltrato físico**. Cualquier acción u omisión llevada a cabo por los padres o personas a cargo del niño, que lleve aparejada un daño físico o enfermedad. Los supuestos no hacen falta que sea de contacto físico sino que el contagio de enfermedades también se incluyen. La más frecuentes son: contusiones en la cabeza y cara del menor, aunque también son habituales las llevadas a cabo en el húmero y fémur; heridas producidas por cuerpos cortantes, punzantes y contusos; lesiones de la laceración del labio superior con desgarro del frenillo y la alopecia por arrancamiento; quemaduras, derramamiento de líquidos, escaldura en pies, quemaduras de cigarrillos o plancha. También lesiones esqueléticas y físicas viscerales, como las abdominales y las musculares.
2. **Maltrato psíquico**. Trasladar lo que se dijo para el maltrato a la mujer, en el sentido que se lleva a cabo pero que es difícil de probar, no hay una realidad palpable e identificable. Más frecuentes son: casos de amenazas; producción de temores en el niño y sobre todo el abandono emocional, que en casos graves suele derivar en conductas delictivas del menor.
3. **Maltrato sexual**. Con el fin de obtener placer de forma directa. Este va a generar a su vez lesiones en el menor, que pueden ser mínimas o lesiones por tocamientos, hasta verdaderos desgarros que la mayoría suelen ser desgarros anales. Los principales actos de maltrato sexual pueden ir desde supuestos de contacto sin penetración; penetraciones anales o vaginales, contacto buco-genital, e incluso lesiones donde no se produce ningún contacto.
4. **Envenenamiento o drogadicción**. Tiene como finalidad disminuir el nivel de conciencia del infante y es muy habitual en los casos de mendicidad. Actualmente, es bastante frecuente las intoxicaciones por tranquilizantes o por gas con el fin de adormilar al menor para que deje de llorar o para que se quede quieto.
5. **Negligencia o abandono**. Estaría muy relacionada con el maltrato físico y el psicológico, en tanto se produce cuando se desatiende las necesidades básicas del menor. Pueden ser: falta de higiene o alimentación.
6. **Síndrome de Munchausen por padres**. Consiste en la descripción de hechos falsos o en la provocación de síntomas de una enfermedad por parte de los padres o personas al cuidado del menor, con la única finalidad de crear un proceso de diagnóstico y atención médica continuada.

Hay un estudio de Meadows que demostró que en un 095% de los casos era la madre quien se encontraba detrás de este síndrome. Se pueden referir cuatro fases identificativas:

a)-. Aparición de un conjunto de ***signos*** producidos o alegados por algún miembro de la familia (normalmente la madre).
b)-. Cuando el niño se somete a las pruebas pertinentes con el propósito de obtener un diagnóstico, llámese análisis, exploraciones, etc.
c)-. El perpetrador (la madre), va a “"desconocer”" la causa de la supuesta enfermedad.
d)-. Los ***signos de la enfermedad desaparecen cuando el menor es separado*** de la persona causante del daño. Por ejemplo, cuando se le deja en observación.

La sintomatología de este síndrome es variada por cuanto unas veces se encuentran síntomas inventados por la madre mientras que en otros supuestos se haya falsificación de muestras biológicas o administración de fármacos al menor. Ejemplos relativamente habituales: supuestos donde la madre da determinados fármacos al menor para que se den cuadros de hipoglucemia; si se le solicitan análisis se le puede añadir sangre o azúcar al orín para que se detecte algo en la sangre; llevar al menor al médico y la madre inventarse síntomas sobre la marcha. Hay un estudio español de tres autores, Delgado Rubio, Garate Aranzadi, Bejarano; donde revelaron que las manifestaciones más frecuentes de este síndrome eran digestivas, abdominales, hemorrágicas, neurológicas y cutáneas; exteriorizadas mediante fiebre prolongada, síndrome de inmune deficiencia, epilepsia e intoxicaciones.

Resultados:
Maltrato físico. Psíquico. Sexual Negligencia
En cuanto al ***sexo*** las diferencias no son significativas, salvo en el abuso sexual donde hay una gran proporción de niñas frente al de niños.

2. FACTORES DE RIESGO:

En los supuestos en los que el riesgo de ***victimización*** pueda elevarse. Estos factores hay que tener en cuenta, lo principal que es el factor edad. Podríamos establecer una regla en virtud de la cual a mayor edad de los menores, menor tasa de victimización.

Se observa una curva decreciente en cuanto aumenta la edad de los sujetos; el principal núcleo de victimización se encuentra desde el nacimiento hasta los 3 años.
Centrándonos en los ***factores de riesgo*** que destaca Amorós Galito, podríamos destacar los ***siguientes factores***:

1. Factores asociados a los padres:

1)- Historia de malos tratos, falta de afecto y desestructuración familiar durante la infancia.
2)-Deficiencia mental e inestabilidad emocional.
3)-Trastornos psicosomáticos: depresión, inmadurez, baja autoestima.
4)-Falta de autocontrol y baja tolerancia a la frustración.
5)-Desconocimiento del rol parental.
6)-Aislamiento social.
7)-Alcoholismo y otras drogadicciones.
8)-Prostitución.
9)-Delincuencia.

2. Factores de riesgo asociados a las víctimas:

1)-Discapacidad, minusvalía psíquica y defectos congénitos.
2)-Problemas de salud crónicos.
3)-Hiperactividad y oposicionismo.
4)-Prematuridad y bajo peso al nacer.

3. Factores asociados al nivel socioeconómico y cultural:

a)-Paro e inestabilidad laboral.
b)-Pobreza.
c)-Falta de vivienda o vivienda insuficiente.
d)-Exceso de trabajo.
e)- Falta de red o apoyo social.

4. Factores asociados a la estructura familiar:

1)-Número de hijos.
2)-Desestructuración familiar.
3)-Paternidad adolescente.
4)-Familia numerosa.
5)-Padres separados o divorciados (lo normal es que el maltrato venga por la pareja del progenitor).
6)-Exceso de disciplina.
7)-Falta de normas educativas.

Perfil de menor maltratado: varón no deseado, menor de 3 años, con algún tipo de retraso mental o anomalía física y que convive con sus padres quienes no están preparados para la paternidad o con un padre/madre no biológico.

LA IMPORTANCIA DE LA ACTUACIÓN MÉDICA EN LA DETECCIÓN DEL MALTRATO: INTERPOSICION DE LA DENUNCIA.

En el ***maltrato a menores***, hay una cuestión muy compleja, que es la ***imposibilidad que tienen los menores de edad para interponer una denuncia*** contra su agresor. La principal guía de detección de estos malos tratos viene puesta de manifiesto por los médicos, ya que cuando se produce un maltrato se intenta que el menor se recupere en la casa, pero si es grave se lleva a un centro hospitalario, y es ahí donde se observan los malos tratos.

En consecuencia, la labor del médico en la detección del maltrato infantil es esencial ya que suele ser la única vía de detección.
Los ***indicios*** que han de observarse son los siguientes:

1)-. La ***actitud del niño***, suelen ser menores que se muestran de forma recelosa, temerosa, y presentan un cierto grado de apatía. Cuando acuden a un centro hospitalario cuando ven a una enfermera tienden a juntarse con la enfermera, lo asocian como que con ellas no les va a pasar nada.
2)-. Tener presente la existencia de algún tipo de lesiones típicas o características del maltrato.
3)-. Observar si existen ***indicios de violencia múltiple***, es decir, si sólo presenta la lesión aludida u otras también, así como su antigüedad, el lugar de presentación de las lesiones… es muy relevante la discordancia entre las lesiones aducidas por los cuidadores y la conclusión a la que llegan los médicos. Hay que observar la falta de cuidados médicos habituales, como la presencia de vacunas, revisiones médicas periódicas… Observar si se dan falta de cuidados en el menor como malnutrición.

4)-.Reincidencia de las lesiones.

La idea es la importancia de la actuación médica para su detección y que la única forma de determinar si existe o no maltrato es uniendo estos indicios de la forma más razonada posible. (El parte médico tiene valor de denuncia)

REPERCUSIONES DEL MALTRATO EN EL NIÑO.

Las repercusiones del maltrato en los menores que se aprecian con más habitualidad.

Podemos destacar ***dos grupos***: reacciones inmediatas al maltrato y las secuelas propiamente dichas.

En estos supuestos de ***maltrato infantil***, las ***secuelas propiamente dichas*** tienen gran relevancia dada la estrecha relación entre la víctima y el victimario. Vamos a dividirlas en tres grandes grupos: emocionales, cognitivas y sociales.
Las ***emocionales*** incluirían supuestos de:

1)-.Trastornos depresivos, a, puede llegar hasta el suicidio del menor, pero hay quienes no comparten esto porque cree que los menores no tienen claro lo que es la vida y la muerte.
2)-.Pobre autoestima.
3)-.Aparición de miedos.
4)-.Trastornos de conducta.
5)-. Otros más inmediatos como terrores nocturnos, gran desconfianza y alto grado de frustración.

Desde una ***perspectiva cognitiva*** o de rendimiento académico (como hablan algunos autores) suele producirse retraso de las habilidades lingüísticas, trastornos escolares, pobre rendimiento académico etc.

Desde una ***perspectiva social*** incluiríamos dosis inusuales de agresividad, que con el tiempo derivarán en conductas antisociales e incluso en comportamientos delictivos.

EL PROBLEMA DE LAS ESTADÍSTICAS

En materia de ***maltrato infantil*** existen muy pocas estadísticas que desvelen el problema de esta topología delictiva, sin embargo, recientemente cada vez más existen mayores investigaciones tendentes a delimitar la verdadera dimensión de este problema. En concreto podemos establecer ***tres grandes grupos*** de datos que concluyen, sobre esta tipología delictiva:

En primer lugar los ***datos detectados***; son aquellos que comportan la estadística, es decir (casos 300)

En segundo lugar los ***datos detectados pero no declarados***, supuestos conocidos pero no denunciados, supondrían así mismo una manifestación de pasividad ciudadana, un ejemplo de caso detectado pero no denunciado, ejem. Un vecino que tiene conocimiento de unos malos tratos pero no los denuncia.

Y el último serían los supuestos o ***casos no detectados***; estos comportaría la mayoría de supuestos en materia de maltrato infantil, el más habitual es este último, que sería los malos tratos no detectores que lo conocen los agresores y la víctima, pero no denunciados ni detectados. Hay muy pocos estudios sobre los malos tratos a los menores de edad.

REPERCUCIONES DE LA PUBLICIDAD DEL PROCESO EN LAS VICTIMAS VULNERABLES.

En relación al principio de ***publicidad de los procesos***, y las relaciones de los órganos judiciales y Ministerios Públicos con los medios de comunicación, se debe diferenciar: entre ***publicidad interna*** (que es el derecho de las partes a acceder a todas las actuaciones judiciales) y ***publicidad externa***. Respecto de esta se distingue entre ***publicidad inmediata*** (referida a quienes pueden presenciar los actos procesales) y ***publicidad mediata,*** es la que permite a los ciudadanos conocer las actuaciones judiciales a través de los medios de comunicación).

La comunicación directa entre la justicia y la ciudadanía, trabajo realizado por los medios de comunicación, contribuye a favorecer la confianza de la ciudadanía, en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

Sin embargo la ***publicidad del proceso*** encierra, según el tratamiento que reciban, algunas ***consecuencias indeseables***. Cuando se trata de personas vulnerables, o cuando el delito cometido afecta a partes intimas como la sexualidad, la difusión de datos relativas a las víctimas de delitos, causa un padecimiento añadido a las mismas, una real y propia "***segunda victimización"***, siendo necesario establecer, ***limitaciones a la publicidad***, que pueden establecerse en una fase del proceso, especialmente la del juicio oral, que se caracteriza por su carácter público. En los ***procesos*** relacionados con la ***violencia de género,*** se protegerá la intimidad de las víctimas, especialmente sus datos personales, las de sus descendientes y los de cualquier otra persona que se encuentre bajo su guarda o custodia. La ***victima debe ser protegida de la publicidad no deseada,*** sobre su vida privada, en toda clase de actuaciones judiciales. Algunas medidas son adoptadas y puestas en práctica, como la celebración a puerta cerrada de los juicios, como protección de la publicidad no deseada, sobre la vida privada o dignidad de las víctimas, debiendo los Magistrados y Funcionarios, velar por el adecuado ejercicio de ese derecho. La **Convención de los Derechos del Niño**, prohíbe, la publicidad de los datos identificativos y la imagen de los menores que sean testigos, ofendidos o perjudicados por el delito, hasta que hayan alcanzado la mayoría de edad. Los menores tienen derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ante la difusión de

información o la utilización de imágenes o nombres de menores en los medios de comunicación, que puedan implicar una intromisión ilegitima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses. En estos casos el Ministerio Fiscal, debe promover medidas cautelares y debe solicitar las indemnizaciones, acordes al perjuicio causado, debiéndose preservar la identidad de los menores en los procedimientos judiciales.

En aquellos ***casos que se permita***, la entrada en el juicio oral de dichos medios, se debe marcar las pautas a seguir, se debe prohibir a los medios, que emitan el juicio, mientras este se celebra, lo que programen en los llamados "programas – espectáculos, deben evitar un tratamiento de imagen que pueda confundir o afectar la subjetividad del telespectador, proponiendo a favor o en contra de los procesados, de los testigos o demás intervinientes. Con ello se trata de evitar los denominados "juicios paralelos", que provocan un obstáculo a la realización de la justicia. En estos casos, el Fiscal puede pedir la interrupción temporal de la misma según las circunstancias del caso, o la revocación de la autorización para las sesiones del juicio oral. Los Magistrados pueden disponer el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones, mediante resolución fundada. Por todos los medios se debe evitar una "***victimización secundaria***".

El principio general de la publicidad del proceso, entra en conflicto en ocasiones, con la preservación de los intereses de la víctima, debiendo primar el interés de la víctima, a no resultar nuevamente victimizada, frente al derecho de la ciudadanía, a conocer que sucede en el ámbito social.

Las consecuencias, que aparecen identificables cuando se trata de violación del secreto de actuaciones, entre otras, es la configuración del delito de revelación de secreto, difusión de la identidad de las victimas amparadas bajo la protección de la identidad o el delito de desobediencia a la autoridad, siempre que la difusión de datos o imágenes, se lleve a cabo por un medio de comunicación.

Los Programas de ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, insta a los jueces y Fiscales, a preservar la vida privada o intimidad de las víctimas, estableciendo el secreto de las actuaciones.

Existen diversas Legislaciones que protegen los derechos de la niñez en todos sus ámbitos, que sería tedioso mencionar, pero sin exclusión de ello, solo analizare en forma general la Ley de Protección Integral a la Niñez, con vigencia en todo el territorio de la república, respetando la supremacía de los Tratados Internacionales, en el que forma parte nuestro país.

Ponencia 6 – Comisión 4

Título: El fenómeno del Acoso o Bullying. Varias miradas.

Autor/es: José Eduardo Fernández

Datos y contacto autor:

José Eduardo Fernández, Lic. en Psicología. DNI: 10.545.283. Correo electrónico: cordobes53@gmail.com

Institución:

- Facultad de Ciencias de la comunicación. U.N.C. (Proyecto 2014-2015, aprobado por SECYT)
- Secretaría del Niño, Adolescente y Familia. (SENAF) Ministerio de desarrollo Social- Gobierno de la Provincia de Córdoba – Argentina.

EL FENÓMENO DEL ACOSO O BULLYING. VARIAS MIRADAS.

PALABRAS CLAVE: Acoso escolar – subjetividad – exposición mediática.

RESULTADOS ALCANZADOS:

La metodología se basó en una combinación de estrategias cualitativas que permitió el conocimiento de la población a estudiar. Las unidades de observación son estudiantes universitarios, cursantes de 1ro y 2do año de la Escuela de Ciencias de la Información de Universidad Nacional de Córdoba. Con ellos se realizó la construcción del objeto de estudio, y el Corpus de Investigación.

Los autores del trabajo transitan en la segunda etapa de Estudios de casos. Se aplicó la técnica "Cuestionario" con disparadores según ejes previamente establecidos, que giran en torno a conocer el fenómeno del Acoso o Bullying, y su circulación en las redes sociales de alumnos universitarios de la E.C.I. La técnica empleada priorizó elementos cualitativos de análisis, los que se exponen el trabajo.

El Proyecto General de Investigación se divide en 3 Ejes de indagación:

a) ser, vivir juntos y relacionarse en y desde las redes.
b) observar manifestaciones de la sexualidad en y desde las redes

c) sentir, pensar y producir la política en y desde las redes

El interrogante y Eje Temático principal del trabajo es: ¿Qué modos vinculares y relacionales indeseables tienen lugar en las redes sociales?, correspondiente al Eje a).

El trabajo contiene los siguientes apartados: 1) Introducción 2) Conceptualización Teórica 3) Un repaso Histórico 4) Debate y Discurso 5) Hallazgos 6) Reflexiones finales 7) Bibliografía.

UNIDAD ACADÉMICA

Facultad de Ciencias de la Comunicación – Universidad Nacional de Córdoba

TÍTULO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Redes Sociales virtuales y Juventudes: nuevas maneras de vivir juntos, de ser y relacionarse en la Universidad. Proyecto 2014-2015, aprobado por SECYT

Director: Dra. Paulina B. Emanuelli

Co- Directora: Lic. Cecilia Ulla

TÍTULO DE LA PONENCIA:

El fenómeno del Acoso o Bullying. Varias miradas.

1) INTRODUCCIÓN

El autor del presente trabajo forma parte de un Equipo de Investigación, conducido por la Directora Dra. Paulina B. Emanuelli, y la Co-Directora es la Lic. Cecilia Ulla. El proyecto de investigación se denomina: **"Redes Sociales Virtuales y Juventudes: Nuevas maneras de vivir juntos, de ser y de relacionarse en la Universidad"-** Está avalado por la SECYT de la Facultad de Ciencias de la Comunicación, de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

El desarrollo y el auge de las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación Social, impactan en la vida social cotidiana, generando nuevas prácticas y rituales de socialización, y por tanto aparecen nuevas subjetividades signadas por la era de la fluidez, la velocidad y lo virtual. En este marco, se producen y reproducen nuevas prácticas y modos de relacionarse tales como amistad, parentesco, intereses comunes, conocimientos compartidos, entretenimiento y hobbies, que se sostienen mediante el uso de redes sociales digitales.

También, se consideran influyentes en las relaciones afectivas y otras cercanas, insertándose en el complejo entrelazado de relaciones sociales, institucionales y políticas. También se consideran influyentes en nuevas concepciones del mundo, que definen la identidad básica de los sujetos.

Asimismo intervienen y multiplican los negativos efectos de algunos modos vinculares y relacionales indeseables en las redes sociales.

Nos interrogamos específicamente cuales son y que características tienen esos modos vinculares y relacionales indeseables que tienen lugar en las redes sociales.
Por ello, el fenómeno al que nos abocaremos en el presente Trabajo es el llamado **acoso entre pares, también conocido como acoso escolar, hostigamiento, matoneo o patoteo, maltrato, o bien como tomó fama mundial bajo el nombre en inglés Bullying**.
Este particular fenómeno está compuesto por acciones agresivas, hostiles, vejatorias y humillantes, es una forma de maltrato psicológico, verbal y/o físico producido entre pares de modo sistemático y reiterado a lo largo de un tiempo determinado.

Estadísticamente, éste tipo de violencia principalmente afecta la subjetividad y el estado emocional del agredido y se da mayoritariamente en el aula u otros ámbitos cercanos a los centros escolares y educativos. Los protagonistas de los casos de acoso escolar suelen ser niños y niñas en cursando la Etapa Adolescente.

Este fenómeno suele expandirse abarcando casi todos los contextos sociales, institucionales y de la vida cotidiana de todo el entorno social. Actualmente se agrava cuando comienza a circular a través de las redes sociales. Hoy ése fenómeno recibe el nombre específico de Ciberacoso o bien Ciberbullying.

2) CONCEPTUALIZACIÓN TEÓRICA

El Psicólogo Social Serge Moscovici, fue uno de los pioneros en desarrollar la Teoría de las Representaciones Sociales en Francia en el año 1961.

Considera que en toda Sociedad se produce un sistema de relaciones, que generan creencias, normas, lenguajes y rituales compartidos colectivamente. Tal como sucede con cualquier Institución, el conocimiento y las creencias existen antes, durante y después de la vida de los individuos. Por esa razón, todas estas formas de Representaciones establecen permisos y restricciones en la vinculación humana. Son elementos constitutivos de la Sociedad, y tienen una realidad, que aunque siendo simbólica y mental, son tan reales como la realidad física.

El lenguaje y la información, vehiculizada por los sujetos y los medios masivos de comunicación, aparecen como un elemento primordial para la emergencia y la circulación de las Representaciones Sociales, penetrando progresivamente en la ínter subjetividad personal y social. Destaco aquí que la Cognición colectiva, surgida de los temas de interés de los individuos, se convierte para ellos en realidad cotidiana. Se sostiene y transforma a través de los procesos de comunicación, haciéndose inteligible a todos, cargando así de diversos significados a las relaciones entre las personas.

La Objetivación y el Anclaje, para Moscovici y otros autores, son dos procesos que mantienen un vínculo dialéctico, permitiendo que las Representaciones se conviertan en realidades concretas, enraizándose en el pensamiento social común y cotidiano. Ello influye de modo determinante en las actitudes de los diversos actores sociales, generando disposiciones y valoraciones, negativas o positivas, respecto del objeto de las Representaciones.

La Psicología Social se interesa por el estudio científico de cómo los pensamientos, sentimientos y comportamientos de las personas son influenciados por la presencia real o imaginada de otras personas. Así es que ésta Disciplina del saber adopta una visión Tripolar compuesta por una persona, un otro (individual o grupal); y evalúa y analiza el fenómeno de Influencia entre unos y otros.

Nuestra mirada sobre éste Fenómeno Social llamado Ciberacoso o Ciberbulling, tiene también un enfoque similar, ya que identificamos a tres componentes: el Agredido, el Agresor, y el Observador.

3) UN REPASO HISTÓRICO

En la década de 1970, el Noruego Dr. Dan Olweus inició la primera investigación mundial sobre el acoso sistemático entre jóvenes. Los resultados de sus estudios fueron publicados en un libro en Suecia en 1973, y en los Estados Unidos en 1978 bajo el título de: “La agresión en las Escuelas: Los bullyies y niños agresivos.”

Para el Dr. Dan Olweus el maltrato o abuso entre iguales, es un Proceso de Victimización o conducta de persecución física y/o psicológica perdurable en el tiempo, realizado por un alumno o alumna contra alguno de sus iguales, elegido como receptivo

Está acción, negativa e intencionada, coloca a los elegidos como víctimas, en posiciones difícilmente evitables por sus propios medios.

Existe una diversidad de estudios, en diferentes Naciones, con patrones y costumbres sociales diversas, que han examinado este fenómeno demostrando que el acoso es algo extendido en casi todo el mundo y no es un problema de una región o cultura particular. Asimismo, la misma no afecta solamente a las escuelas de las grandes ciudades, sino que está presente más allá del tamaño de la escuela o de su entorno socio-cultural. En nuestro País, el acoso también es sumamente recurrente y la televisión y los medios de comunicación informan hechos cada vez más frecuentes y graves. Por ejemplo, en Argentina el Observatorio de Violencia del Ministerio de Educación de la Nación, señala que durante el año 2008 y el 2010 entre un 12% y 15% de los alumnos secundarios han sido objeto de violencia o algún tipo de acoso, por parte de sus pares.

Es ya conocida y aceptada por la Comunidad Científica Internacional la influencia de los medios de comunicación y de la información, sobre la conducta humana. Los medios de comunicación cumplen una función socializadora, transmitiendo una variedad de normas, valores y actitudes que se instalan y luego regulan el comportamiento social cotidiano.

El modelado por imitación o identificación, facilita el aprendizaje de normas y actitudes que progresivamente son aceptadas, conformando así nuevas Representaciones Sociales, generalizándose así un pensamiento colectivo “frecuente”, tomado como “normal”.

Así también permiten una distribución social del comportamiento agresivo, y difunden valores y significados que finalmente son (en cierto modo) aceptados.

Hoy existen diversos estudios sobre la violencia trasmitida por la televisión, ellos demuestran que ésta aparece en un 15% en los informativos y el 85% restante en escenas reales y de ficción.

La violencia mostrada da cuenta de la expansión de la conflictividad humana, expresada entre otras formas, como violencia política, como violencia privada, como violencia urbana y como violencia doméstica.

Recientemente el desarrollo de las últimas Tecnologías de la Información y la Comunicación, la expansión de Internet y la creación de las llamadas Redes Sociales, ha significado que la información acerca de los hechos y sucesos de interés, estén en tiempo real a lo largo y a lo ancho de todo el Mundo...

Anteriormente la información estaba concentrada, se transmitía por los integrantes del grupo familiar, los maestros, los libros. La escuela y la universidad eran los ámbitos que concentraban el conocimiento. Hoy se han roto esos Paradigmas, y mediante Internet hay un acceso universalizado e instantáneo a la información y a los sucesos

Las TICS vehiculizan los multipropósitos de la comunicación humana; penetraron prácticamente todos los espacios, y especialmente en los últimos diez años, han influido significativamente en casi todos los aspectos de la vida, las relaciones, y la comunicación entre las personas y sus instituciones.

También hacen público lo que anteriormente era privado. También el Bulling, o más precisamente el Cyberbulling, trasforma en público y universal el agravio, el menoscabo y la denigración de unos contra otros, lo cual agrava lo que de por si es grave.

Ser tratado y agredido por ser frágil es grave, pero mucho más grave aún es ser un frágil famoso.

4) DEBATE Y DISCURSO

Entendemos que una parte, de los valores que hoy se expanden a través de los medios de comunicación, en especial, mediante algunas series de televisión y algunos reality-shows, facilitan la formación de relaciones tóxicas entre las personas.

Hoy existe un pensamiento colectivo, muchas veces erigido como sentido común, que asume que es divertido reírse y burlarse de los demás, resulta rentable imponerse a los demás. Suele ser una forma de llamar la atención y de obtener un reconocimiento social mediante el hostigamiento al otro. Se trata, en el fondo, de valores en expansión, que priorizan el maltrato y la denotación, como una forma aceptable de obtener rédito o prestigio social.

En su trabajo titulado “Los estragos del acoso escolar”, el Profesor de Psiquiatría de la Universidad de Nueva York, Dr. Luis Rojas Marcos, refiere que según informes reservados en Estados Unidos, el 71% de los asesinatos cometidos en institutos de bachillerato entre 1974 y 2000 fueron protagonizados por jóvenes que habían sufrido Bullying en los seis meses previos. El mismo refiere que en Estados Unidos, alrededor del 30% de los estudiantes de entre 7 y 17 años afirma haber observado Bullying durante el curso escolar, y el 23% confiesa haber participado personalmente.

Sin embargo, sólo un 13% de adultos o profesores dicen haberlo presenciado. Rojas Marcos afirma que el acoso escolar produce daños Psico-emocionales perdurables hasta la edad adulta, en todos aquellos que lo sufrieron de pequeños y va mas allá refiriendo que no todos los escolares maltratados sobreviven a la adolescencia. Algunos se liberan del intolerable suplicio quitándose la vida. En el Reino Unido, él calcula que anualmente un mínimo de 16 niños asediados por sus compañeros, eligen ésa drástica salida.

Nos preguntamos al comienzo de la Investigación cuales son las características del Acoso escolar o Bullying, encontrando en diversos artículos, libros y publicaciones parámetros comunes tales como: burlas, amenazas, aislamiento grupal, agresiones verbales y físicas, producidas por uno o varios alumnos contra otro u otra. Se expande con observadores pasivos directos o indirectos que no interfieren o interrumpen de modo decisivo esos actos. Por tanto concluimos que siempre existe una Tríada: el agredido, el agresor y el espectador.

El agredido desarrolla sentimientos de miedo, pérdida de confianza en sí mismo y de los demás, reduciendo así su autoestima y su calidad de vida.

El agresor aprende un modo eficaz de posicionarse con supremacía frente al otro y conseguir sus propósitos, mediante el uso de la fuerza, el dominio y la agresión, lo cual puede ser generalizado e internalizado con el tiempo como modo exitoso de relacionarse socialmente.

El espectador también incorpora, aprende y distribuye un pensamiento colectivo que el individualismo, la indiferencia y el “no te metas”, son modos relacionales aceptables.

5) HALLAZGOS

A fin de conocer el fenómeno de modo más cercano, se realizó una Encuesta escrita requiriendo saber los siguientes puntos:

1. ¿Conoce Ud. el fenómeno llamado Bulling? ¿Conoce sus componentes? ¿Su duración?
2. ¿Hace cuanto tiempo lo conoce? ¿Piensa que es un fenómeno nuevo? Sus familiares, ¿le informaron de situaciones similares en su pasado?
3. ¿Cómo fue que tomo conocimiento de dicho fenómeno? (Comentarios de personas directa o indirectamente relacionadas con Ud., amigos, medios de comunicación etc.)
4. ¿Tuvo Ud. experiencia directa/indirecta con ese fenómeno? (¿Lo vio/presenció en forma directa o indirecta? Indique detalles).
5. ¿Fue personalmente afectado por el Bulling? (¿Sufrió hostigamiento, agresiones, burlas hacia su persona? ¿Se conoció su caso? ¿Por qué vía?)

6. ¿Fue partícipe de situaciones de acoso, burlas o agresiones a terceros? (¿Fue parte y/o generó hostigamientos, agresiones, burlas hacia otras persona. ¿Se conoció o tomó estado público el caso? Porque vía?)
7. Explicite, según sus criterios o experiencias, que tipos de consecuencias produce en las personas afectadas e implicadas.
8. Mencione las todas causas posibles del fenómeno. (Sociales, Educativas, Económicas, Políticas, Psicológicas, Tipos de Personalidad, otras.)
9. Refiera vías de acción para prevenir, detener y reparar el fenómeno.
10. ¿Qué reflexión/es le merece éste fenómeno?

Con respecto a la muestra seleccionada, se recogieron los datos de Alumnos que están cursando materias de 1º y 2º año de la carrera de Comunicación Social, en la Escuela de Ciencias de la Información. El Corpus de Investigación está compuesto por 77 encuestas realizadas a los Sujetos de Observación, cuyas edades oscilan entre los 18 y los 24 años, de ambos sexos. La participación fue voluntaria.

En las respuestas encontramos diferencias y similitudes que nos permitieron elaborar categorías de análisis y que nos llevaron a determinadas conclusiones, resaltando los aspectos cualitativos respecto al fenómeno Bullying, a través de redes sociales, en el nivel universitario.

RECONOCIMIENTO

La totalidad de los encuestados manifestaron conocer el fenómeno llamado Bullying, ya sea por experiencias personales, porque lo vieron en los medios de comunicación o lo estudiaron en el colegio secundario. En cuanto a los componentes, la mayoría los definió como “violencia, discriminación, burla, agresión, acoso, desprecio” desde un individuo hacia otro, a causa de diferencias personales, étnicas, económicas, físicas, etc., mientras que otros manifestaron no conocer componentes ni duración. Una minoría reconoció como componentes del Bullying a una víctima y un victimario (ya sea un solo individuo o un grupo grande que agrede a un sujeto en particular), y en cuanto al tiempo de duración, manifestaron que duraba hasta que el agredido decidía frenar el maltrato, denunciando o reaccionando frente a la agresión. Muchos alumnos coincidieron en que el Bullying se da entre jóvenes en el marco del ámbito escolar, desde jardín de infantes hasta el secundario, recrudeciéndose sobre todo en la escuela media. Muchos manifestaron que se extiende a ámbitos como clubes, instituciones extraescolares y en redes sociales.

BULLYING EN REDES SOCIALES

Con respecto al Bullying en las redes sociales, la mayoría de los encuestados manifestaron que las plataformas virtuales otorgan cierto grado de anonimato y eso conlleva una cierta libertad para insultar y ejercer violencia y discriminación hacia otro (videos de Youtube, comentarios abusivos de usuarios en Facebook y Twitter, como ejemplos) sin ser reconocido o castigado. De esta manera, plantearon que se traslada el acoso de la vida off-line hacia la vida on-line, y se "expone" a la víctima virtualmente, lo que extiende la duración del fenómeno. Otros estudiantes expresaron no haber presenciado casos de Bullying cercanos a través de las redes sociales pero sostuvieron que ven casos en los medios de comunicación o en otros grupos virtuales. Con respecto a esto último, se mencionaron varias páginas de Facebook donde se suben fotografías de personas y se las rotula (ej.: "Ah listo, qué villero").

En este sentido, los encuestados coinciden en que las redes sociales son un medio a través del cual se expresan modos discriminatorios hacia razas, religiones, géneros, identidad sexual, política, fútbol, tanto en jóvenes como en adultos. Muchos expresaron la falta de un debate "saludable" entre los usuarios, prevaleciendo burlas, insultos y palabras denigrantes hacia el otro. La mayoría de los alumnos destacó que se vuelcan en las redes sociales los prejuicios y estereotipos que se manifiestan en la vida real, solo que en la vida virtual, el "castigo" o la "condena" hacia estos actos discriminatorios son menores o nulos.

HISTORICIDAD DEL FENÓMENO

El total de los alumnos encuestados expresaron que el Bullying no es un fenómeno completamente nuevo, argumentando que desde "siempre hubo peleas y discriminación en los colegios, entre compañeros, sobrenombres "chistosos", etc.". Sin embargo, ha tomado un nombre y una identidad en los últimos años, visibilizado en gran medida gracias a los medios de comunicación. Muchos expresaron que ocurre desde siempre pero en la actualidad sucede con mayor frecuencia y con resultados hasta mortales.

Algunos encuestados han tenido charlas en sus colegios secundarios, donde se les ha informado en qué consiste el fenómeno. El fenómeno no es nuevo, sino que es nuevo el nombre con el que se lo denomina en la actualidad.

Los estudiantes que conversaron con sus familias del tema expresaron que antes era considerado algo normal, que "siempre pasaban cosas así", considerando hechos de este tipo como "anécdotas" y no como algo negativo. Sin embargo, muchos manifestaron que sus padres les han advertido que ante situaciones de agresión, debían avisar y alertar. Pero también hay encuestados que aseguraron nunca haber conversado de este fenómeno con sus familiares.

MASIVIDAD Y COMUNICACIÓN

La mayoría de los alumnos encuestados manifestaron que tomaron conocimiento y le dieron una real envergadura al fenómeno de Bullying gracias a los medios de comunicación, ya sea por noticias, redes sociales, canales de TV infantiles e incluso películas que demuestran esta clase de comportamientos. Por otro lado, también mencionaron experiencias personales con las cuales se tomó conocimiento del tema (ya sea porque les pasó personalmente, lo advirtieron en algún compañero o amigo o le ocurrió a algún familiar). Se realiza una distinción entre el fenómeno y el término. Según los encuestados, el fenómeno se conoce desde siempre, pero el término fue acuñado e informado desde los medios.

Al igual que en el punto anterior, muchos estudiantes manifestaron que tomaron conocimiento del Bullying por campañas de concientización en las escuelas.

EXPERIENCIAS CERCANAS

La mayoría de los estudiantes encuestados manifestaron haber tenido experiencias directas e indirectas con el fenómeno. Muchos lo vivieron personalmente, como víctimas de la agresión y la discriminación, mientras que otros fueron observadores de un grupo que maltrataba a un tercero por ser “distinto”. Las causas que se mencionaron como las razones por las que se llevaba a cabo la agresión fueron: sobrepeso, capacidades en el estudio, modos de comportarse en el aula, diferencias en las personalidades, sobre todo en el colegio primario. En estos casos donde se sufrió personalmente, la mayoría de los encuestados fueron cambiados de colegio por sus padres. Algunos de los afectados manifestaron que desde los directivos del colegio no se tomaban medidas para prevenir estos actos y que muchos profesores lo tomaban como “pelea de chicos” y solo ponían observaciones.

PARTICIPACIÓN

Si bien la gran mayoría se consideró opositora a estos actos de violencia y discriminación, algunos estudiantes reconocieron haber sido partícipes de actos de Bullying en contra de algún compañero en la escuela primaria o secundaria, ya sea como agresor o como observador que festejaba las “cargadas” y las burlas. Siempre argumentando que el grupo “los llevaba a” cometer esos actos.

Ninguno refiere haber sido parte de Bullying en redes sociales.

CONSECUENCIAS DEL BULLYING

Como las consecuencias más comunes se nombraron: baja autoestima, miedo, asilamiento, resentimiento hacia el agresor, problemas para relacionarse, pero como algo que se supera y que ayuda a hacerse más fuerte. Sin embargo, también se mencionaron consecuencias como el suicidio, la depresión, ataques de pánico o trasladar esa violencia recibida hacia otras personas.

CAUSAS DEL FENÓMENO

Las causas más mencionadas fueron las psicológicas: personalidades violentas frente a personalidades tímidas o “débiles”. En este sentido, los encuestados manifestaron que el individuo que agrede posee una personalidad fuerte pero con baja autoestima, quiere sentirse poderoso y lo logra agrediendo a otro más débil. También se refirieron a la situación familiar como una de las causas del Bullying (familias “represoras”, niños que se crían en contextos de violencia doméstica, padres que presionan a los hijos, lo que ocasiona que ese niño termine descargando su frustración en otro más débil.)

Por último, se expresaron causas culturales y educativas, la violencia en el aula como el reflejo de la violencia en la sociedad, estereotipos, la falta del tratamiento del tema en las escuelas, lo que muestran los medios de comunicación masiva.

VÍAS DE ACCIÓN

La mayoría de los estudiantes coincidió en que habría que darle un mayor espacio a las acciones preventivas con respecto al fenómeno de Bullying, favorecer una mayor concientización desde el colegio y desde la misma familia, y que se trabaje sobre la tolerancia, la contención, el respeto hacia el otro. También mencionaron que todas las instituciones sociales debieran generar acciones que fortalezcan la inclusión social y que fomenten la amistad y el compañerismo a través de campañas de concientización.

6) REFLEXIONES FINALES

Tendemos a aportar conocimientos para generar acuerdos sobre la cultura institucional en función de la mirada de los estudiantes. Esperamos realizar un aporte sobre la caracterización del Fenómeno Objeto de Estudio, de quienes hoy transitan en la Universidad.

Por la importancia del tema de fondo que hace a la mentalidad de estas nuevas generaciones, esperamos que este proyecto de investigación pueda trascender, continuar y combinarse con diversas estrategias de reflexión, extensión y capacitación.

La idea central de éste Proyecto de Investigación es realizar un aporte sobre la caracterización de quienes estudian hoy en la universidad para mejorar los modos de llevar adelante prácticas académicas en sus principales aspectos, particularmente en éste caso los modos vinculares y actitudinales, acordes a los Valores del Ser y a los Principios de los Derechos Humanos.

De esta manera se espera poder aportar conocimiento para planificar y generar acuerdos relacionales, y aportar a mantener un positivo clima y una cultura institucional saludable

Se presentarán los resultados a las Autoridades de la Escuela de Ciencias de la Información y a distintas autoridades de la Universidad Nacional de Córdoba, a través de la Secretaría de Ciencia y Tecnología.

7) BIBLIOGRAFÍA

- "Representaciones Sociales" – Autores: Raiter, Zullo, Sánchez, Basch y otros.
- "El Psicoanálisis, su imagen y su público" – Autor: Serge Moscovici.
- "Epistemología, metodología y técnicas del análisis de contenido" – Autor: Luis José Raigada.
- "La caja de Pandora; La representación del mundo en los Medios" – Autores: Raiter, Zullo.
- "Los estragos del acoso escolar" - Autor: Dr. Luis Rojas Marcos.

Ponencia 7 – Comisión 4

Título: El rol del abogado involucrado en la temática – violencia familiar.

Autor/es: Nancy Miriam Goico

Datos y contacto autora:

Dra. Nancy Miriam Goico.-
M.P.1-34146 –
M.F.C.S.J.N. Tº 502 Fº 138.-
TE:+54-0351-156757108

"EL ROL DEL ABOGADO INVOLUCRADO EN LA TEMATICA - VIOLENCIA FAMILIAR".-

INDICE:

1.- INTRODUCCION.-
1.1.- El Abogado Familiarista.-
2.- FORMAS DE TRABAJO EN ESTE CAMPO.-
2.1.- El abogado que trabaja en forma particular.-
2.2.- El abogado que trabaja en relación de dependencia.-
3.- LA RELACION CON OTROS PROCEDIMIENTOS.-
4.- CONCLUSION.-

INTRODUCCION:

El abogado es un profesional que conoce completamente los derechos y las obligaciones de las personas, es decir un profesional de leyes. Su mirada dentro de la sociedad tiene que tender siempre a una convivencia armoniosa y alejada de los conflictos. La violencia familiar es un fenómeno Mundial que lamentablemente va en crecimiento. Nuestro país no está exento de dicho fenómeno multidisciplinario. Lo que ha llevado al aumento de recursos institucionales públicos y privados. Asociaciones ONGS, redes de profesionales o colaboradores contra la violencia de

género. La creación de hogares refugios, entre otras cosas.- Fayt nos enseña pautas para el accionar del abogado: y dice el abogado nunca debe calumniarse a sí mismo, agraviar sus esfuerzos, sus energías y mucho menos dudar de su vocación y sus aptitudes. Debe reciclar sus conocimientos, enriquecer sus experiencias acrecentar la profundidad de sus pensamientos y acumular enseñanza de sus errores y dificultades. Huir de lo que lo excede. No tomar un asunto cuyo conflicto se anude en un tema que no domine o frecuente, ni se sienta obligado a atenderlo por razones de parentesco o amistad, narcisismo o simple vanidad.-

Es una tarea apasionante conocer y respetar los límites disipar las indecisiones y convertir en fuente permanente de prudencia al sinceramiento con nosotros mismos. Esa frecuencia de trato con la verdad, esa meditación aún con la medida más insignificante, auxiliará para evitar la improvisación, la desprolijidad y en definitiva el fracaso irreparable. Debemos ser amigos de la claridad y precisión del lenguaje. Es el instrumento para el ejercicio de la abogacía .**Decir lo necesario, todo lo necesario, pero nada más que lo necesario.-** Claro que esto no es fácil que tenemos inclinaciones a veces invencibles, y tendemos a enriquecer nuestra exposición, con agregados de datos y citas suponiendo que con ello vigorizamos nuestras proposiciones.-

Pensar la violencia desde una visión práctica nos enfrenta a un desafío con cruces de instituciones públicas o privadas, personal de juzgados, colegas y profesionales de otras disciplinas (psicólogos, trabajadores sociales, médicos etc.) por el modo de abordar, asesorar en un escenario atravesando por la incertidumbre como lo es una situación de violencia familiar.- Los abogados tenemos que aprender a abordar los casos de violencia familiar, ya que distan del procedimiento ordinario de los Código Procesal Civil y Comercial de Nación y Provincias. Y la relación entre letrado y cliente debe estar sustentada entre dos pilares respeto y confianza.-

Cuando hablo del respeto, en el binomio cliente-letrado asesor o patrocinante, me refiero a que el cliente debe dejarlo trabajar con sus tiempos y reglas, dado que el lego es el asesor técnico-jurídico y director del procedimiento, por lo tanto es el que se debe hacer plenamente responsable de los errores técnicos-procesales que pudieran surgir de la gestión del caso.- Y por otro lado el letrado debe creer y receptar los hechos como los cuenta el cliente, por eso debe tomarse la libertad de preguntar y repreguntar a los efectos de plantear la estrategia jurídica y plasmarla vía escrito in voce en las audiencias.-

En relación a la confianza, es lo principal en toda relación profesional, la que le permite a la víctima quedarse tranquila, en todo lo relacionado al manejo legal de su caso.- Con estos dos pilares vamos a tener una comunicación honesta,las preguntas, los desacuerdos, lo que le va a dar tranquilidad a la víctima, que está con alguien que sabe de derecho y que la va a defender de todo el caso.- La gran diferencia que hay con este rol es: que en cualquier procedimiento civil, se ve el pasado y pide

que se repare lo hecho sin mirar al futuro, en cambio este procedimiento es especial porque ve el pasado, pero pide resguardo para el futuro.-

1.1.- El Abogado Familiarista:

Quien trabaja en Familia no es el mismo abogado que trabaja para otras ramas del derecho. Aclaro, la conceptualización es FORMACION – CAPACITACION – ESPECIALIZACION JURIDICA E HIPERESPECIALIZACION, es básico para darnos cuenta si un abogado matriculado en el Colegio profesional correspondiente, está habilitado en términos de idoneidad y competencia, para ejercer en cualquier rama del derecho en la que se sitúe un conflicto familiar con involucración de niños.-

El fenómeno familiar actual es un entramado dinámico, con múltiples nudo de conexión, por lo tanto los conflictos familiares que arriban a la justicia, deben ser resueltos por el derecho, teniendo en cuenta que son la expresión de la realidad entendida como un nexo epifenómenos interrelacionados y no solo un desorden jurídico.-

Todos los fenómenos que tienen lugar en el interior de la trama familiar admiten una complejidad , que torna muy difícil la tarea de “hacer justicia”.- Operar en esta problemática siempre trascienden los intereses de algunos de sus miembros.-

Por otro lado el rol del abogado de parte, también se aparta del tradicional desempeño leguleyo, pues el habitual esquema “replica-contraréplica” – “demanda - reconvención –contestación”, puede producir un tironeo entre los integrantes de la trama familiar, que ahonde o profundice la fractura de que se trate, devenida ahora en “conflicto judicializado”.-

Frente a este panorama el abogado interviniente asume un rol importante ya que puede incorporar sensatez y raciocinio, algo que suele faltar en los litigantes, y una mirada integradora de toda la familia, con especial atención a las personas menores de edad involucradas, operando en función de soluciones integrales y coadyuvando a la construcción de un espacio protegido para los niños. Esto no siempre supone que la perspectiva del abogado, no ha de ser solamente que triunfe la apetencia de su cliente sin alcanzar a ver a la auténtica damnificada: la familia.-
LA FORMACION JURIDICA: es la enseñanza impartida en la facultad de derecho, en materias jurídicas que tienen la finalidad de capacitarlo para el ejercicio profesional.-

LA CAPACITACION JURIDICA: son los estudios, practica y entrenamientos necesarios, para superar el nivel básico de conocimiento jurídicos, las aptitudes personales y las habilidades ejecutivas de índole profesional. No olvidemos que capacitar quiere decir “hacer apto o suficiente”.-

LA ESPECIALIZACION JURIDICA: se refiere a los conocimientos teóricos o prácticos de índole genuino en una ciencia o arte. Es la intensificación del estudio y ejercicio de alguna rama del derecho en forma intensa y extensa para dominar a fondo una materia integrativa de algunas de las ramas del derecho como Penal o Civil etc.- LA HIPERESPECIALIZACION: es un proceso fragmentado de un área o disciplina, que se encierra en sí misma negando la multidimensionalidad del sujeto, e impidiendo la contextualización del objeto de estudio sin permitir su integración en una problemática global.-

Un especialista jurídico es un abogado que posee conocimientos, habilidades, destrezas y prácticas de un área, rama o institución determinada del saber jurídico, que ha obtenido el título de especialista universitario. Cuando operamos dentro de la problemática familiar puede suceder que aquello que el cliente desea del profesional no sea lo mejor para el mismo ni lo mejor para sus hijos ya que el denominado DERECHO DE FAMILIA el consultante es solo un emergente de una conflictiva que lo abarca y lo incluye: su familia.-

Cuando no se tiene en mira el interés familiar, es posible que la satisfacción del interés particular del cliente resulte un triunfo solo momentáneo o superficial y que los hijos queden entrampados en un litigio crónico. A la larga esta mirada unidireccional se traduce en más conflictos que devienen en nuevos reclamos judiciales. La historia familiar continúa en tribunales a veces, indefinidamente, porque las relaciones parentales subsisten, aunque transformadas.-

1.2.- PRINCIPIOS BASICOS: el abogado que desee abordar este tipo de temas debe tener en cuenta los siguientes principios, si bien más de uno peca de obviedad nos permite tener en cuenta una plataforma de principios a los fines de unificar criterios de atención.-

1.- Ningún ser humano merece ser maltratado ni golpeado, no hay justificativos ni motivos para darle cause a la violencia dentro de la familia.-

2.-La violencia es incompatible con la dinámica familiar.-

3.- Nadie debe vivir con miedo, lastimado, insultado o amenazado en su propia familia. Debiendo prevalecer la autonomía de cda uno de los integrantes de la familia, el niño debe ser escuchado y acogido en un ambiente familiar cordial y la mujer tratada en situación de paridad con su marido.-

4.- La conducta violenta es una modalidad de comportamiento inaceptable.-

5.- Quien maltrata es responsable de su proceder, no es un enfermo sino que ha aprendido esas pautas de comportamiento y lo ha recibido de generación engeneración.-

6.- Ningún argumento o razonamiento justifica el uso de la violencia, ni la falta de empleo, problemas con adicciones, etc.-

7.- La conducta violenta puede dominarse con orientación y aprendizaje, revisando las heridas ocultas de la propia infancia, los modelos incoporados de resolución de conflictos, las identificaciones con personas violentas de la familia de origen y las motivaciones que se tienen

para lastimar a quienes están cerca. Cambiando lo hábitos de comunicación y las creencias negativas sobre la propia persona y sobre los demás se está en camino de transformar el maltrato en un vinculo alternativo.-

8.- Todos tenemos derecho a enojarnos y expresar la emoción del enojo sin causar daño, no tenemos derecho de llevar ese enojo a la acción, porque el acto violento es una conducta destructiva y un falso desahogo de la ira.-

9.- Una persona que es maltratada no tiene derecho a maltratar a otros (Por ejemplo; la violencia que se reproduce en cascada, según una jerarquía de poder, el marido golpea a la esposa, la mujer golpea a los hijos, los hermanos mayores a los hermanos menores, y así etc.-).-

10.- La creencia acerca de la "provocación" de la violencia es un mito que sirve para justificarla y tolerarla.-

11.- Las intervenciones en Violencia Familiar deben estar realizadas por personas especializadas y entrenadas, las buenas intenciones con riesgos de malas derivaciones o sugerencias incompletas.-

12.- Los varones han de tener cuidado con sus propios estereotipos masculinos cuando orientan a Mujeres Maltratadas.- Es decir que los abogados tienen que prestar atención en no mezclar en su labor sus experiencias personales o aprendizajes pasados basados en una cultura patriarcal.-

13.- Las mujeres han de tener cuidado con sus propios esterotipos femeninos cuando orientan a mujeres maltratadas. Es decir que las abogadas deben tener cuidado de impregnar en sus prácticas profesionales su bagaje de historias pasadas como víctimas o testigo de violencias familiares.-

14.- No se puede ser neutral contra una conducta violenta, ya que es un delito que atenta contra la salud y los derechos humanos. La neutralidad implica falta de compromiso, se deben dar sugerencias, líneas de acción concreta para la consultante.-

15.- Las victimas deben ser tratadas como personas individuales en riesgo, y no como miembro o parte de una familia (una mujer maltratada es ante todo una individualidad y no se la ha de ver de tratar como "esposa o madre", pues se tenderá a exigirle paciencia y sacrificio, de acuerdo a los estereotipos femeninos perdiendo de vista que es su salud y su vida la que está en peligro). En el cuadro de violencia conyugal el foco de la tarea no es el problema conyugal sino poner a salvo y proteger a la mujer y a los hijos.-

16.-Transmita con firmeza que no puede permitirse que nadie lo humille o lo dañe, enseñe esto a la gente para que comprendan, que no es justo y saludable soportar y someterse a vivir en un riesgo crónico.-

17.- Las niñas y niños están diciendo la verdad cuando se animan a hablar de malos tratos y/o abusos sexuales, necesitan ser creídos, aliviados y protegidos.-

18.- Las personas que ejercen violencia en su mayoría NO son individuos con alguna patología especial, atribuirles enfermedades es una manera de justificar su conducta y una forma de declararlos inimputables.-

19.- La conducta violenta es un problema en sí misma. El alcohol y las drogas no son causa, ni la explican aunque agravan el caso. La mayoría de los maltratadores o abusadores no son adictos.

20.- Toda persona que trabaja o presta servicios en instituciones de la comunidad debe tener conocimientos sobre Violencia Familiar para poder realizar la detección y orientación adecuada.-

II.- FORMAS DE TRABAJO EN ESTE CAMPO:

2.1.- El abogado que trabaja de manera particular:

Generalmente el abogado que trabaja en su estudio en forma particular lo hace sin un equipo interdisciplinario, que le brinde una mirada más amplia sobre el tema, es decir no cuenta con un sicólogo y una trabajadora social que le aporte su saber disciplinar, y si los tuviera ocasionalmente tampoco les garantizaría la mirada interdisciplinaria que exige un seguimiento o un plan de trabajo conjunto constante.

Esto también se relaciona con la responsabilidad y la ética del profesional que se arriesga a atender solo este tipo de temáticas. Planteo un interrogante extremo para pensar sobre lo escrito: ¿Qué pasaría si por un mal asesoramiento legal o por una intervención del letrado tardío, la consultante es asesinada por su esposo? ¿Qué responsabilidad le cabe al profesional? ¿Y su conciencia.?.-

El letrado podría eximirse de responsabilidad legal, alegando que su consultante no se presentó en el estudio a tiempo para plantear una estrategia jurídica en tiempo y forma y que su obligación es de medios, es decir tomar todas las diligencias necesarias tendientes a resolver el caso y que a su criterio las ha tomado son prometer resultados.-

A la clienta se le pregunta en su ficha general sus datos personales y especialmente se le pregunta si tiene Obra Social o si cuenta solo con la del estado (hospital público). Esto es para orientarla sobre su atención especializada que va a necesitar.

También existen Centros Integrales de la mujer que atienden casos exclusivos de violencia familiar, esto para que el profesional derive.-

No hay ningún obstáculo para que articulen los profesiones particulares con los profesionales de los hospitales públicos u otras instituciones públicas o privadas.-

Muchas veces los informes de los profesionales que trabajan en el cuerpo interdisciplinario de Protección contra la Violencia Familiar, en la parte final denominada sugerencias, plantean la necesidad de que la denunciante o a veces denunciada concurra a orientaciones sicoterapeutas a los efectos de lograr el empoderamiento. Si en el informe está consignado el lugar no hay inconveniente.

Sin embargo si no menciona el lugar el letrado debe conseguir el mismo. Por eso debe conocer los recursos existentes para que la victima sea atendida.-

2.2.- El abogado que trabaja en relación de dependencia:

El abogado que trabaja en forma dependiente, esta frente a instituciones (direcciones – secretarias – asociaciones, en lo público, y en lo privado en ONG, asociaciones, fundaciones, asesorías) prestan servicios diferentes.-

Reciben a las personas, les informan y le toman denuncias, como en el caso de las Oficinas de Violencia Familiar en el ámbito de las Unidades Judiciales, Tribunales de Violencia familiar, oficinas de Asistencia a la Victima de delitos, esto en Córdoba – Argentina.-

Asesoran legalmente sobre procedimientos de familia – ejemplo un servicio de patrocinio gratuito.-

Asesoran legalmente y orientan psicológicamente a víctimas de violencia familiar como por ejemplo una ONG, un centro Integral de la mujer, una Fundación, redes de mujeres de lucha contra la Violencia, Centros de Asistencia a la víctima. etc.-
Asesoran legalmente-patrocinan casos de violencia familiar, como podría ser el caso de los patrocinios jurídicos gratuitos, asociaciones de abogados, patrocinios de los colegios de abogados, etc.-

Asesoran – patrocinan – orientan psicológicamente a mujeres víctimas de violencia.-

Realizan actividades de prevención, como podría ser el trabajo de algunas asociaciones que realizan actividades informando sobre los derechos del niño, niña y adolescente.-

La ventaja que tiene el profesional que trabaja en relación de dependencia es que esta en un área y su servicio es delimitado específicamente y reside en que conoce su labor ya que la desarrolla diariamente.-

La desventaja es que las mismas instituciones no permiten que el letrado se exceda de sus funciones para lo cual fue contratado, en donde hay protocolo de actuación y reglamentos, esto muchas veces robotiza y burocratiza el trabajo del abogado y repercute en la atención a la gente.-
Es por ello que el abogado debe saber donde derivar cuando el servicio que le solicitan, ahí no lo tienen.-

Nunca olvidar la parte humana de escuchar ya que las victimas están confiandoaspectos de su vida privada a extraños, independientmente que sean profesionales o no.-

III.- RELACION DEL PROCEDIMIENTO EN VIOLENCIA CON OTROS PROCEDIMIENTOS.-

El abogado no puede desconocer, que el procedimiento que se realiza en violencia se encuentra enmarcado dentro de la dinámica de las relaciones de los integrantes de una familia, por lo tanto se vinculan con otros procedimientos como divorcio vincular, alimentos, régimen de visitas , tenencia guarda etc. Y la diferencia que existe entre ellos es que el procedimiento de violencia familiar no es para “apurar la tramitación de un divorcio”, pedir “una tenencia definitiva” o “peticionar una cuota de alimento de manera más rápida”. Cada procedimiento de familia es distinto y no es la intención hacer uso de un solo procedimiento para ahorrarse no hacer los demás debido a que cada procedimiento tiene su formalidad. Este marco no de actuación no debe ser desnaturalizado con planteos que exceden notoriamente el limitado ámbito procesal fijado para la adopción de medidas urgentes tendientes a neutralizar la situación de crisis denunciada ante el órgano judicial.-

Con relación al divorcio, si bien el procedimiento no es consecuencia del otro, sino que el mismo reviste de un trámite especial que dista del trámite dedenuncia de violencia familiar (conforme a los artículos del Código Civil y normas procesales atinentes, suele pasar que la denunciante de violencia familiar posteriormente al vencimiento de las medidas cautelares dictadas, desee divorciarse, posibilidad que no tiene impedimento legal alguno, siempre y cuando se cumplimenten los requisitos sustanciales y procesales para disolver el vinculo. La cuestión centra en el uso de las resoluciones de violencia familiar para acreditar la causal de injurias graves en un divorcio controvertido, o en el mismo expediente de violencia familiar plantear alguna cuestión relacionada al
divorcio que excede la pretensión procesal solicitada.-

Desde ya un divorcio controvertido es un contexto de violencia familiar, no va a ser lo mismo un divorcio en otras circunstancias o condiciones, un abogado que quiere intentar la vía de un mutua acuerdo, será muy difícil. Y sobre todo no olvidemos que un divorcio controvertido, tiene los plazos para llegar a una sentencia definitiva, más extensos y producen mucho agotamiento.-

Es interesante destacar **que la ley de violencia familiar, no está pensada para esposos o miembros de uniones de hecho que quieren separarse (o al menos unos de ellos quiere hacerlo)** Esos casos se regulan por el Código Civil… La Ley de Violencia enfoca en aquellos casos muy numerosos, en los cuales (no importan los motivos) ninguna de las partes quieren separarse (al

menos definitivamente de la otra). En estos casos, aun el danmificado por la violencia lo que desea, no es separarse del otro, sino que cese la violencia y a este fin pide la intervención judicial.-

Sin embargo creo que la Ley de Violencia Familiar, enfoca a todos los supuestos en que haya violencia en el ámbito familiar, independientmente si después se interpone o no una demanda de divorcio vincular. Ante la situación de violencia física o sicológica es poco probable que una persona denunciante de violencia se encuentre en la posibilidad de discernir o tener certeza de su definitiva separación o divorcio, correspondiendo al juez efectuar estas apreciaciones, como paso previo a determinar cualquier medida al respecto.- La aplicación de las medidas previstas por la Ley 24.217 no puede limitarse solamente a los supuestos en los que ninguna de las partes quiera separarse definitivamente, cuando existe una situación de riesgo cuando que requiere la tutela jurisdiccional en forma urgente. Aunque no corresponde la utilización de la ley de violencia familiar como medio para eludir el cumplimiento, de trámites exigidos por las normas que regulan el divorcio u otros conflictos del derecho de familia, no resulta aceptable excluir la aplicación de dichas normas a supuestos de maltrato físico o síquico actuales, comprendidos en su art. 1, porque la victima denunciante haya manifestado, en forma genérica, su deseo de divorciarse.-

Es verdad que el hecho de que uno o ambos esposos hayan manifestado suintención de divorciarse, no excluye la aplicación de la ley si están atravesando situaciones de maltrato que ameritan la intervención urgente, pero es claro que la ley de violencia familiar no puede constituirse en un medio para eludir el cumplimiento de las normas que regulan el divorcio y demás conflictos del derecho de familia.-

Con respecto a la relación entre el procedimiento de violencia familiar y la causal de injurias graves en el divorcio controvertido, un fallo revoca la sentencia que rechazó la demanda de divorcio fundada en la causal de injurias graves por malos tratos físicos y violencia familiar, pues la valoración de la prueba se limitó a la pura consideración lineal, aislada o insular de cada uno de los elementos de juicio rendido, sin otorgarles la necesaria correspondencia, elación, interdependencia y reciprocidad que poseen, desconociendo además la especial materia que se discute.-

De un conglomerado de datos traídos en la demanda, enunciados como conjunto como globalidad, como desgraciada experiencia de vida atribuida a una personalidad violenta e irascible, representada o sintomatizada en distintos episodios, algunos de los cuales y solo algunos habían consistidos en maltratos
físicos, sin perjuicio de hacer referencia lateral a características alcohólicas del demandado.- Deja así en el camino principal la conducta misma en su esencia que fuera expresamente adjudicada al esposo, la continuidad de una línea vital

que estaría asignada por la desconsideración, la ofensa, la vejación. Deja en claro que estamos hablando de una demanda conformada por una denunciada situación de insostenible violencia familiar.-

CONCLUSIONES:

Las personas que se dediquen a abordar la complejidad de este tema, son personas muy especiales, con ganas de mostrar esa vocación marcada en acompañar, proteger y asesorar, con la mayor responsabilidad y respeto por su profesión. Teniendo deseos de entregar de su tiempo, ya que las víctimas de violencias son personas que requieren más tiempo de escucha, que otro tipo de personas –clientes que pueden consultar por un tema diferente.-

No olvidemos que tiene como principales afectados a las mujeres y a los niños y niñas. Es necesario reconocer que vivimos Es necesario reconocer que vivimos una cultura profundamente desigual que le cuesta asumir que el problema de la inequidad de género es un problema fundante de la inequidad social. Hay formas de violencia toleradas y legitimadas socialmente, hay sujetos a quiénes se les atribuye históricamente el derecho de ejercer la violencia y hay destinatarias y destinatarios históricos de esa violencia.

Problematizar sobre cómo se relacionan las políticas de protección local con la Justicia; cómo armonizar el diálogo entre el ámbito municipal y el poder judicial; reflexionar sobre las posibilidades de intervención de informantes aunque no sean víctimas directas; cuál es la legitimación para denunciar y la importancia de una comunicación eficaz son clave para construir un abordaje eficaz de los equipos de trabajo en violencia. Estos elementos se proponen como un aporte a la construcción de un abordaje holístico, totalizador, ante el problema de la violencia de género. Se pretende con estos conceptos contribuir a pensar la política pública, para la erradicación de la violencia y la desigualdad social, y para avanzar en la construcción vínculos fraternos y equitativos.

Ponencia 8 – Comisión 4

Título: La educación sexual integral, puentes iniciales para la prevención y erradicación de la violencia de género.

Autor/es: KARINA VANESA LOSADA

Contacto:

DIRECCION: ELADIO OSORIO N°72. EL CLAFATE. SANTA CRUZ. ARGENTINA CP 9405

TELEFONOS: FIJO 54 2902 493655 / CELULAR 54 9 2966 400459

EMAIL: karinavlosada@gmail.com / karinalosada_historia@hotmail.com

LA EDUCACION SEXUAL INTEGRAL, PUENTES INICIALES PARA LA PREVENCION Y ERRADICACION DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

SINTESIS DE LA PROPUESTA:

El objetivo de esta propuesta en primer lugar busca promover la reflexión sobre el rol docente en el marco de la escuela como garante de derechos, y específicamente del derecho a la educación sexual integral (En adelante ESI) propuesta desde la ley N°26.150, la idea es construir conocimiento en relación con las prácticas de enseñanza, el modo de respuesta a los emergentes vinculados a la temática y buscar el desarrollo de propuestas pedagógico institucionales relevantes, equitativas y justas PARA y CON los adolescentes y jóvenes respetuosas de la diversidad sexual que contribuyan a una trayectoria escolar de calidad y a la formación de ciudadanos comprometidos con la erradicación de la violencia de género en todas sus dimensiones.

La propuesta se concentra en asumir los roles propuestos de intervención en materia educativa por la normativa vigente en Argentina desde la cual el Docente emerge como agente del estado frente a la comunidad educativa y en este orden debe por tanto asumir sin demora su rol de garante de derechos y dar un paso más, la intención es generar un espacio de construcción colectiva en donde los adolescentes y jóvenes como sujetos de derecho sean parte directa de las políticas que los atraviesan, (por ejemplo a través de los Centros de Estudiantes normados en la Ley nacional argentina N° 26.877 de 2013) y que junto a ellos intervengan y trasciendan en las planificaciones propuestas por la Ley N° 27.234, las demás instituciones de la comunidad(ya sean

de carácter municipal, provincial o nacional) con especial énfasis en Defensoría, Secretarias de la Niñez, Secretarias de la mujer, Juzgados de familia, Hospitales públicos, CIC y Comisarias locales.

LA EDUCACION SEXUAL INTEGRAL, PUENTES INICIALES PARA LA PREVENCION Y LA ERRADICACION DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Desde el Ministerio de Educación y Deportes se acercó a los establecimientos educativos material y propuestas con el propósito de acompañar a los equipos directivos y a los y las docentes en la implementación de la Jornada "Educar en Igualdad, Prevención y Erradicación de la Violencia de Género". Esta Jornada se enmarca en el cumplimiento de la Ley Nacional N.º 27.234 sancionada en noviembre de 2015 que establece la obligatoriedad de realizar al menos una jornada anual en las escuelas primarias, secundarias y terciarias de todos los niveles y modalidades, ya sean de gestión estatal o privada. El objetivo que la ley enuncia es el de contribuir a que alumnos, alumnas y docentes desarrollen y afiancen actitudes, saberes, valores y prácticas que promuevan la prevención y la erradicación de la violencia de género. La propuesta que considero indispensable es hacer un pequeño avance más, integrando los esfuerzos de otras instituciones para colectivamente hacer de esta temática un contenido transversal en la educación y aportando a la justicia una mirada desde otros sujetos incluidos en la problemática en cuestión y que muchas veces son ignorados o desatendidos cuando mínimo no tomados en cuenta. Es decir tenemos actualmente las herramientas legislativas para actuar en defensa de los derechos pero aún no hemos logrado elaborar propuestas de intervención conjunta y a mi criterio allí radica una de las principales falencias de estos esfuerzos individuales y sectorizados que no logran contener a los sectores que más los necesitan de manera integral.

Ante el compromiso que esta nueva normativa (LEY N°27234) conlleva para los establecimientos educativos, creo necesario hacer un breve repaso de otras leyes nacionales que también visualizan a las escuelas argentinas como escenarios de protección de derechos. La Ley N.º 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece el derecho de ellos y ellas a vivir con dignidad, a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio y a ninguna forma de explotación. La Ley Nº 26.206 de Educación Nacional establece que es fin de la educación asegurar condiciones de igualdad, respetando las diferencias entre las personas sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo (art. 11). Estos fines y objetivos se retoman en relación con la obligación de las y los docentes de garantizar los derechos establecidos en la Ley Nº 26.061. La Ley de Educación Sexual Integral establece entre los objetivos del Programa Nacional de ESI el de procurar igualdad de trato y oportunidades para mujeres y varones (art. 3). La Ley Nº 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones

Interpersonales aclara cuáles son las formas de violencia que pueden ejercerse contra las mujeres. En su artículo 4 las define como "toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes". Todas estas leyes, acompañadas por la adhesión de nuestro país a Convenciones Internacionales tendientes a promover los mismos objetivos han contado –en la mayoría de los casos– con el apoyo de los y las docentes en las escuelas. Desde la cartera educativa, en los últimos años se han realizado acciones tendientes a visibilizar la responsabilidad de las escuelas como ámbitos privilegiados para garantizar una vida sin violencia de género para toda la comunidad educativa. Por Resolución del CFE Nº 253/15 se instó a las jurisdicciones a promover el efectivo cumplimiento de todas las leyes citadas ut supra. Muchas son las escuelas que en el marco de la implementación de la ESI han llevado adelante proyectos en sintonía con estas temáticas, en todos los niveles educativos.

La Ley Nº 27.234, al tiempo que prescribe una tarea, ofrece la oportunidad de fortalecer las acciones realizadas y avanzar en este terreno, a lo que debemos desde mi criterio, coordinar el acompañamiento a las jurisdicciones por el resto de instituciones de la comunidad, contribuyendo de esta forma a hacer de la prevención de la violencia de género una tarea cotidiana en las instituciones no solo educativas.

LA ESCUELA ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO En la vida cotidiana de la institución educativa tiene lugar un proceso de construcción de un orden pedagógico que contribuye a definir y conformar sujetos femeninos o masculinos a través de la transmisión de un caudal específico de definiciones y relaciones de género, que van pautando modos de comportamiento. Pero al mismo tiempo la escuela puede aportar a la transformación de las bases culturales, modificando aquellas concepciones y prácticas que se reproducen a través de las matrices simbólicas y promoviendo iniciativas orientadas a generar condiciones para la igualdad de derechos y la convivencia saludable entre los géneros y más allá de ellos. La producción de materiales didácticos con enfoque de género para todos los niveles educativos, producidos por el Programa Nacional de Educación Sexual Integral(ESI) en el marco de la Ley N.º 26.150, brinda un punto de referencia para seguir incluyendo y profundizando en esta mirada, sobre los contenidos y los materiales de enseñanza de todas las disciplinas, precisamente allí y desde el origen mismo de la normativa se ha instalado un debate en torno a las miradas sobre la sexualidad que forman parte de una matriz social que producen efectos en cada uno de nosotros, si consideramos la educación sexual como DERECHO SOCIAL Y DEL ORDEN PUBLICO, entonces debe constituirse en garantía del Estado modificando la creencia popularizada de que tales problemáticas pertenecen a la esfera de lo privado. Hay distintas maneras de categorizar los enfoques de la educación sexual y cada uno de ellos plantea una idea sobre la sexualidad. Es imprescindible no perder de vista que estos enfoques son modelos

teóricos y como tales en la práctica suelen superponerse entre sí, por tanto debemos reflexionar respecto de que variables los aleja o los acerca a la ESI. Entre ellos podemos mencionar:

1. Enfoques tradicionales/opuestos al enfoque de la ESI: A) Enfoque moralista; B) Enfoques biomédicos
2. Enfoques que se aproximan a la propuesta de la ESI : A)Enfoque judicializante; B) Enfoque de género

El enfoque integral de la ESI Ley N°26.150, sobre la cual se sanciona en Argentina la mencionada Ley N°27.234, surge en un contexto determinado y se establece en vinculación con otras leyes otorgándole coherencia con el paradigma de derecho. Si bien no profundizaremos en cada una de ellas, consideramos importante conocer, qué leyes (al menos las sancionadas en los últimos 30 años) se vinculan a la 26.150, a fin de entender cómo se van influyendo mutuamente y creando ese contexto que mencionamos. Entre ellas citamos las siguientes:

a. La Ley Nacional de Educación Nº 26.206 (diciembre 2006)
b. La Ley de creación del Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable Nº25.673 (octubre 2002)
c. La Ley Nacional de Protección Integral De Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Nº 26.061 (septiembre de 2005)
d. La Ley Nacional Actos Discriminatorios N° 23.592 (agosto 1998)
e. La Ley Nacional Prevención y Sanción de la tarta de personas y asistencia a sus víctimas N°26.364(2008)
f. La Ley Nacional N° 24.632 que incorpora la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1996).
g. La Ley Nacional Protección Integral a las mujeres N°26.485(2009)
h. La Ley Nacional Identidad de género de las personas N°26.743 (2012)
i. La Ley Nacional Protección contra la Violencia Familiar N° 24.417(1994)
j. La Ley Nacional para la Promoción de la Convivencia y el abordaje de la conflictividad social en los establecimientos educativos N°26.892 (2013)
k. La Ley Nacional Creación de Centros de Estudiantes N° 26.877 (2013)

La primera ley que intentare examinar es la de Educación Nacional, sancionada en diciembre del 2006. La misma constituye el marco general de la política educativa nacional, a ser implementada en todo el país, dirigida a toda la población. Si bien es coherente en su espíritu con la 26.150, específicamente, en su artículo 2 nos plantea que la educación y el conocimiento son un bien público y un derecho personal y social, al que todos los habitantes de la Nación tenemos derecho de acceder. Derecho que deberá ser garantizado por el Estado. En ese mismo artículo nos plantea que el Estado deberá, por lo tanto, garantizar la equidad, gratuidad e igualdad en tal derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias. Luego, en su artículo 11 (donde

plantea sus objetivos) vemos cómo explicita la necesaria inclusión de la ESI cuando en la enumeración de tales objetivos incluye el de “Brindar conocimientos y promover valores que fortalezcan la formación integral de una sexualidad responsable.” En el mismo sentido incluye el de “Garantizar, en el ámbito educativo, el respeto a los derechos de los/as niños/as y adolescentes establecidos en la Ley N° 26.061.”, fortaleciendo la idea de niño, niña o adolescente como SUJETO DE DERECHO. Los y las docentes que trabajan con adolescentes deben poder reconocer estas problemáticas y darles lugar en el aula, brindar orientación a temas como la coerción a la iniciación sexual y las presiones del grupo de pares. Asimismo, es importante que el o la docente posea información sobre recursos locales que abordan la problemática de la violencia y la protección de niños, niñas y adolescentes para su apoyo y derivación. La Ley Nº 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. La Ley N.º 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes reconoce su derecho a la dignidad, a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio, ni a forma alguna de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico o a condición cruel o degradante. En caso de tomar conocimiento de malos tratos o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, los miembros de establecimientos educativos y de salud son legalmente responsables de comunicarlo a la autoridad de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Vinculación con la Ley Nacional de Protección Integral de Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061sancionada en el año 2005, marca una diferencia sustancial en la manera en que el Estado y las políticas públicas entienden y definen a los niños, niñas y adolescentes. Por ese motivo, hablamos de un “cambio de paradigma”, en relación a niñez y adolescencia, la Convención Internacional de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, marca el quiebre normativo entre un paradigma y otro. El anterior, (llamado Modelo Tutelar, en Argentina, “Ley de Patronato”) entendía a los niños, niñas y adolescentes como “menores”, objetos de Derecho. Es decir, personas incapaces de opinar acerca de su situación o de definir sus necesidades y sus problemas, a quienes el Estado debía proveerles una persona adulta que definiera su problemática y decidiera la solución de las mismas. El sistema legal vinculado al Modelo Tutelar intentaba “corregir” cada irregularidad encontrada en tales menores. Tal como lo expresa Kuhn en La estructura de las Revoluciones Científicas (Kuhn, 2007): el pasaje de un paradigma a otro no será de manera inmediata, existiendo un momento de transición: (…)“Durante el periodo de transición habrá una gran coincidencia, aunque nunca completa, entre los problemas que pueden resolverse con ayuda de los dos paradigmas, el antiguo y el nuevo; pero habrá también una diferencia decisiva en los modos de resolución” (p. 139) Así como una de las diferencias elementales de ambos paradigmas es la forma en que definen “el objeto de intervención”, que determina los

objetivos, fines de tal intervención; las problematizaciones son una manera de definir hacia dónde van (o deberían ir) las intervenciones de la política pública.

El nuevo Paradigma, incorporado en Argentina a partir de la adhesión a la Convención Internacional por los Derechos de Niños, niñas y adolescentes (aprobada mediante la ley Nº 23.849, en 1990) y la sanción de la ley Nacional 26.061 (2005), entiende a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, planteando entre otras cosas, que su palabra deberá considerarse en las mismas condiciones jerárquicas que el discurso de un adulto (incluso en sentido jurídico). De esta manera, el Sistema de Protección Integral deberá concentrarse en generar políticas y prácticas que modifiquen las situaciones que generan la exclusión, discriminación, desprotección, o vulneración de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención. Así, en su artículo 3 nos habla de "interés superior", definiéndolo de esta manera:

"se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley."

En ese mismo artículo plantea que, por lo tanto, se deberá respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia."

La ley 26.061 continúa enunciando los diferentes derechos, para llegar, nuevamente a la idea de "incorporar la voz de niños, niñas y adolescentes" en lo que refiere a asuntos que los conciernen. El artículo 24 de la misma ley: DERECHO A OPINAR Y A SER OÍDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;

b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo, y es precisamente aquí donde considero indispensable la articulación con la Ley N° 26.877 Centros de Estudiantes a fin de encontrar un modo participativo de efectivizar el goce de su legítimo Derecho y que actualmente no es utilizado en todas las instituciones educativas de nuestro país.

Por último, otro elemento que es incorporado en dicha ley y que atraviesa a todas las otras que le continúen es el de criterio de corresponsabilidad. Este criterio se refiere a la lógica de la intervención para la restitución de los derechos vulnerados. Propone dejar de pensar en términos de "derivación" (de una institución a otra, de un profesional a otro, de un Ministerio a otro) para pensar la intervención (que abarca al Estado pero también incluye a las Organizaciones No Gubernamentales) como una "responsabilidad compartida", en la que se definan y asuman roles y funciones propias de cada efector, logrando la coordinación de acciones, evitando la superposición de funciones, generando, por lo tanto, acciones integrales.

Ahora bien, la propuesta que presento parte de la implementación y ampliación de la Ley Nacional N°27.234 generando un puente de intervención colectivo frente a lo propuesto por la ESI. En este punto debo mencionar su contenido base a los efectos de dar un marco de referencia de lo que se pretende construir.

LEY DE EDUCACIÓN SEXUAL INTEGRAL Nº 26.150

Producto de una demanda social desde diversas áreas y actores sociales, que manifestaban la necesidad de una Educación Sexual que contemple a los niños, niñas y adolescentes desde un marco de Derechos, en octubre del 2006 se sancionó la Ley de Educación Sexual Integral. El artículo 2 de la 26.150 promueve la creación del Programa Nacional de Educación Sexual Integral, desde el cual comenzaron a desarrollarse las acciones para elaborar, en conjunto con toda la comunidad educativa(la Ley 26.206 establece, en su ARTICULO 4º — El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias), contemplando las leyes antes mencionadas, los lineamientos y contenidos comunes a fin de cumplir con los objetivos planteados por dicha ley.

En el Artículo 1 menciona que "Todos los educandos tienen derecho a recibir educación sexual integral en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de las jurisdicciones nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal. A los efectos de esta ley, entiéndase como educación sexual integral la que articula aspectos biológicos, psicológicos, sociales, afectivos y éticos"

"Todos los educandos": se refiere a niños, niñas, adolescentes y adultos que estén transitando por cualquiera de los niveles educativos, en establecimientos de gestión pública como privada, en todo el país. Se refiere, además, a todas las modalidades existentes en cada nivel (como por ejemplo especial, modalidad jóvenes y adultos) y abarca a todos las variedades de establecimientos que

existen en todo el país (los que funcionan en escuelas o en otros espacios, como son unidades penitenciarias, organizaciones de la sociedad civil)

"…educación sexual integral la que articula aspectos biológicos, psicológicos, sociales, afectivos y éticos". La incorporación de estos aspectos la convierte en una dimensión amplia, que va más allá de una concepción biologicista.

Otro aspecto sumamente importante lo encontramos en el artículo 3, donde define sus objetivos, a saber:

a) Incorporar la ESI dentro de las propuestas educativas orientadas a la formación armónica, equilibrada y permanente de las personas;

b) Asegurar la transmisión de conocimientos pertinentes, precisos, confiables y actualizados sobre los distintos aspectos involucrados en la ESI;

c) Promover actitudes responsables ante la sexualidad;

d) Prevenir los problemas relacionados con la salud en general y la salud sexual y reproductiva en particular;

e) Procurar igualdad de trato y oportunidades para varones y mujeres

CONCLUSIONES:

De manera muy clara, se puede entender que el contenido vinculado a la Educación Sexual se refiere a un conjunto de información, saberes, reflexiones, conocimientos vinculados a la sexualidad humana. El recorrido que hacemos en diferentes ámbitos y espacios de nuestra vida aporta a tal Educación Sexual. Al momento de ingresar en el ámbito educativo formal, los niños, niñas y adolescentes tienen un "camino recorrido" en su educación sexual. Asimismo, por más que la Escuela no se plantee brindar educación sexual, lo hace constantemente. "La sexualidad en la escuela pareciera que ha sido una suerte de secreto abierto, que ha circulado en distintos tipos de intercambios. Si bien la escuela ha guardado cierto "silencio" respecto de la sexualidad, generando una marcada diferencia con el tratamiento del tema en los medios de comunicación, por ejemplo; éste silencio formal contrasta con la puesta en circulación de un conjunto de expectativas, ideales, comportamientos, prohibiciones y prescripciones para los niños y niñas, hombres y mujeres." D. Korinfeld (2005)

En todos los ámbitos de la Institución Educativa se imprimen ideas que se refieren a la sexualidad, por lo tanto, se imparte Educación Sexual: en el contenido de las diferentes materias, en las formas metodológicas que se adopten para abordarlos, en las "voces" que cobran protagonismo en cada relato histórico. También en las reglas que existen para varones y para mujeres, en las actividades

que implican una división de género, en representaciones, expectativas que la escuela tiene acerca de sus estudiantes, en los chistes en la sala de profesores, en la manera en que los adultos se dirigen a los adolescentes, en los insultos que aparecen, las instancias de discriminación, los conflictos que emergen y la manera en que la Escuela los define e interviene. Entonces, ¿a qué se llama Educación Sexual Integral? Según el Ministerio de Educación de la Nación, se llama Educación Sexual Integral "al espacio sistemático de enseñanza- aprendizaje que promueve saberes y habilidades para la toma de decisiones conscientes y críticas en relación con el cuidado del propio cuerpo, las relaciones interpersonales, el ejercicio de la sexualidad y de los derechos de los niños, las niñas y los jóvenes".

Las últimas estadísticas en Argentina revelan que la violencia de género mata a una mujer cada treinta horas. También se ha avanzado en la implementación de políticas públicas en relación con la trata de personas, reconociéndola como otra forma de violencia de género. Como sociedad estamos atravesando un momento de fuerte demanda al Estado para que se planifiquen, financien e implementen políticas públicas de protección a las mujeres y atención especializada a las víctimas y sus hijos e hijas (si los tuvieren), como también políticas de pronta y efectiva intervención del sistema judicial que sancione a los agresores, en la actualidad de la localidad en la que resido (EL CALAFATE SANTA CRUZ ARGENTINA) podemos visualizar claramente la minimización de la problemática cuando se trata de sus propias agentes en las comisarías provinciales, de esta manera la violencia de género trasciende y se convierte en violencia institucional(tema que me gustaría desarrollar en otra oportunidad), creo que en este punto se torna fundamental en cuanto a la necesaria participación de los Comisarios y demás miembros en la propuesta que presento(me baso en entrevistas realizadas por mí y no citadas en este trabajo por pedido de miembros femeninos de la policía local que han sido víctimas de violencia de género y que hoy padecen violencia institucional y sienten temor de continuar siéndolo, pero de la que puedo dar fe). Asimismo, es importante el desarrollo de campañas de sensibilización y prevención en la problemática; y un trabajo sostenido para seguir avanzando en un cambio de modelos educativos y culturales, que apunten a construir una sociedad justa y equitativa, erradicando la violencia de género. Es por lo mencionado hasta aquí que consideramos la Ley N°27234 y su propuesta de ampliación a otros sectores de cada comunidad, una herramienta de construcción colectiva para la erradicación de la violencia de género.

PROPUESTA CONCRETA DE IMPLEMENTACION:

1. LA LEY N° 27.234 establece la realización de una JORNADA NACIONAL EDUCAR EN IGUALDAD: PREVENCION Y ERRADICACION DE LA VIOLENCIA DE GENERO, otorga los lineamientos para desarrollarla antes, durante y después y es aquí donde considero que debemos convocar a las instituciones mencionadas en la síntesis del presente trabajo, con especial énfasis en las judiciales y policiales.

2. Habiendo comprometido a las instituciones no solo educativas sino de toda la comunidad en si establecer una periodicidad regular anual no sujeta al voluntarismo sino al compromiso efectivo de las partes establecidas en los municipios por ejemplo a través de ordenanzas municipales.
3. Convocar a los Centros de Estudiantes a conformar una federación de jóvenes a los efectos de coordinar y planificar en conjunto con el resto de las instituciones el plan a implementar, para asegurar una real participación como sujetos de derecho. Para iniciar desde la Educación puentes que nos conecten y nos permitan comenzar con la prevención destinada a la erradicación de la violencia de género en nuestro país.
4. Promover encuentros semestrales a nivel provincial para presentar conclusiones, avances y propuestas de intervención.

BIBLIOGRAFIA:

- Tratado de Derecho de Familia, Molina de Juan Mariel F,(Rosana Di Tulio y Elena Radyk Coordinadoras), tomo I, Bs As. La Ley. 2015
- Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Fernández Silvia Eugenia Directora de Tomo, Tomo I, Bs As. , Abeledo Perrot, 2015
- Cohen Imach, Silvina: Mujeres maltratadas en la actualidad: apuntes desde la clínica y diagnóstico, Buenos Aires, Paidós.2013
- Fainsod, Paula: "Violencias de género en las escuelas", en Carina Kaplan (dir.), Violencias en plural. Sociología de las violencias en la escuela, Buenos Aires, Miño y Dávila.2012
- Faur, E. "La educación en sexualidad". En El Monitor de la Educación. N° 11, 5° época, marzo/abril 2007, pp. 26-29. Disponible en: http://www.me.gov.ar/monitor/nro11/dossier1.htm
- Kuhn, Thomas :La estructura de las Revoluciones Científicas, 2007
- Maffia, Diana: "Por qué hablamos de femicidios?", Página 12, 30 de mayo. 2016
- MATERIALES DE CLASE SEMINARIO: Especialización Docente de Nivel Superior en Educación y Derechos Humanos (2016). Programa de Educación Sexual Integral. La Educación Sexual en la escuela: un derecho que nos incumbe: Clase 01: Tradiciones sobre la educación sexual y la propuesta de la ESI. Buenos Aires: Ministerio de Educación y Deportes de la Nación.

- Moore, Henrietta (1991): Antropología y feminismo, Madrid, Cátedra
- Faur, E. "La educación en sexualidad". En El Monitor de la Educación. N° 11, 5° época, marzo/abril 2007, pp. 26-29. Disponible en: http://www.me.gov.ar/monitor/nro11/dossier1.htm Ley Nacional Nº 26.150
- Bibliografía complementaria:

- Dina Czeresnia. “El concepto de salud y la diferencia entre prevención y promoción”. Scharadrodsky, P. “La educación física escolar argentina. 1940-1990. De la fraternidad a la complementariedad”. Disponible en: http://www.scielo.org.pe/pdf/anthro/v22n22/a03v22n22.pdf
- Britzman, D. (2007) “Curiosidade, sexualidade e currículo”. En Lopes Louro, G. (org.) O Corpo educado. Pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autentica, pp. 83-112 Disponible en la sección Archivos.
- Morgade, G., Baez, J., Zattara, S. Díaz Villa, G. (2011) “Pedagogías, teorías de género y tradiciones en “educación sexual”. En Morgade, G. (comp.). Toda educación es sexual. Buenos Aires: La Crujía, pp. 23-52.
- Especialización Docente de Nivel Superior en Educación y Derechos Humanos (2016). Programa de Educación Sexual Integral. La Educación Sexual en la escuela: un derecho que nos incumbe: Clase 01: Tradiciones sobre la educación sexual y la propuesta de la ESI. Buenos Aires: Ministerio de Educación y Deportes de la Nación.
- Web**:** http://esi.educ.ar/ Cartilla para realizar Jornada “Educar en Igualdad: prevención y erradicación de la violencia de género**”** http://esi.educ.ar/wp-content/uploads/2016/08/violencia280616-web1.pdf
- DIRECCIÓN GENERAL DE CULTURA Y EDUCACIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Marco General de Política Curricular. Niveles y Modalidades del sistema educativo. La Plata, 2007.
- VARGAS, Graciela. El enfoque de género y derechos humanos en el tema trata y tráfico de personas. En Las Juanas Editoras, Se Trata de nosotras. Editorial Sudestada. Buenos Aires, 2013. Cap. 2. Disponible en:
- AA.VV. Desarrollo de capacidades para el ejercicio de la ciudadanía. Ediciones de UNICEF Argentina, Marzo de 2006. Capítulo 1: Pensar y actuar en clave de derechos humanos. Disponible en:

- AUDIOVISUALES Programa Nacional de ESI (canal: www.youtube.com/user/ESITECA) /ESI. Modalidad Educación Permanente de Jóvenes y Adultos (https://youtu.be/XNRJJyQ6zi4) /Género y equidad (https://youtu.be/YsUNgxwKtlk) Canal Encuentro (www.encuentro.gov.ar)/ Programa Historias de género, 8 capítulos (http://goo.gl/tsnffR)/Programa Queremos saber, capítulo “Violencia de género”(http://goo.gl/92bWHR)/Programa Conurbano, capítulo “Diana Sacayán” (http://goo.gl/u4UpCW)

Ponencia 9 – Comisión 4

Título: La intervención judicial en cuestiones de violencia.

Autor/es: Viviana Karina Kalafattich

Contacto.

DIRECCION: SALTA 679 – FORMOSA – ARGENTINA

TELEFONO FIJO: 3704 – 438614

TELEFONO CELULAR: 3704 – 242466

MAIL: vkalafattich@hotmail.com

"LA INTERVENCION JUDICIAL EN CUESTIONES DE VIOLENCIA"

RESUMEN DE LA PROPUESTA CONCRETA: Incorporar la perspectiva de género en el análisis de las violaciones a los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y que los juzgadores en la materia –ya sea del fuero penal o civil- se complementen a través del diálogo e intercambio y sobre todo de capacitaciones permanentes, pero exhortando a una actuación activa del juez en los casos de violencia, quien en forma personal debe escuchar a la víctima siendo indelegable tal función. De igual manera evitar el desistimiento de la denuncia o del proceso por parte de la víctima, donde el juez deberá tomar todos los recaudos posibles para asegurarse que no existe un grave e inminente riesgo para la misma.

LA INTERVENCION JUDICIAL EN CUESTIONES DE VIOLENCIA

Por VIVIANA KARINA KALAFATTICH[454]

"Hay criminales que proclaman tan campantes ¨la maté porque era mía¨, así no más, como si fuera cosa de sentido común y justo de toda justicia y derecho de propiedad privada, que hace al hombre dueño de la mujer. Pero ninguno, ninguno, ni el más macho de los supermachos tiene la valentía de confesar ¨la maté por miedo¨, porque al fin y al cabo el miedo de la mujer a la violencia del hombre es el espejo del miedo del hombre a la mujer sin miedo"

EDUARDO GALEANO (periodista y escritor uruguayo – 1940-2015) en "La mujer sin miedo"

I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objetivo determinar cómo se debe actuar desde el sistema judicial ante la necesidad de una respuesta urgente a la gran cantidad de denuncias de violencia familiar que en todas las jurisdicciones se plantean día a día, evitando cualquier revictimización.

Resulta que en mi ciudad natal, Formosa (Argentina), las denuncias de violencia familiar, en la gran mayoría, ingresan por la policía, ya que es la autoridad más cercana que posee la víctima, pero dicha institución continúa con la práctica de remitir el sumario al fuero penal solo si existe delito, caso contrario queda en el olvido, sin siquiera examinar el contenido de las exposiciones policiales –manifestación unilateral- de uso habitual, violándose expresamente el art. 23 de la Ley Nacional 26.485[455].

La gran discusión entonces radica si la violencia es un delito o un conflicto, y en su caso, si las leyes penales, las sanciones punitivas o la represión por parte del Estado son

---

454 Jueza del Tribunal de Familia de Formosa, Argentina. Especialista en Derecho Procesal y Derecho de Familia. Diplomada en Justicia, Violencia y Género. Docente de grado y posgrado en la Universidad de la Cuenca del Plata.

455 Art. 23. Exposición policial. En el supuesto que al concurrir a un servicio policial solo se labrase exposición y de ella surgiere la posible existencia de violencia contra la mujer, corresponderá remitirla a la autoridad judicial competente dentro de las VEINTICUATRO (24) horas.

suficientes para erradicar, reparar o restaurar los derechos de la víctima, lo que intentaré desentrañar en la presente ponencia.

Asimismo en la práctica, el gran problema se vislumbra en la necesidad de garantizar el acceso a justicia a la mujer, en erradicar todo obstáculo para denunciar, sin discutir que fuero o juez interviene y toma las medidas urgentes, aunque la víctima no lo haya pedido, haya delito o no, esté el agresor privado de su libertad, o no. La solución puede ser variada, lo que surgirá del análisis, pero lo que no puede discutirse es que debe ser rápido y eficaz.

El objetivo de ésta investigación y el reflejo del trabajo de campo que la función me asigna, es que sirva como protocolo de actuación en casos de violencia, analizando las distintas legislaciones a nivel internacional, nacional y provincial, evitando demoras innecesarias actuando con celeridad, efectividad y eficacia, ya sea previniendo o sancionando éste flagelo que lamentablemente se ha propagado en nuestra sociedad.

II.- NORMATIVA ACTUAL EN MATERIA DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN LATINOAMÉRICA.

Aprovechando la oportunidad que la temática elegida inspira el presente trabajo, corresponde repasar las respuestas que desde el ámbito jurídico se brindan para afrontar las violencias contra las mujeres. Ello nos va permitir tener un panorama suficientemente amplio que nos permita confrontar la realidad en que el derecho local se halla en cuanto al tratamiento del tema, siempre, a la luz que impone el derecho internacional de los derechos humanos.

La región latinoamericana cuenta con una serie de países con identidades propias, que la hace sumamente rica y multicultural. Sin ir más lejos, nuestra provincia tiene una gran influencia guaraní por la pertenencia histórica de la región y por la proximidad territorial, como también con tres (3) etnias aborígenes –Tobas o Qom, Matacos y Pilagá- que en su gran mayoría poseen sus asentamientos en el interior de la provincia. Ello hace imposible mostrar una sola realidad, pero la temática que nos ocupa corta transversalmente a todas esas poblaciones, sea cual fuera su origen, etnia o color.

En la región las respuestas que se dieron para atender las distintas formas que adquiere la violencia contra la mujer resultan ser el producto de años de labor, de la lucha

inclaudicable de movimientos feministas, de organismos estatales y no gubernamentales, marchas y contramarchas, que, importó la toma de conciencia por parte de la sociedad de discursos y prácticas sociales muy fuertemente arraigadas culturalmente y que fue instalando los nuevos paradigmas de derechos humanos.

No puedo dejar de destacar que en lo concerniente al derecho internacional de los derechos humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y el instrumento regional que significa la Convención de Belém do Pará nos permite advertir la relevancia que tiene el tema en el actual pensamiento jurídico y hace que el derecho no se agote en la norma local, lo que a mi criterio es suficiente para resolver una situación como la que nos convoca.

Pero no obstante ello, y siendo que todos los países de Latinoamérica hemos suscripto y ratificado dichos tratados, en los últimos años han aparecido leyes locales que regulan lo concerniente a ésta temática, lo que lleva a afirmar no solo la trascendencia del tema sino que ocupa prioritariamente la agenda de las políticas públicas de los países signatarios, aún con la diferencia que existen entre los mismos[456].

En primer término destaco la Ley 1524 del año 2012 de **Colombia** que asume un conflicto jurídico que actúa en el campo del derecho penal, eliminando el carácter de querellable y desistible del delito de violencia familiar, por lo que se concluye que refleja un gran cambio en el abordaje de la problemática en el ámbito punitivo, pues la acción deja de ser disponible y pasa a ser seguida por el Estado a través de las instituciones destinadas a tales efectos. O sea que, la cuestión se aleja del interés puramente privado y la persecución penal del infractor representa algo que motiva el accionar del aparato estatal.

A su vez en el plano judicial la Corte Constitucional de éste país[457], según algunos autores uno de los tribunales más progresistas de la región y probablemente del mundo, pudo trabajar sobre éste fenómeno de las violencias contra las mujeres dando conceptos claros y precisos.

Por su lado **Perú** ha realizado recientemente una serie de cambios legislativos para atacar la situación expuesta. Es así que en Septiembre de 2015 por el decreto legislativo 1236 se ha sancionado el decreto legislativo de migraciones, el que, a grandes rasgos flexibilizó los

---

456 Javier Muñiz, Actualidad en materia de Violencias contra las Mujeres en la Región Latinoamericana, publicado en la Revista de Derecho de Familia No. 75 de Julio de 2016, de Abeledo-Perrot, pág. 226.

457 Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión, 18/11/2014, sentencia T-878/14.

requisitos para renovar la residencia de extranjeros en el país, evitando así dar lugar al concepto de vulnerabilidad como es la doble condición de mujer y migrante.

El país trasandino de **Chile** también entendió que el maltrato contra las mujeres es un tema lo suficientemente grave y complejo como para dejar su solución librada a las manos de la composición privada de conflictos y, como tal, debe ser encarada desde distintos ángulos. Por ello en Marzo de 2015 se sancionó la Ley 20.820 por la que se creó el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, ente que tiene a su cargo la misión de colaborar con el presidente de la nación en el diseño, coordinación y evaluación de las políticas, planes y programas destinadas a promover la equidad de género, la igualdad de derechos y de procurar la eliminación de toda forma de discriminación arbitraria en contra de las mujeres (art. 1).

El vecino país de **Uruguay** se encuentra atravesando un momento crucial en materia de lucha contra las violencias contra las mujeres, ya que en los primeros meses del año 2016 el Poder Ejecutivo envió al Congreso el proyecto de "Ley integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia Basada en el Género", por lo que del nombre mismo del proyecto de ley surge cuál es su objetivo y el propósito bien definido, destacando las categorías de violencia que conocemos a lo que se agrega como novedoso la "violencia política" entendida como acto de presión, persecución, hostigamiento, amenazas o cualquier tipo de agresión a una mujer candidata, electa o en ejercicio de la representación política, o a su familia, para impedir o restringir el libre ejercicio de su cargo o inducirla a tomar decisiones en contra de su voluntad, de sus principios o de la ley.

La **Argentina** no fue distinta a los países mencionados, pues las respuestas dadas ante las violencias contra las mujeres se inscriben en un plano conceptual mucho mayor, cual es el del reconocimiento de los derechos civiles de aquellas. Sabido es que los primeros códigos no igualaban a hombres y mujeres en cuanto al ejercicio de los derechos reconocidos, por ejemplo en el Código de Vélez Sarsfield la mujer no era más que una incapaz de hecho, lo que se modificó recién con la sanción de la Ley 17.711 en el año 1968 en coincidencia con los cimbronazos que causaban los discursos feministas en ese mismo año. Es así que la situación jurídica de la mujer va evolucionando, citando a modo de ejemplo que el 7 de Diciembre de 1.994 sanciona la Ley 24.417 de Violencia Familiar, luego en el año 2009 la Ley 26.485 de "Protección Integral a la Mujer", a posteriori el 14 de Diciembre de 2012 mediante Ley 26.791 se introduce en el Código Penal la figura agravada del Homicidio, o sea el Femicidio –sin la específica denominación- .y finalmente el 1º de Agosto de 2015 comienza a regir el nuevo Código Civil y Comercial del país (Ley 26.994).

Estas regulaciones legislativas pretenden dar una respuesta efectiva a un conflicto tan complejo como las que causan las violencias contra las mujeres, para lo cual la labor judicial, que consiste en aplicar las mismas, nos hará advertir ciertas debilidades que evidencian el fuerte arraigo por lo formal por ante los derechos humanos.

III.- LA SOLUCIÓN JURISDICCIONAL: PENAL O CIVIL?

La ley es solo un instrumento en el contexto de una política pública de prevención y erradicación de la violencia familiar, particularmente en contextos en que la consagración de derechos ha sido insuficiente para garantizar su ejercicio. En Argentina, como en otras regiones de América Latina, el tema no pasa por consagrar derechos, sino protegerlos para impedir que -a pesar de las declaraciones solemnes- éstos sean continuamente violados[458].

Casi todos los países de América Latina cuentan con una ley especial de violencia familiar, pero no obstante aún existen tareas pendientes y necesarias para asegurar una adecuada justicia a las víctimas de violencia. Se trata de armonizar el conjunto de la legislación con los principios de los derechos humanos para eliminar en algunos casos los resabios de una legislación patriarcal o para identificar adecuadamente toda las formas de violencia. La sanción de normas específicas sobre violencia familiar por parte de los estados requiere de un profundo debate previo en torno a dos temas que hacen a la conceptualización de la violencia y un tercer aspecto que se vincula con la eficacia y garantía de las medidas que se adopten[459]. En Argentina contamos con normas específicas, de avanzada y precisas según mi humilde opinión, pero todavía estamos atravesando la etapa del tercer aspecto que hace a la intervención estrictamente jurisdiccional.

Ahora bien *¿La violencia es un delito que se resuelve recurriendo al derecho penal o un conflicto social que debe atenderse con otros recursos?* Por lo que se concluye que la violencia es conflicto que puede derivar en un delito, pues se plasman los indicadores tales como la persistencia en el tiempo entre una parte débil y otra que se impone, donde siempre una parte subestima a la otra por medio del uso de la fuerza o el ataque sistemático: desde lo psicológico, físico, moral, sexual, patrimonial, social (bullyng). Se da

---

458 Norberto Bobbio, “El tiempo de los derechos”, Madrid, Sistema, 1991, p. 35.

459 Haydee Birgin y Natalia Gherardi en “Violencia Familiar: acceso a la justicia y obstáculos para denunciar”.

siempre en un ámbito de subordinación y falta de empoderamiento y estima. *¿La violencia contra las mujeres se inscribe en el contexto de la violencia familiar o en uno más específico de violencia de género?* En el caso de la Argentina la propia ley conceptualiza de forma diferenciada ambas modalidades, identificando a la Violencia de Género como general (art. 4)[460] y a la Violencia familiar o doméstica como una de las modalidades específicas (art. 6. a)[461], pero aún hay poca claridad en identificar una y otra, o lo más grave hay carencia de conocimiento de los indicadores que la misma ley describe en los propios operadores.

Pero para permitir la efectiva aplicación de las normas que se adopten, cobra centralidad el acceso a la justicia entendido como un derecho ciudadano que el Estado tiene la obligación de garantizar. Ese derecho está consagrado en la Constitución Nacional (tratados de rango constitucional desde 1994)[462] y en la propia Ley 26.485 en su art. 2) inc. f) que concretamente dice: *"El acceso a la justicia a la que hace referencia la ley que se*

---

460 ARTÍCULO 4º — Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.
Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón. Se entiende por relación desigual de poder, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

461 a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia;

462 Consagra el acceso a la justicia el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

reglamenta obliga a ofrecer a las mujeres víctimas de violencia todos los recursos necesarios en todas las esferas de actuación del ESTADO NACIONAL, ya sean de orden administrativo o judicial o de otra índole que garanticen el efectivo ejercicio de sus derechos. El acceso a la justicia comprende el servicio de asistencia jurídica gratuita, las garantías del debido proceso, la adopción de medidas positivas para asegurar la exención de los costos del proceso y el acceso efectivo al recurso judicial".

Considero que las leyes han sido útiles para el conocimiento de la existencia de la protección jurídica a la víctima y también aportan a la reducción de casos en tanto las mujeres se empoderen de sus derechos. Opino que nos encontramos en Formosa, en lo que llamo "primer estadio": que es el de conocimiento siendo el indicador de que nos encontramos en el primer peldaño el aumento de las denuncias, pero aspiramos a llegar pronto al 2do. estadío: que es el de conocimiento y concientización y al 3er estadío: que significa el empoderamiento propiamente dicho y produce la acción concreta de la mujer para el cambio lo que aún está en formación y aplicación. El empoderamiento real de la mujer se refleja con la disminución concreta de denuncias reflejadas por las estadísticas. O sea que llegaremos al 3er. estadío cuando el empoderamiento real de las mujeres se traduzca en acciones de "promoción de su propia autonomía".

Tamar Pitch[463] señala que la denuncia de violencia en el ámbito penal no sirve porque la mayoría de los procesos por malos tratos familiares acaban en absoluciones o condenas muy leves y, en particular, terminan mucho tiempo después de presentada la denuncia cuando la situación -de una forma o de otra- se ha modificado. Si aumentar la pena prevista resulta ser una medida bastante discutible para prevenir la violencia sexual, aún más discutible resulta en el caso específico de la violencia doméstica que no se presenta como un acontecimiento único y concreto, aun cuando culmine en un trágico homicidio de la mujer o de los hijos o de ambos. Para estos casos, la justicia penal es lenta y más bien ineficaz.

Se evidencia que la solución jurisdiccional inmediata la tiene que brindar el juez que tuvo primer contacto con la víctima –penal o civil, o de paz o contravencional o faltas- no solo porque lo habilita la ley sino que de lo contrario es el propio Estado quien viola los tratados internacionales cuyo compromiso se ha asumido hacer cumplir y hasta cabría la posibilidad de incurrir en el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público si no se actuare en tiempo y forma.

---

463 Tamar Pitch, Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad.

IV.- EL ROL ACTIVO DEL JUEZ.

El juez no es alguien que aplica el derecho en forma mecánica, pues la respuesta final que nos brinda cualquier instancia jurisdiccional ante un caso es el elemento que más importa, por lo que resulta trascendente el modo en que se construye el razonamiento, pues, en el estado actual del pensamiento jurídico, el juez realiza una tarea de análisis a través de la argumentación para fallar en la forma en que lo hace. Y he aquí donde aparecen los elementos más sobresalientes del decisorio ya que el juez va recorriendo un camino que abarca desde lo genérico a lo específico, es decir se relata sobre la necesidad de la protección a la mujer, cual es la normativa aplicable al caso, las obligaciones que corresponden al Estado y también a la sociedad, y particularmente, el hecho mismo que diera origen al proceso –la denuncia- y cuál es la norma que transgrede el agresor, la necesidad de intervenir en la vida privada de esos ciudadanos, y, finalmente la sanción y la aplicación de las distintas medidas protectorias que –de no hacerse en ese proceso- podría hacer de imposible cumplimiento la reparación jurisdiccional.

Esas medidas protectorias, según nuestra Ley 26.485 son amplias y tienden a evitar una revictimización de la mujer en los distintos ámbitos, ya sea pública o privada, lo cual en razón de las atribuciones que se arrogan los jueces, incluso al imponer obligaciones adicionales no previstas específicamente en la ley, lejos de criticarse apunta a lograr una real indemnidad para la mujer agredida, pues de lo que se trata es de restablecer ese orden que se vio roto a partir del acto violento, empoderando a las mujeres de sus derechos vulnerados. El juez debe ser creativo, tomando medidas no solo sancionatorias, sino correctivas, pensando y actuando hacia futuro, en el entendimiento que la mujer víctima de violencia se encuentra en un nivel de desigualdad tal respecto de su agresor que la respuesta del estado, o resolución judicial, será el primer peldaño para que la misma advierta que sus derechos están garantizados.

En esa idea traigo a colación los desbarajustes que existen en las distintas jurisdicciones para determinar quién es el juez interviniente respecto de las medidas protectorias, sobre todo cuando se configura un delito pero de ello derivan otras cuestiones. En Formosa se encuentra vigente la Ley Provincial No. 1160/95 modificada por Ley 1191/96 que dice*: "Art. 7°.- En los procesos por alguno de los delitos previstos en el Libro Segundo, Título I, Capítulos I, II, III, V y VI; Títulos III y V, Capítulo I del Código Penal, cuando damnificado y procesado convivan bajo un mismo techo, sean cónyuges, concubinos, colaterales, ascendientes o descendientes de uno de ellos o ambos, y dicha convivencia permita presumir la reiteración de hechos similares, el Juez penal podrá disponer como medida*

cautelar la exclusión del hogar, o en su caso la prohibición de ingreso al mismo. Esta decisión podrá· fijarse como condición para su excarcelación, en los casos en que esta fuera procedente" por lo que recientemente la Corte local ha hecho al respecto -y haciendo hincapié en que el derecho penal no es la última ratio- una interpretación razonable por cuanto resulta interesante no solo la claridad que introdujo en la cuestión sino su actuación como órgano de armonización de normas[464], siempre desde los

[464] Acuerdo 2901 del 14/09/2016 del Superior Tribunal de Justicia de Formosa: Visto el Expte N°5279/16, en donde se informa sobre situaciones derivadas de la aplicación de la Ley 1160 – modificada por Ley 1191/96 – en ámbitos del Juzgado de Instrucción y Correccional Nº 5 y la necesidad de coordinar con dependencias que se ocupan de la misma materia, especialmente con la Oficina de Violencia Familiar. Que se advierte un equívoco en los alcances que se asigna al fuero de Instrucción y Correccional tal como surge expresamente de la Ley 1160 (y su modificatoria), porque el Artículo 1º de dicho cuerpo normativo, establece la expresa intervención de los Jueces de Instrucción y Correccional que se encuentren de turno por hechos ocurridos en la jurisdicción que les corresponde cuando razones de urgencia así lo ameriten, en cuyo caso, podrán adoptar algunas de la medidas que se detallan en el Artículo 4º de la misma Ley, lo que implica, que la discrecionalidad que surge del texto no se refiere a la posibilidad o no de adoptar medidas provisorias, que deben ser aplicadas ineludiblemente en función de la urgencia que menciona la norma y de la manda establecida en el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino a la elección de la medida que resulte más adecuada al caso planteado, cualquiera fuere la situación procesal de quien resulte imputado y de que se encuentre o no privado de su libertad, alcance que corresponde asignar al Artículo 7º de la misma Ley de Violencia Familiar. Que tampoco puede desconocerse que éste Superior Tribunal de Justicia ya implementó la "Unidad de Enlace de la Procuración General para la Coordinación en materia de Violencia Intra-familiar y de Género" (Acuerdo 2852 punto 2º), uno de cuyos objetivos es precisamente la "Coordinación respetuosa y solidaria en las diversas instancias para obtener de manera expeditas las medidas cautelares y/o de protección para las víctimas de violencia intra familiar en general y de género en particular" como así también, la de "coordinar con las unidades judiciales con competencia en la materia la atención a las víctimas de violencia intra familiar y de género en procura de alcanzar los efectos legales correspondientes", para cuya eficacia es necesaria la intervención permanente, como órgano destinado a tal fin, antes todas las Instancias judiciales que entiendan en la compleja y grave situación de la Violencia Intra-familiar. Que siendo así, siendo política de éste Superior Tribunal de Justicia la aplicación de todas las medidas que resulten necesarias para la prevención y sanción de todos los hechos constitutivos de Violencia Intra-familiar, **ACORDARON:** 1. Hacer saber a los Jueces de Instrucción y Correccional de la Provincia que cuando deban intervenir por mandato de los Artículos 4º y 7º de la Ley N.º Ley 1160 – modificada por Ley 1191/96, la discrecionalidad que surge del texto no se refiere a la posibilidad o no de adoptar medidas provisorias, que deben ser aplicadas ineludiblemente en función de la urgencia que menciona la norma y de la manda establecida en el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino a la elección de la medida que resulte más adecuada al caso planteado cualquiera fuere la situación procesal de quien resulte imputado y de que se encuentre o no privado de su libertad. 2. Disponer la intervención obligatoria de la "Unidad de Enlace de la Procuración General para la Coordinación en materia de Violencia Intra-familiar y de Género" aprobada por Acuerdo 2852 punto 2º, en todas las instancias judiciales donde se tramiten casos de Violencia Intra-familiar, a cuyo titular se deberá dar vista de las actuaciones pudiendo solicitar las medidas que en cada caso corresponda, propendiendo siempre a la unidad de acción de los distintos órganos judiciales. 3. Hágase saber al Tribunal de Familia, a los Jueces de

Derechos Humanos. Con ello se simplifica como se ha visualizado el rol de la víctima, ya que la misma no puede andar deambulando de pasillo en pasillo para que le reciban la denuncia o le garanticen sus derechos, no solo porque se viola el derecho de acceso a justicia sino porque se la revictimiza, pudiendo incluso configurarse violencia institucional desde el propio poder judicial.

Pero no solo en causas de violencia familiar el juez debe ser activo, sino en otros procesos como el penal, trayendo en éste punto a colación una causa de Tentativa de Homicidio agravado por el vínculo donde sobresale el voto de uno de los integrantes del Tribunal de Casación y que entre otras consideraciones asevera: *"….es necesario hacer frente a los actos de violencia en sí, pero también atacar sus causas estructurales, como modo casi único de una acertada prevención. Dentro de ese esquema es necesario continuar con el reconocimiento de las necesidades jurídicas de las mujeres, adecuando así las estructuras y prácticas organizacionales en general. La evidenciada carencia de ésta perspectiva no hace más que "traducir valoraciones propias de un determinado contexto histórico que es, justamente, el que no se desea más, esto es, el que se asienta en relaciones asimétricas a partir de la asignación de pretendidas diferencias sexuales"*[465]. Ante la ojos del magistrado surge la característica sexista del sistema de justicia criminal inquisitivo, lo que es un obstáculo insalvable para la mujer, evidenciándose una intervención estatal más preocupada por lo formal que por lo real, donde, como suele suceder, la carga se deriva a la víctima, quien luego de formulada la denuncia debe concurrir asiduamente a tribunales para lograr la pervivencia del caso y que no se archive. Que lo dicho precedentemente haya sido escrito en una sentencia por un juez varón, con perspectiva de género, ya es un aliciente esperanzador.

V.- JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Instrucción y Correccional de la Provincia, a los Jueces en lo Civil y Comercial de la Segunda y Tercera Circunscripción Judicial y de El Colorado (cf. Art. 1º segundo párrafo de la Ley 1160 y su modificatoria).

[465] CFCasación Penal, sala II, 06/10/2015 – R.E.A. s/ recurso de casación – Tentativa de Homicidio agravada por vínculo (cita on line: AR/JUR/3777/2015) – Voto del Dr. Alejandro W. Slokar.

Generalmente surge del dialogo con los colegas juzgadores que están convencidos que la necesidad de juzgar con perspectiva de género solo se limita a los casos de violencia familiar o de familia, pero la cuestión es transversal a todo el derecho, a todos los fueros.

Ello es así para lograr concretar en la practica la igualdad de las mujeres, ya que si bien contamos con un plexo normativo internacional, regional, nacional y local, las estadísticas reflejan que aún continúan existiendo mujeres víctimas de violencia doméstica, sexual, económica, laboral, sanitaria, etc., por el solo hecho de ser mujer, es decir en razón de su condición de tal y que no gozan de igualdad con los varones en orden al ejercicio de sus derechos humanos básicos*. ¿Cuál es la razón?* No es otra que la formación cultural y con patrones sociales enquistados desde años remotos en los operadores del derecho, más concretamente en los juzgadores, razón por la cual concluyo que el cambio está en cada uno de ellos, en uno mismo, en la conciencia de la sociedad, en la necesidad de revertir nuestra formación cultural y comenzar a cuestionar lo que naturalmente es correcto, porque ello conlleva discriminación, desigualdad, maltrato y hasta lamentables muertes.

Siguiendo a Graciela Medina[466] he de transcribir lo que se entiende de cómo debe intervenir la justicia cuando se juzgan hechos en los cuales se encuentra comprometido el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres. Entonces, según la citada autora argentina, la justicia debe juzgar con perspectiva de género por las siguientes consideraciones:

a.- Porque los jueces tienen el imperativo constitucional y supranacional de hacer efectiva la igualdad;

b.- Porque los magistrados no pueden ignorar la existencia de patrones socioculturales y en consecuencia no pueden decidir este tipo de cuestiones como si fuera un caso en el cual se definen los derechos de dos hombres o de dos empresas, sino que debe juzgar con perspectiva de género;

c.- Porque si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con

---

[466] Graciela Medina. "Juzgar con perspectiva de Género: ¿por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿Cómo juzgar con perspectiva de género?, publicado en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año VII, No. 10 – Noviembre de 2015 - Editorial La Ley – Buenos Aires – Argentina.

idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto;

d.- Quienes imparten justicia tienen la posibilidad de traducir los tratados en realidades para las personas, de evidenciar el compromiso del estado con la justicia y de evitar la revictimización;

e.- Porque si no se juzga a nivel nacional con perspectiva de género se obliga a las víctimas a recurrir a instancias internacionales para efectivizar sus derechos, lo que posterga las aspiraciones de las víctimas y compromete la responsabilidad del estado.

En la práctica lo que se vislumbran son prejuicios e interpretaciones equívocas, que no solo llevan a que el caso tenga un resultado injusto sino que va acrecentar la violencia que está padeciendo la víctima, incluso facilitando consecuencias drásticas como el femicidio.

Por ello resulta importante poner en claro que la labor jurisdiccional juega un rol relevante en la caracterización de las mujeres[467], que no se basan en los roles estereotipados asignados cultural o socialmente a las mujeres, como por ejemplo que la mujer es sensible por eso es quien debe cuidar de sus hijos y mantenerse en el ámbito privado, en cambio el varón es fuerte, seguro proveedor y por ello se le justifica su relación con lo público.

Otra cuestión que tiene relación con lo que se desarrolla más adelante es que el juzgador no llega a comprender porque la víctima ha callado y no ha denunciado antes su padecimiento, incluso duda de ella, sin advertir que su testimonio es la prueba por excelencia en éste tipo de procesos.

Siendo el género una construcción social, se concluye que la desigualdad entre el hombre y la mujer se construye por la injerencia de esos patrones socioculturales androcéntricos que reproducen la discriminación en todos los ámbitos.

VI.- DESISTIMIENTOS DE DENUNCIAS DE VIOLENCIA FAMILIAR.

[467] Corte Suprema de Justicia de México, “Protocolo para juzgar con perspectiva de género”, pág. 14.

El derecho debe ser comprendido como un todo, pues la conducta humana, si bien aparece como una integralidad, va variando de acuerdo a las circunstancias.

Si bien el desistimiento es una figura procesal prevista en la mayoría de los códigos de procedimiento de los países que integran América Latina, véase que el tema en análisis requiere y exige una justicia diferenciada, pues como decía el maestro Morello[468] *"no es imaginable lo material sin el anexo viabilizador de lo procesal, sobre todo porque éste debe guardar la debida correlación con las profundas modificaciones que –en el orden sustancial- se han producido en la materia".*

Lo que quiero significar es que debe analizarse lo procesal desde un todo, ya sea lo de fondo, lo sustancial y lo de forma, es decir la estructura de lo pedido. La división en ramas –de fondo o de forma, penal o civil, etc.- responde a fines eminentemente didácticos y a la limitación de la capacidad humana que hace imposible su captación en forma integral por lo que surge la necesidad de dividir el derecho en distintas ramas[469].

Entonces, partiendo de la base que el procedimiento debe ser un elemento que contribuya a la protección de las personas en situación de violencia, lo que se consigue con conocimiento y el desarrollo de acciones concretas en base al mismo, no podemos desconocer que ésta decisión es parte del ciclo de la violencia en las relaciones de pareja y por eso se produce ese cambio, pues está litigando contra la persona con la que formó una familia, se siente indefensa e insegura y ello produce la modificación en su decisión.

En la fase de la "luna de miel" posiblemente la denunciante desista de la acción entablada creyendo que en los cambios de personalidad del denunciado y en un próspero futuro, e incluso la propia familia, hijos, hermanos, padres así lo crean.

---

468 Morello Augusto M. "Familia y jurisdicción. Hacia una tarea interdisciplinaria". Jurisprudencia Argentina, 1990-IV-879.

469 Corbo, Carlos M. "Como se relaciona el derecho de familia con las distintas ramas del derecho a través de que método? Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Argentina – Pág. 12.

Cecilia Cabrera[470] indica que en éste periodo todo vuelve a la normalidad, pero pasado el tiempo lo mínimo hace que vuelva a generarse la situación. En ese plazo de arrepentimiento es cuando la mujer dice que quiere levantar la denuncia o que se archive. Al desatarse la situación de violencia vuelve la denuncia.

La experiencia como juzgadora me lleva a afirmar que el desistimiento de la víctima –a pesar que en ese momento exista cierta "reconciliación" con su agresor- no obedece a una decisión libre y autónoma de la víctima, pues en realidad –por su particular afectación psicológica y su estado de vulnerabilidad- ésta puede ser incapaz de comprender y calcular el riesgo de una nueva agresión, posiblemente más severa y grave. No es posible aceptar el desistimiento sin antes analizar los motivos que llevan a la víctima a tal decisión –que generalmente lo exteriorizan en la audiencia, cuando son convocadas junto al agresor- pues si aceptamos el desistimiento en materia familiar estamos reforzando el poder del agresor, contribuyendo al mantenimiento del ciclo de violencia familiar y por ende que las agresiones sean cada vez más repetidas y agudas[471].

Por ello, la regulación de las distintas situaciones que procesalmente se pueden ir presentando en materia de violencia familiar, requiere un conocimiento especializado de la temática en todos los temas del derecho tanto de fondo como de forma. La admisión del desistimiento ante la primera manifestación de la víctima atenta directamente contra el respeto y la dignidad de la persona como también contra el derecho a una vida en familia y una vida sin violencia.

La indagación –a través de la intervención de los equipos interdisciplinarios tantas veces como sea necesario tanto a las partes como a todo el grupo familiar conviviente- y la posterior convicción de que la pareja realmente convivirá en un plano de igualdad y equidad es requisito indispensable previo a decidir si procede la aceptación del desistimiento.

---

[470] Violencia de Género: cada vez más denuncias para perder la invisibilidad, Diario El Popular, 19/03/14 http://www.elpopular.com.ar/eimpresa/183572/violencia-de-genero-cada-vez-mas-denuncias-para-perder-la-invisibilidad.-

[471] Laurente Coaquira, Silvia V. "La improcedencia del desistimiento en los procesos tutelares por violencia familiar", art. Citado.

VII.- CONCLUSION Y PROPUESTA.

Estamos ante un flagelo que requiere de respuestas multidimensionales y no unilaterales; como de una política estatal sincera tanto desde lo formal y lo normativo como del comportamiento y actuación de los distintos actores. No sirve de mucho tener un gran instrumento como CEDAW o Belem do Pará si luego un juez o un fiscal ordenan el archivo del caso, o cuestionan la competencia o minimizan el relato.

Entiendo que existe una urgente necesidad de reconfigurar patrones normativos pero a su vez, de armonizar los mismos. El juez, aquel que haya intervenido primeramente con la situación, tiene amplias facultades para encuadrar los hechos en el derecho que estima ajustado, como también debe ordenar todas las medidas que esté a su alcance.

Pero debe quedar claro que la víctima no debe ser expuesta a una revictimización o ser pasible de violencia institucional, haciéndola recorrer cuantos mostradores u oficinas entienda el operador que "en suerte" lo atendió. El sistema judicial debe ser univoco y contundente ya que debe lograr no solo que el conflicto se destrabe sino que no repita.

Existen numerosos proyectos en cuanto a la conveniencia de la creación de juzgados o jurisdicciones especializados en la materia, pero las propuestas en cuanto a intervención judicial deben basarse en los recursos humanos y materiales con los que contamos, para lo cual entiendo que las buenas prácticas harán efectivas un mejor servicio de justicia en lo que hace a la materia y sobre todo redundará en beneficio de la víctima que en la mayoría de los casos recurre a la justicia esperanzada en poder vivir una vida sin violencia, nada más y nada menos.

Esas buenas prácticas -que se han visto efectivizadas en el ámbito en donde desarrollo mi actividad cotidiana- consisten en: la creación de la Oficina de Violencia Familiar que depende del Tribunal de Familia, integrado por un equipo interdisciplinario de médicos, psicólogos, asistentes sociales y abogados; la creación de la Oficina de la Mujer que tiene por objetivo primordial la promoción y capacitación a jueces, funcionarios y empleados sobre los Derechos de las Mujeres, la creación de la Unidad de Enlace que depende de la Procuración General y cuyas metas son armonizar y coordinar con los distintos estamentos que juzgan e intervienen en la materia y sobre todo la defensa técnica gratuita de la víctima y del victimario por parte de las Defensorías Oficiales.

Propongo que:

1.- Reflexionemos sobre la necesidad impostergable de interpretar los instrumentos legales internacionales y nacionales a la luz de la perspectiva de género como derecho humano fundamental;

2.- Incorporar la perspectiva de género en el análisis de las violaciones a los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos;

3.- Los juzgadores en la materia –ya sea del fuero penal o civil- se complementen a través del diálogo e intercambio y sobre todo de capacitaciones permanentes, lo que obviamente debe ser sostenido desde el órgano central a través de becas, licencias y pagos de perfeccionamientos, tal como lo consagran las Reglas de Brasilia.

4.- La creación y sostenimiento de un ente que nuclee a todos los actores –jueces, fiscales, defensores y asesores- para coordinar adecuadamente la actuación de cada operador y evitar así la sobreactuación del Estado, que como la experiencia me indica conlleva a acumular más tensiones y menos soluciones.

5.- La actuación activa del juez en los casos de violencia, quien en forma personal debe escuchar a la víctima –no solo cuando radica la denuncia de ser necesario sino al momento de la audiencia- siendo indelegable tal función porque como surge de la mayoría de las leyes de violencia que hemos analizado es ahí donde casi siempre interviene el victimario por primera vez, a quien también debe concedérsele el derecho de ser escuchado.

6.- En casos de desistimiento por parte de la víctima, el juez debe tomar todos los recaudos posibles para asegurarse que no existe un riesgo grave e inminente para la misma.

Ponencia 10 – Comisión 4

Título: La prevención del maltrato intrafamiliar a los niños: una contribución a la paz.

Autor/es: Aída Fernández de los Campos - Martha Ortega Ortiz

Contacto:

Dras. Aída Fernández de los Campos y Martha Ortega Ortiz
Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB
Avda. 42 No. 48-11 Bucaramanga, Santander
Teléfono: (76) 6436261 Ext. 155
Correo electrónico: demafc@unab.edu.co

"LA PREVENCIÓN DEL MALTRATO INTRAFAMILIAR A LOS NIÑOS: UNA CONTRIBUCIÓN A LA PAZ"

RESUMEN

Este texto tiene como finalidad promover una reflexión en torno al maltrato intrafamiliar hacia los niños desde un enfoque basado en los derechos humanos y a la necesidad de reforzar el abordaje preventivo de la problemática, mediante la implementación de una formación de padres de tipo experiencial, en aras de coadyuvar a la labor formativa de la familia y a la consolidación de una sociedad democrática.

LA PREVENCIÓN DEL MALTRATO INTRAFAMILIAR A LOS NIÑOS: UNA CONTRIBUCIÓN A LA PAZ

El fenómeno de la violencia es tan antiguo como el hombre, puesto que ha estado siempre presente como una sombra en la historia de la humanidad. Hoy reviste nuevas formas y se ha intensificado a nivel mundial[472].

En el plano internacional, de acuerdo con el Informe del Experto Independiente de las Naciones Unidas, presentado a la Asamblea General en el 2006, la violencia contra los niños[473], y por consiguiente, el maltrato, existe en todos los países del mundo, independientemente de las culturas, clases sociales, niveles educativos, ingresos y origen étnico. El estudio destaca que eliminar y dar respuesta a la violencia contra los niños, y al maltrato, como una de sus manifestaciones, es quizá más difícil en el núcleo familiar que en ningún otro, dado que éste es el más privado de todos los ámbitos de tal naturaleza. Sin embargo, los derechos de los niños[474] no terminan en la puerta del hogar familiar, ni tampoco acaban ahí las obligaciones que tienen los Estados de garantizar tales derechos a los niños.

Entre las recomendaciones resalta la formulada respecto de la necesidad de dar prioridad a la prevención de la violencia contra los niños y textualmente expresa "así como es esencial dedicar recursos a la intervención una vez se ha producido la violencia, los Estados deberían asignar recursos adecuados a abordar los factores de riesgo y prevenir la violencia antes de que ocurra…..".

Por otra parte, el Comité de los Derechos del Niño[475] en sus Observaciones Generales No. 8[476] y 13[477] pone de precedente el deber que tienen los Estados partes de la Convención

---

[472] La sociedad contemporánea atraviesa una crisis que se encuentra estrechamente relacionada con toda una problemática económica, social y política, que el individuo debe enfrentar para alcanzar su desarrollo integral. Las deficiencias y carencias económicas, sociales y educativas, provocan que se den situaciones de quiebre en los diferentes ámbitos en los que se desenvuelven los grupos más vulnerables de la población, como por ejemplo los niños, a quienes a diario se violan sus derechos, a pesar de que a lo largo y ancho del planeta, se proclame su protección integral.

[473] Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, titular activo de derechos que reivindica con autonomía, con base en los lenguajes que maneja según la etapa de su desarrollo. La garantía de sus derechos es el cumplimiento del deber primario del cuidado que tienen sus padres para asegurar la gestión autónoma de su vida, en la dimensión de la libertad y del ejercicio responsable de esos derechos.

[474] En la concepción del niño como sujeto de derecho subyace la idea de igualdad jurídica, en el sentido que todas las personas son destinatarias de las normas jurídicas y tienen capacidad de ser titulares de derechos, para luego acceder a fórmulas más perfectas como, la igualdad ante la ley o la igualdad en los derechos, lo cual conlleva a concebir los derechos humanos como un proceso de construcción de ciudadanía, siguiendo a Hannah Arendt (1974), que se expresa en la fórmula del reconocimiento del "derecho a tener derechos".

[475] Órgano de naturaleza convencional, encargado del monitoreo de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

de los Derechos del Niño[478] de tomar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para que los niños dejen de estar expuestos a toda forma de violencia.

De acuerdo con la encuesta de *Child Fund Alliance*, publicada el 20 de noviembre de 2013, realizada a 6.500 niños de 47 países, acerca de sus opiniones frente a la violencia, la paz, qué harían si fueran gobernantes de su país y qué les genera seguridad y felicidad, se obtuvieron los siguientes resultados: el 28% de los niños en las Américas atribuye la violencia a la mala conducta (incluyendo la desobediencia, la pereza, la codicia y la mentira), seguido de un 20% a la violencia doméstica, un 17% a las drogas y un 15% a la delincuencia; el abuso doméstico constituye la principal causa de violencia en Nicaragua 68%, seguido de Paraguay (38%) y Ecuador (32%) y el 31 % de los niños encuestados en Bolivia atribuyeron la violencia al uso del alcohol, mientras el 37% de los niños en Brasil la relacionó con las drogas.

A la pregunta ¿Qué significa la paz para ti? La mayoría de los niños (26%) respondieron "no guerras", siendo más fuerte esta respuesta en los países en desarrollo (34%) especialmente en África (22%). Para el 21% de los niños de la Américas la paz es armonía y unidad (20%) y no violencia (17%).

Respecto a si fueran los líderes y gobernantes de sus países, los niños del mundo aumentarían las leyes y el orden para estar más protegidos (30%). Mejorar la educación es también importante para este objetivo, así lo consideraron el 17% de los niños en países en desarrollo frente a 6% en países desarrollados, así como garantizar la seguridad de los niños, (12% en total de países).

En cuanto a qué los hace felices, los niños y niñas de los países en desarrollo son cinco veces más propensos a generar un sentido de felicidad y seguridad asociado con la escuela, mientras que los niños de países desarrollados manifestaron preferencia hacia estar con los amigos (31%) frente a 14% en los países en desarrollo.

Cuando se trata del ambiente donde se sienten más felices y seguros, los niños en las Américas son los que mayor importancia dan a la familia (69%) frente a los niños de otras

---

[476] Observación General No. 8 (2006) El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras forma de castigos crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros.

[477] Observación general No. 13 (2011) Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

[478] A la fecha, faltan por ratificar el documento, Sudán del Sur y Estados Unidos.

regiones y países desarrollados. Igualmente al responder sobre quiénes son sus héroes para el 54% de los niños de las Américas, más allá de superhéroes o deportistas, éstos son sus padres o miembros de su familia. En síntesis, este estudio nuevamente resalta que muchos de los niños, niñas y jóvenes en Latinoamérica son afectados por la violencia y el abuso, en especial por el abuso doméstico y reafirma la necesidad de que la protección de la niñez sea incluida como un tema prioritario dentro las metas globales de desarrollo.

Asimismo, el 20 de noviembre del 2013, se dio a conocer el informe de *Child HelplineInternational* (CHI) "*The Voices of Children and Young People*", que destaca la siguiente información: más de 4 millones de niños y jóvenes reportaron a CHI, en la última década, alguna forma de violencia, física, emocional o abuso sexual. La violencia y el abuso es una problemática constante en todas las regiones del mundo. Con un porcentaje de 46%, Europa lideró el número de llamadas a las "líneas amigas", seguida de Asia Pacífico (31%), África (14%), América y el Caribe (7%), Medio Oriente y el Norte de África (2%). La mayoría de los niños que llamaron, sus edades oscilaban entre los 10 y 18 años. Entre otros datos es significativo que el 58% del abuso físico es cometido por miembros de la familia; la mayoría (60%) del abuso y de violencia es reportada por las niñas; más de 1.5 millones de contactos se relacionaban con problemas en la escuela; los maestros y los compañeros de clase son los principales victimarios.

En el hemisferio americano, el Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez (2009) se hace eco de las propuestas formuladas por el Comité de los Derechos del Niño, y enfatiza en la provisión por parte de los Estados, de medidas apropiadas que basadas en las condiciones de especial vulnerabilidad de los niños garanticen el pleno respeto de sus derechos.

Lo expuesto da cuenta que la violencia está en todo y en todas partes: en la familia, en la sociedad y en el Estado, como reflejo y desarrollo del ejercicio de la autoridad, lo cual permite cuestionar si la misma constituye un comportamiento humano instintivo o aprendido.

En este sentido, se parte de que la violencia no es intrínseca a la naturaleza humana y que por consiguiente puede ser evitada, pues sus raíces son culturales. Se trata de una manera de actuar que se transmite de una generación a otra mediante los canales habituales – la familia, las instituciones educativas, el juego, el deporte, reforzado por los medios masivos de comunicación, de lo cual se desprende la posibilidad de su transformación.

Por consiguiente, este planteamiento implica la posibilidad de promover el fortalecimiento de un enfoque preventivo, que contribuya a la erradicación de conductas que son expresión de la violencia, como las que dan lugar al maltrato a los niños en el ámbito intrafamiliar por parte de sus figuras parentales[479], las cuales vulneran los derechos de este segmento de la población, al afectar su desarrollo integral.

La magnitud de esta problemática, el costo de las intervenciones rehabilitadoras junto a la escasez de fondos públicos, abogan por un cambio paradigmático en el énfasis que se concede al tratamiento frente a la prevención.

Los diferentes estudios de este flagelo han coincidido que su génesis, se produce especialmente durante la niñez, en el seno de la familia y concluyen que en diversos estudios, se ha encontrado que la agresión excesiva en la primera infancia, especialmente la agresión física, es un factor predictivo de primer orden de comportamientos violentos en la adolescencia y en la juventud. (Dodge 2003, Nagin y Tremblay 1999, Klevens 2000).

El maltrato en niños y adolescentes es considerado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como un problema de salud pública, por la gravedad del fenómeno y sus consecuencias, lo cual implica la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado. El porqué de su ocurrencia debe buscarse a partir de un modelo ecológico como el propuesto por Urie Bronfenbrenner, renunciando a todo intento simplificador de explicar el fenómeno a partir de la exploración de un solo factor causal para abrir la mirada al abanico de determinantes entrelazados que están en su raíz.

Una de las dificultades de dicha problemática es la invisibilidad, no se reconoce y por lo mismo, no se denuncia. Además, existen pocas investigaciones relacionadas con el maltrato desde el área de la salud pública, aun cuando es ampliamente reconocido por el impacto psicosocial y económico que éste ocasiona.

Asimismo, también se ha demostrado que una agresión física elevada a los seis años de edad es predictiva de muchos comportamientos posteriores como la deserción escolar, la actividad sexual precoz y el consumo de sustancias. (Nagin, 1999). Por este motivo, diversos autores recomiendan que los esfuerzos de prevención se orienten a evitar la violencia, interviniendo en los primeros años de la vida.

[479] Elmaltrato a los niños se puede definir como "cualquier daño físico o psicológico producido de forma no accidental ocasionado por sus padres o cuidadores que ocurre como resultado de acciones físicas, sexuales o emocionales de acción u omisión y que amenazan el desarrollo normal tanto físico, psicológico y emocional del niño" (Martínez y De Paul, 1993).

Como expresa el político Benjamín Franklin, "una onza de prevención vale tanto como una libra de curación". A partir de esta célebre frase, se le otorga el soporte a los programas de promoción y prevención, caracterizados por acciones enfocadas a desarrollar conjuntamente con otras identidades sociales.

Una asistencia exclusivamente focalizada hacia el tratamiento deja a muchos niños en riesgo de maltrato además de llegar, en muchas ocasiones, demasiado tarde y de conllevar una erogación de recursos públicos sin garantizar la eliminación de sus secuelas en el desarrollo físico y socioemocional de los niños.

Por lo anteriormente expuesto, diversos autores recomiendan que los esfuerzos de prevención se orienten a evitar la violencia, interviniendo en los primeros años de la vida. Se trata de una opción ética e impregnada de valores respecto al tipo de sociedad que las personas desean conformar. Quienes no sufren situaciones de violencia como el maltrato intrafamiliar, se encuentran en condiciones de desarrollar sociedades justas y solidarias, por lo que se impone su eliminación de los escenarios de socialización, como la familia y el fortalecimiento de la comprensión por parte de los padres de cuál es el alcance del deber de crianza de sus hijos.

Acorde con los compromisos jurídicos internacionales que tiene Colombia respecto de la institución familiar, la niñez y adolescencia, la erradicación de la violencia intrafamiliar y por consiguiente el maltrato a los niños como una manifestación de aquélla (Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Para"), desarrolla una legislación específica en la materia, que parte de la jerarquización de la familia en el ámbito constitucional (Constitución Política de Colombia de 1991 , art. 42), a la que se reconoce como "núcleo fundamental de la sociedad", garantizándole el Estado y la sociedad la protección integral y declarándose que cualquier forma de violencia en su interior, se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Igualmente, los derechos de los niños y de los adolescentes adquieren rango constitucional, disponiendo el art. 44 "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud….., el cuidado y amor…..Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral…abuso sexual….Gozarán también de los demás

derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. El artículo 45 expresa "el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral…..".

Con base en lo establecido en la Constitución en materia de protección a la familia, se expide la ley 294 de 1996, por la cual se desarrolla el citado artículo 42 de la Carta Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Este texto ha sido modificado por las leyes 575 de 2000 y 1257 de 2008.

Por su parte el Código de la Infancia y la Adolescencia, en el artículo 18 reconoce el derecho a la integridad personal de los niños, las niñas y los adolescentes y dispone que "tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario. Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona". Asimismo, en cuanto a la responsabilidad parental, en el artículo 14, expresa que "en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos".

En ese sentido, la ley 1616 de Enero de 2013, en su artículo 1º. Afirma la importancia que tiene el garantizar la salud mental a la población colombiana, priorizando a los niños, niñas y adolescentes, mediante la promoción de la salud y la prevención del trastorno mental y la atención integral, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 49 de la Constitución y con fundamento en el enfoque promocional de calidad de vida y la estrategia y principios de la Atención Primaria en salud.

Además, El Código Penal de Colombia, en el Título VI, dentro de los delitos contra la familia, incluye en el capítulo primero, artículo 229, la violencia intrafamiliar, disponiendo que "el que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar,

incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.
La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando el maltrato recaiga sobre un menor.

Ante la responsabilidad de garantizar los derechos humanos de los niños y con el objeto de prevenir y erradicar la violencia del seno familiar, en 1998, el Estado colombiano formula la política de Construcción de Paz y Convivencia Familiar – Haz Paz.

Posteriormente, en cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, Estado Comunitario Desarrollo para Todos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, coordina en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, la implementación de la Política de Construcción de Paz y Convivencia Familiar. Más adelante, en el Plan de Desarrollo "Prosperidad para Todos" 2010-2014, se plantea la implementación de estrategias de capacitación a las familias, padres, agentes educativos y cuidadores en la comprensión de los niños y jóvenes como sujetos de derechos, lo cual se refuerza en el Plan 2014-2018 "Todos por un nuevo país. Paz equidad educación". Desde esta perspectiva, una sociedad en paz enfoca sus esfuerzos en el cierre de brechas e invierte recursos en mejorar la cobertura y calidad de su sistema educativo. Una sociedad equitativa, es decir, sin marcadas diferencias socio-económicas permite la convivencia pacífica y facilita las condiciones de formación en capital humano. Y, una sociedad educada cuenta con una fuerza laboral calificada, sin grandes diferencias de ingresos y con ciudadanos que resuelven sus conflictos sin recurrir a la violencia.

Como complemento de lo anterior, en el Plan Decenal de Salud Pública, PDSP, 2012 – 2021 se afirma que: la salud pública es un compromiso de la sociedad con su ideal de salud, es un pacto social y un mandato ciudadano que define la actuación articulada entre actores y sectores públicos, privados y comunitarios para crear condiciones que garanticen el bienestar integral y la calidad de vida en Colombia. Este documento es la carta de navegación que plantea la línea de trabajo para dar respuesta a los desafíos actuales en salud pública y consolidar, en el marco del sistema de protección social, las capacidades técnicas en los ámbitos nacional y territorial para la planeación, ejecución, seguimiento y evaluación de las intervenciones.

De lo expuesto, corresponde a la academia desempeñar un rol activo en la formación de profesionales quienes además de conocer la protección que el ordenamiento jurídico brinda a los niños, estén en condiciones de desarrollar programas sociales destinados a garantizar prácticas óptimas de crianza positiva al interior de la familia, que coadyuven a

la eliminación de actitudes, tradiciones y comportamientos que toleran y promueven la violencia contra los niños.

En este orden de ideas, un sistema holístico de protección de los derechos del niño exige empezar por la prevención activa de todas las formas de violencia y su prohibición explícita, cubriendo la intervención primaria, dirigida a la sociedad en su conjunto y la secundaria, orientada a minimizar los factores de riesgo, con el fin de evitar la ocurrencia del maltrato.

Desde un enfoque de derechos, impuesto por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la prevención es parte esencial, además de ser un pilar de la protección integral de la cual son destinatarios[480].

Reconocer los derechos y garantizar sus condiciones de ejercicio es la expresión efectiva de la prevención, pero también supone la erradicación de los factores que afectan la realización de los derechos. Del impacto de estos dos aspectos depende la disminución de la necesidad de restablecer los derechos conculcados y la reparación de los daños causados a las víctimas.

La prevención se convierte en una opción ética e impregnada de valores respecto al tipo de sociedad que las personas desean conformar. Quienes no sufren situaciones de violencia como el maltrato intrafamiliar, se encuentran en condiciones de desarrollar sociedades justas y solidarias, por lo que se impone su eliminación de los escenarios de socialización, como la familia y el fortalecimiento de la comprensión por parte de los padres de cuál es el alcance del deber de crianza de sus hijos

Cabe aclarar que las entidades educativas están llamadas a la promoción y protección de los derechos de los niños, en su calidad de actores sociales, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, que demanda su reconocimiento como personas cuya capacidad, competencia y actividad son determinantes en el proceso de construcción de las relaciones sociales y culturales de la sociedad en su conjunto.

[480] La protección integral surge al mundo jurídico en 1989 como resultado del consenso universal que reconoce a los niños como personas autónomas, con derechos y responsabilidades. Pone de relevancia la influencia de los niños en su capacidad de actuar activamente en la realización de sus derechos y reivindica el cumplimiento por parte de quien debe hacer efectivas sus necesidades.

Como pilar educativo, la investigación de los casos de maltrato intrafamiliar permite el análisis de las situaciones y el acercamiento a las causas que lo originan, favoreciendo así la propuesta de nuevas iniciativas que contrarresten sus consecuencias negativas.

En esta labor, la atención debe centrarse en el papel de la familia como célula fundamental de la sociedad. Para tal fin, es necesario fomentar la responsabilidad común de ambos progenitores en los deberes de formación de los hijos, por lo que es imperativo continuar y reforzar la tarea preventiva del maltrato a los niños en el seno familiar, con base en la gravedad de sus secuelas, partiendo de que es posible modificar los patrones culturales existentes, a partir de la transformación de los modelos de crianza que están en la base de cada relación afectiva y por ende impulsando el respeto al otro.

Es preciso destacar que los roles parentales no son derechos absolutos, ni tan solo poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los niños. Deben llevar a cabo su función de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño[481],[482] el cual implica la vigencia y satisfacción simultánea de todos los derechos de este grupo, constituyéndose como elemento determinante para su protección integral, a partir de su consideración garantista, norma de interpretación o resolución de conflictos y como orientador de las políticas públicas relacionadas con la temática. De esto se desprende que cuando se presenta un conflicto entre los derechos de los padres y los de los niños que sea imposible de resolverse mediante la armonización en el caso concreto, como la exposición a situaciones de maltrato intrafamiliar, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior de los hijos menores de edad.

Acorde con lo anterior, si bien el Estado tiene el deber de apoyar a los padres en su papel de orientadores de sus hijos, también está obligado a proteger a los niños de todas las formas de malos tratos perpetrados por los responsables de su cuidado y de establecer medidas preventivas y de tratamiento al respecto[483][484], lo cual comprende la separación de su familia siempre y cuando esta sea necesaria en su interés superior[485].

---

[481] Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, art. 18.1

[482] El interés superior del niño, forma parte de las llamadas nociones marco, particularmente frecuentes en el derecho de familia. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone en el artículo 3.1. que el interés superior del niño debe ser "una consideración primordial" en todas las medidas concernientes a los niños.

[483] El Estado debe prevenir y atender las diferentes formas de violencia; prevenir y atender las violencias dentro de la familia y el maltrato infantil y prestar especial atención a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situación de riesgo, vulneración o emergencia.

[484] *Ibídem,* art. 19.1.

[485] Ibídem, art. 9.1...

Los planteamientos precedentes conllevan a reflexionar en torno al abordaje preventivo del maltrato intrafamiliar a los niños. Este tipo de intervención constituye una opción ética e impregnada de valores respecto del tipo de sociedad que se desea para hoy y para el futuro, teniendo en cuenta que la familia es la única institución en la que sus miembros adultos no reciben una preparación específica para el cumplimiento de sus funciones. En la sociedad actual, los apoyos a la labor formativa de la familia resultan imprescindibles en un momento en que esta tiene que hacer frente a permanentes retos. Por este motivo, se entiende pertinente preparar a los padres, mediante el diseño de modelos de formación, que les proporcionen habilidades para enfrentar su tarea, los cuales se convierten en estrategias preventivas de la ocurrencia de situaciones de maltrato.

La formación de padres considera su faceta como adultos en proceso de desarrollo, que necesitan apoyo y asistencia para poder realizar, entre otras la tarea de ser padres.

Entonces, se propone implementar una formación de padres de tipo experiencial que reconoce como materia básica, los propios episodios de la vida familiar. En este modelo, la formación de los progenitores, se realiza mediante un tipo de enseñanza en la que estos tienen la oportunidad de conocer una amplia variedad de experiencias que pueden ser contrastadas con las suyas. Esto se consigue gracias al intercambio con otros padres embarcados en la misma tarea, ya que entre todos cuentan con una potencia de recursos y destrezas que resultan de gran utilidad. Lo importante es generar un proceso de reconstrucción compartida y negociada del conocimiento cotidiano a partir de distintas realidades familiares.

De esta manera, se pretende crear en los padres un sentido de competencia personal, más que de dependencia del conocimiento experto, puesto que se reconoce que aquellos cuentan con teorías, metas y prácticas de crianza que despliegan en su situación familiar. En consecuencia, los padres deben sentirse activos y protagonistas en su tarea formativa y la intervención debe enfocarse hacia el desarrollo de sus sentimientos de confianza en su capacidad para criar a sus hijos, evitando vulnerar sus derechos, mediante comportamientos que puedan dar lugar al maltrato físico y psicológico objeto de este artículo.

Las personas que conviven en el mutuo respeto, en la igualdad, en la colaboración, hacen realidad la convivencia democrática, la cual se forja desde los primeros años de vida, según expresa Humberto Maturana (1995). De esta manera, se espera dar un paso más para hacer de los derechos de los niños, parafraseando al sociólogo Marco Marchioni, “una utopía posible” (1994).

FUENTES

- Baratta, A. (1999). *Infancia y democracia,* en *Infancia, Ley y Democracia.* Emilio García Méndez y Mary Belfo (Compiladores) (2ª. Ed.). Bogotá-Buenos Aires: Temis-Ediciones Depalma.

- *Código Civil* (2016)*Código de Infancia y Adolescencia*. Bogotá, D.C.: Legis.

- Comité de los Derechos del Niño. Disponible en: http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc.

- *Constitución Política de Colombia de 1991*. (2016). Bogotá, Colombia: Legis Eds.

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989). Disponible en: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx

- Fernández de los Campos, A. (2010). *La prevención del maltrato intrafamiliar a los niños.*
- Bogotá D.C.: Leyer.

- Informe Mundial sobre la violencia contra los Niños y Niñas (2006). Disponible en: http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1).pdf

- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF (2005). *Plan Nacional de Construcción de Paz y Convivencia Familiar.* Bogotá, D.C.; ICBF.

- Maturana, H. (1995). *La democracia es una obra de arte.* Santafé de Bogotá: Cooperativa Magisterio.

Ponencia 11 – Comisión 4

Título: La supervisión como herramienta para el abordaje de situaciones de violencia de género.

Autor/es: Adriana Marta Luna

Contacto:

ADRIANA MARTA LUNA

-ABOGADA-

OFICINA DE VIOLENCIA FAMILIAR.

PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN CAPITAL. ARGENTINA.

ÁREA SEGUIMIENTO Y CONTROL DE MEDIDAS CAUTELARES.

lunaadriana09@yahoo.com.ar

"LA SUPERVISION COMO HERRAMIENTA PARA EL ABORDAJE DE SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO"

SUMARIO:

1) BREVE SÍNTESIS DE LA PONENCIA. INTRODUCCIÓN.

2) ENFOQUE Y DESARROLLO DEL TEMA. FASE.

3) VISIÓN A PARTIR DE LA EXPERIENCIA. PROPUESTA.

4) CONCLUSIÓN.

5) BIBLIOGRAFIA.

1) BREVE SÍNTESIS DE LA PONENCIA. INTRODUCCIÓN:

Cuando hablamos de la intervención profesional con víctimas de violencia de género siempre hay una referencia directa a la necesidad de proporcionar una atención adecuada, respetuosa, abierta y empática, una atención en la que la mujer se sienta bien tratada por los profesionales y se le proporcione la información necesaria y oportuna. De lo que no se habla tanto, es en referencia a las intervenciones profesionales con víctimas de violencia de género y lo que para estos profesionales puede llegar a suponer ello.

En ese marco, considero importante introducir este tema partiendo de un marco teórico, el cual informa las fases del Abordaje de situaciones de violencia: Prevención, Detección, Intervención y Supervisión; para analizar concretamente la última fase, que es la de "**SUPERVISIÓN"**. Éste análisis propone "detenernos" en ésta vorágine, que implica el abordaje de situaciones de violencia, donde mucho se ha dicho y donde la producción de protocolos y manuales para la correcta intervención ha sido y será mucha. Ahora bien, debemos también abocarnos a la autoprotección y mirarnos desde un lugar de "cuidado", quienes intervenimos a diario en situaciones de violencia, dado que nuestra labor se orienta permanentemente hacia las necesidades de otros y, supervisar ello, supone dirigir la mirada hacia uno mismo y hacia los grupos de trabajo, que son la herramienta fundamental en las relaciones de ayuda. La **Supervisión** es el pórtico para "detenernos" y la oportunidad de "volver a empezar", si fuese necesario, es decir, ésta fase tan importante, como lo son las restantes, nos permite -entre otras cosas- dar a nuestra labor un espacio de reflexión acerca de la práctica cotidiana, nos da lugar a replanteos, y porque no, a rescatarnos de lo inercial.

2) ENFOQUE Y DESARROLLO DEL TEMA:

Cuántas veces al concluir una entrevista y/o audiencia en el ámbito judicial, los usuarios de justicia/justiciables nos han dicho: "Gracias por escucharme"... y sentimos "la satisfacción del deber cumplido" porque hemos, al menos, aliviado algo de esta pandemia. Cuántas veces esas "escuchas", esos relatos de personas víctimas de violencia que recibimos en forma reiterada y sistemática, nos coloca en una nueva situación de vulnerabilidad. Al realizar los abordajes, desde el inicio hasta el final, comienza dentro nuestro, a movilizarse infinitos aspectos que hacen a nuestra conformación psíquica: nuestros pre-juicios, nuestras pautas culturales profundamente arraigadas, nuestros mitos, miedos, nuestra cultura aprehendida y aprendida, aquello que vivimos, nuestra experiencia, todo nuestro bagaje histórico, aquello que nos "introyectaron", he ahí nuestra exposición a esta vulnerabilidad. Por ello es que, con responsabilidad y conciencia

funcional, debemos cuidarnos y utilizar herramientas que nos permitan generar estrategias que amortigüen el efecto nocivo que tiene el trabajo en estos temas.

Partiremos también de la necesidad del "Espacio de reconocimiento propio, de los recursos profesionales y el reconocimiento del resto del equipo, para ser utilizados como estrategias posibles en caso de necesitarlos." Al respecto se ha dicho que "...el trabajo en contacto directo con víctimas de violencia y con equipos que trabajan en ese ámbito temático nos ha llevado a desarrollar el concepto de riesgo que es el primer paso para el auto-cuidado: reconocerse como profesionales y como equipos en riesgo..."[486]. Esto implica un compromiso en mirarnos y mirar a mi compañero en el trabajo diario, en cada inquietud que se plantee, también reconocernos en nuestras limitaciones y diferencias, que de no asumirlas y expresarlas en un marco continente, pueden llegar a afectar nuestra salud psíquica generando incluso, abandonos del lugar de trabajo entre otros aspectos.

El síndrome del Burn-out fue descrito por primera vez en 1969 por H.B. Bradley, posteriormente desarrollado *in extenso* en 1974 por el psicólogo estadounidense Herbert Freudenberger, y posteriormente Maslach y Jackson (1986)[487] . Si bien no es unánime la definición, sería algo así como el "síndrome del profesional quemado". Ahora bien, donde sí surge consenso es a la hora de considerar que es una respuesta a una situación de estrés laboral crónico, provocado por las circunstancias que rodean al profesional y el entorno en el cual se desenvuelve éste. No se trata de una cuestión individual que afecta a algunas personas en particular, sino que puede afectar a todo un conjunto de trabajadores. Este, a diferencia de otro tipo de estrés, no se va con el descanso.

Una vez que el desgaste profesional de los operadores que realizan abordajes en cuestiones de violencia familiar es visibilizado y considerado como una prioridad en los contextos laborales, surge un interrogante: ¿Cómo podrían realizarse esas mediciones?, y luego de ello, pensar y formular estrategias preventivas y de cuidados de manera institucional en pos de mejores intervenciones cargadas de profesionalismo y calidad. Este cuidado profesional o la estrategia de su detección ha sido pensada, pudiendo destacarse como ejemplo de ello, el sistema informático (sofwear) que utiliza la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (OVD), mediante el cual se mide el desgaste por el que atraviesa un operador que interviene en violencia familiar. Resulta imperioso poner ello en funcionamiento y replicarse en todas las provincias y

[486] Cuidar a los que cuidan: Desgaste profesional y cuidado de los equipos que trabajan con violencia. Sistemas Familiares. Ana María Arón, Ph.D- María Teresa Llanos. M.T (2004) N°1-2, p5-15.

[487] Abordaje de Situaciones de violencia de género. Fases del Abordaje. Lic. Liliana Morales. Especialización en Violencia Familiar. Universidad Nacional de Mar del Plata.

dependencias con injerencias en la temática. Si ya está instaurado en el Poder Judicial Nacional, deberán cada Superior Tribunal de cada Provincia, incorporarlo y utilizar sus beneficios con la finalidad de proteger a sus operadores, previniendo el desgaste y analizar cómo mejorar la atención en una evaluación permanente.

Logrado ello, podremos comenzar a pensar que el servicio brindado fue producto de un proceso en el cual se aborda de manera óptima la situación del usuario y se supervisa ese trabajo, visibilizando las dificultades que se nos presentan como operadores, aceptando los "stop", las "alarmas", entregando nuestro trabajo a la fecundidad de una estrategia puesta a disposición; también para "cuidarnos", para prevenir y atender también nuestra salubridad como operadores. Desatender ello es asumir irresponsabilidades, es decidir, el camino hacia las intervenciones poco beneficiosas y muchas veces perder el norte de la finalidad que se ha tenido en los abordajes de situaciones de violencia familiar. No somos "operadores -máquinas", donde el producto de nuestra intervención saldrá como un "producto en serie". Destaco que, en la humanización del proceso de abordaje, se enumeran infinitas conductas a tomar, las cuales deben ser teorizadas y entendidas como la manera óptima de abordar las situaciones de violencia. Creo, y convencida estoy que, de la misma manera, deben constantemente observarse si esas conductas de los profesionales y operadores pueden sostenerse, y si existen factores que propendan a su no cumplimiento. Esa supervisión debe funcionar y hacerse efectiva.

El auto-cuidado es una responsabilidad personal de cada profesional y debe asumirlo como tal. Pero también es cierto que asumir en soledad este aspecto implicaría una sobrecarga adicional. Ante ello, resulta de suma urgencia, que se asuma por parte de los niveles directivos e institucionales, la organización de espacios de cuidado para el trabajo de sus equipos en estos ámbitos laborales tan sensibles.

3) VISIÓN PROPIA A PARTIR DE LA EXPERIENCIA. PROPUESTA:

En el trabajo diario en el Área en la cual me desempeño (Seguimiento y Control de las medidas cautelares de la Oficina de Violencia del Poder Judicial de Neuquén), recibimos a diario usuarios/as de justicia víctimas de violencia familiar, en una etapa del proceso en la que ya ha intervenido el juez y ha adoptado medidas cautelares. La tarea propia del Área es realizar un monitoreo del cumplimiento de dichas medidas, tarea que el juez delega conforme lo establece el Art. 32 y 35 de la Ley Provincial 2785 y para ello, uno de los recursos que se utiliza son las entrevistas y/o audiencias, entre otras. Esta tarea me permite auto-observar de manera permanente, mi trabajo y el del equipo, generado en la

habitualidad de la tarea las "reuniones de equipo", las cuales se llevan a cabo cada quince (15) días, tiempo que varía según las necesidades que se presenten. Ese espacio se utiliza para volcar las inquietudes, y a modo de ateneo, se ponen en común experiencias o situaciones vividas en el Área, ya sea en oportunidad de una audiencia, ante una presentación espontánea de una persona víctima de violencia, o casos concretos en los que en algún aspecto haya denotado particularidades que ameriten la co-visión, la reflexión en grupo acerca de esa práctica, de esa intervención. Hemos obtenido resultados asombrosamente positivos desde un lugar de escucha y puesta en común. También hay "reuniones de urgencia" las que surgen a partir de la auto-convocatoria que realice un integrante el equipo, bastará para comprender que sin dilación -un corto tiempo pero necesario- es dedicado en situaciones que el apoyo y la simple escucha del compañero descomprime lo suficiente para poder continuar y culminar la jornada laboral. Estamos hablando sin duda de un trabajo en equipo donde la solidaridad, respeto y escucha debe ser el baluarte de toda relación laboral, generando un clima de confianza y apoyo mutuo. El trabajo en equipo con la violencia no suele ser una camino de rosas[488].

A otro nivel, y comprensivo de todas las Oficinas de Violencia Familiar en el ámbito del Poder Judicial, debe concretarse y ser replicado, tal como fue señalado, el sistema vigente que hoy se utiliza en la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de Nación, el cual, entre otras, cosas posee sistematizada la detección del burn-out. Se sabe que se está trabajando con los profesionales de la salud para abordar en concreto esta instancia, para realizar las tareas de Prevención del desgaste profesional que implica el continuo y sostenido desempeño en tareas como las llevadas a cabo en la temática de violencia familiar, la cual incluye tres (3) dimensiones: 1) el **agotamiento emocional,** donde se advierte una progresiva pérdida de energías, desproporción entre el cansancio acumulado y el trabajo realizado, la pérdida de la capacidad de disfrutar con las tareas, mayor irritabilidad. 2) **la despersonalización,** basada en una actitud negativa hacia los usuarios como mecanismo de respuesta a los sentimientos de impotencia, indefensión y desesperanza que produce el trabajo continuado con personas que sufren, y 3) **la falta de realización personal,** en el cual se advierte que el profesional se aparta de las actividades familiares, sociales y recreativas. [489]

Detectado ello, resulta necesario, se aborde en concreto cada caso y se trabaje en pos de re-potenciar habilidades y capacidades, para evitar que tantas de ellas se queden en el

[488] La violencia de género y el trabajo social sanitario: una alianza cargada de buenos augurios. Antonia Aretio Romero, Trabajadora Social (Centros de Salud de Atención Primaria.

[489] Abordaje de Situaciones de violencia de género. Fases del Abordaje. Lic. Liliana Morales. Especialización en Violencia Familiar. Universidad Nacional de Mar del Plata.

camino, porque ese sistema al cual se han entregado profesionalmente... da la espalda**. "El cuidado de quienes cuidan"**[490]**,** de eso estamos hablando.

4) CONCLUSIÓN:

El diccionario de la real Academia Española define la palabra "abordaje" como una aproximación de un "un barco a otro hasta tocarlo, especialmente con la intención de entrar en lucha". No pude evitar detenerme en dicho concepto, sintiendo que resumía, de alguna manera, conceptos vertidos en éste trabajo y en la experiencia que once (11) años de labor en violencia familiar me han dado. Eché a volar mi imaginación, concluyendo que, en el abordaje que realizamos como operadores jurídicos en las situaciones de violencia familiar, metafóricamente nos convertimos en "barcos" que navegamos con muchas incertidumbres más que con certezas y aciertos, y que el ***"tocar"*** a otros barcos (personas semejantes) representaría el "inmiscuirnos", el "***entrar*** "en sus vidas con cada intervención. Al hacerlo, de alguna manera estamos asumiendo una ***"lucha"*****,** pero no con el semejante, sino con nosotros mismos, porque es donde enfrentamos nuestras propias limitaciones y carencias personales, y allí está el derrotero diario que debe ganarse; enalteciendo cada función, dignificando la tarea, profesionalizando cada vez mas nuestras intervenciones, capacitándonos y confiando en que nuestro aporte es esa gota que no puede restársele al mar.

"La tarea que enfrentan los devotos de la no violencia es muy difícil, pero ninguna dificultad puede abatir a los hombres que tiene fe en su misión"

Mahatma Gandhi.

[490] Modelo de Atención Humanizada. Reflexiones para la acción. Herramientas al servicio de la práctica profesional en el ámbito social. Sandra Barilari. Mayo 2007. Pag. 26.

5) BIBLIOGRAFIA:

1) Abordaje de Situaciones de violencia de género. Fases del Abordaje. Lic. Liliana Morales. Especialización en Violencia Familiar. Universidad Nacional de Mar del Plata.

2) Modelo de Atención Humanizada. Reflexiones para la acción. Herramientas al servicio de la práctica profesional en el ámbito social. Sandra Barilari. Mayo 2007. Pag. 26.

3) La violencia de género y el trabajo social sanitario: una alianza cargada de buenos augurios. Antonia Aretio Romero, Trabajadora Social (Centros de Salud de Atención Primaria).

4) "Cuidar a los que cuidan": Desgaste profesional y cuidado de los equipos que trabajan con violencia. Sistemas Familiares. Ana María Arón, Ph.D- María Teresa Llanos. M.T (2004) N°1-2,p5-15.

5) Ley Provincial 2785 "Régimen de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia familiar" .

6) Ley Provincial 2786 "Ley de Protección integral para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer".

Ponencia 12 – Comisión 4

Título: Lazos institucionales que dejan huellas.

Autor/es: Norma Beatriz Aparicio

Contacto:

- **Nombre y Apellido**: Norma Beatriz Aparicio
- **País**: Argentina; Provincia de Tucumán
- **Dirección**: Combate de San Lorenzo 2978, San Miguel de Tucuman; C.P.4000
- **Telefono Celular**: 05490381 156136993
- **Correo**: nb-aparicio@hotmail.com

"LAZOS INSTITUCIONALES QUE DEJAN HUELLAS"

Se pretende lograr una profunda revisión sobre las prácticas profesionales en el ámbito del Poder Judicial de la provincia de Tucumán – Argentina, respecto a la situación de vulnerabilidad que implican a los niños, niñas y adolescentes (NNA) en los procedimientos civiles y penales. Es un tema delicado y es necesario reflexionar sobre los roles de los diferentes operadores intervinientes en los procesos, evitando incurrir en maltrato Institucional en los cuales se encuentran involucrados los NNA.

SUMARIO: *Introducción* ***I)*** *Todo niño, niña o adolescente marca una diferencia -* ***II)*** *Procedimiento en el ámbito civil: ¿El derecho del niño a ser oído equivale al derecho del niño a ser comprendido? -* ***III)*** *Procedimiento en el ámbito Penal –* ***IV)*** *A modo de conclusión, propuestas. -*

INTRODUCCIÓN

"Lo que nos mueve, con razón suficiente, no es la percepción de que el mundo no es justo del todo, lo cual pocos esperamos, sino que hay injusticias claramente remediables en nuestro entorno que quisiéramos suprimir" (Amartya Sen; La idea de la justicia).

El proceso de visibilización que se ha producido en las últimas décadas, ha permitido concientizar que, el maltrato infantil es un trato inadecuado hacia los niños en tanto seres en desarrollo y, que es consecuencia de un cambio en las relaciones de poder dentro de la estructura familiar, causando rechazo e indignación.

En la mayoría de las instituciones y en este caso donde se analiza al Poder Judicial, el cual no es propenso a realizar evaluaciones internas cuestionando sus prácticas e intervenciones cotidianas, se puede visibilizar el maltrato institucional. En el ámbito civil esta práctica con los NNA es sutil, tiene menos exposición, pero no por ello es menos perjudicial. En el fuero penal, esta situación se presenta en los NNA con mayor exposición por ser un delito de acción pública, cuestionable ante la opinión pública y con relación a los menores de edad, a la veracidad de sus relatos y en función del relevamiento de pruebas.

Se vuelve necesario revisar las prácticas profesionales diarias en el marco de las etapas de la niñez, la adolescencia y su protección. Adentrarnos en esta problemática significa romper las reticencias y resistencias que aparecen, siendo necesario como primera medida aceptar que el maltrato institucional existe.

Este análisis se complejiza aún más porque en lo habitual de las intervenciones se invisibiliza el maltrato institucional hacia los NNA. Es trascendental que se reconozca que existe, para poder generar un cambio en vías de la solución a un problema.

Con el objeto de profundizar esta temática, es necesario conceptualizar los términos **maltrato infantil y maltrato institucional.** El primero se define como: *"toda forma de violencia, perjuicio o abuso, físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación que el niño se encuentra bajo custodia de sus padres, de un tutor o de cualquiera otra persona que le tenga a su cargo"*[491], mientras que el segundo se refiere a: "*Cualquier legislación, programa, procedimiento, actuación u omisión, procedente de los poderes públicos o bien derivada de la actuación individual del profesional o funcionario de*

[491] García de Ghiglino Silvia S. y Acquaviva María Alejandra "Protección contra la violencia familiar" – Edit. Hammurabi – Año: 2010 pág. 402

las mismas que comete abuso o negligencia, detrimento de la salud, la seguridad, el estado emocional, el bienestar físico la correcta maduración o que viole los derechos básicos del niño/a o de la infancia"[492] En igual sentido la Lic. Marta Aranda, expresa que: *"Cualquier legislación, programa o procedimiento, ya sea por acción u omisión, procedente de los poderes públicos o privados, por profesionales al amparo de la institución, que vulnere los derechos básicos del menor, con o sin contacto directo con el niño. Incluye la falta de agilidad en la toma de medidas de protección o recursos"*.[493]

El poder judicial es por excelencia el poder del estado que tiene la facultad de administrar justicia y sus órganos y funcionarios, por ende, son los agentes operadores; los encargados de velar por la protección de los NNA víctimas de sus familias; quienes, en su frecuente labor, pueden dispensar tratos inadecuados.

El abuso de poder no afecta a un solo individuo. Consiste únicamente en aplastar a todo aquel que sea más débil que uno mismo[494]*.*

Este planteo tiene que servir para intercambiar ideas, opiniones y conocimientos, enriqueciéndonos con un debate sincero, abierto y de aprendizaje, para modificar las actitudes en las prácticas cotidianas.

I) Todo niño, niña o adolescente marca una diferencia

"la mente es como el paracaídas…solo funciona si la tenemos abierta" (Albert Einstein)

El derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta constituye un mandato legal, que obliga a los operadores del derecho a ponderarla, esto presenta dificultades y desafíos. Para efectivizar este derecho (a ser oído) se accede mediante la escucha directa y personal de los NNA con el Juez interviniente, que es una obligación para el magistrado y puede realizarlo en cualquier momento del proceso, cuando lo estime necesario o cuando las partes así lo soliciten.

La Convención de Derechos del Niño ni la legislación nacional establecen cómo poner en práctica este derecho. No todos los niños son iguales, ya que tienen experiencias de vida y

[492] Casado Flores, Juan, Díaz Puertas J.A. y Martínez González C. "Niños Maltratados" – Edic. Díaz de Santos S.A. Año: 1997, pág. 257.
[493] Aranda, Nancy - MALTRATO INFANTIL - Introducción a la problemática del maltrato hacia los niños 23118.psi.uba.ar/académica/carrerasdegrado/psicologia/.../maltrato_infantil.pdf
[494] Hirigoyen, Marie-France. "El acoso moral; el maltrato psicológico en la vida cotidiana". Edic. La Decouverte et Syros; Año 1998; pág. 61.

formas de expresarse distintas, es por ello que no es posible establecer un parámetro único, ya que los NNA te impactan, te sorprenden en lo genuino de su decir, evitando la rigidez en caso a caso, debiéndose tener en cuenta las condiciones del habla de los niños en función de su edad, pero también de su madurez.

De esta manera nos conduce a la necesidad de fortalecer la "escucha" para oír a los NNA, considerando la edad. En el caso de los niños en su primera infancia, si bien es complejo, es necesario contar con la aplicación de otros recursos, como los test, juegos, etc. para ir desentrañando su expresión. En la franja que corresponde a los preadolescentes, se debe poder diferenciar su genuina voz de las influencias proporcionadas por sus afectos más íntimos. Y, por último, en los adolescentes, en función de su autonomía progresiva, conforme sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, disminuye la representación de los progenitores y/o representantes legales.

II) <u>Procedimientos en el ámbito civil</u>

¿El derecho del niño a ser oído equivale al derecho del niño a ser comprendido?

> *"En el pequeño mundo en el cual los niños viven su experiencia, no hay nada que se perciba y se sienta con tanta agudeza como la injusticia" (Charles Dikensen; Grandes esperanzas)*

La Convención de los Derechos del Niño (CDN), fue aprobada en el marco de la Asamblea de las Naciones Unidas el 20/11/1989[495], produciendo un cambio paradigmático en la concepción de la infancia y la adolescencia, adquiriendo jerarquía constitucional a través del art. 75, inc.22 de la Constitución Nacional Argentina, reformada en el año 1.994.

Para adecuarse a los estándares internacionales dictados en materia de niñez, se sancionó la Ley de Protección Integral nº 26.061[496], tornándose imprescindible redefinir el lugar que ocupaban en el proceso los menores de edad y así, replantear las reglas de juego en los procedimientos en que se encontrasen involucrados sus derechos e intereses y su relación con los operadores de justicia.

La función del Juez de familia es la de garantizar y velar por sus derechos, en los procesos, especialmente, de ejercicio de la responsabilidad parental y cuidado personal, en los que

[495] Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria y Herrera, Marisa – "Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes" – Ed. EDIAR – Año: 2007, pág. 12.-
[496] Ley Nª 26061, Sancionada el 28/09/2005, promulgada el 21/10/2005 y publicada en el B.O el 26/10/2005.-

está en juego el bienestar y futuro de los NNA. De acuerdo a lo dispuesto por el art. 12 de la CDN[497] y el art. 27 de la Ley Nº 26.061[498], el niño tiene el derecho a ser escuchado en todo procedimiento y que su opinión sea tenida en cuenta en función de su edad y grado de madurez (ser comprendido), de esta manera se puede equilibrar sus derechos y deberes, sin que ello signifique que se resuelva su situación en la forma deseada o según la opinión expresada por ellos.

En el pasaje hacia adentro de la institución judicial, el niño es impactado por la particularidad de este espacio y sus rituales que se le imponen, sumado a que tendrán que hablar de temas íntimos de la cotidianeidad familiar, velándose este derecho mediante la realización de una audiencia en la que interviene el Juez, Ministerio Público (Asesoría/Defensoría de Menores) y el profesional psicólogo, la cual supone una serie de desafíos entre el mundo adulto y el del niño que permiten que en cada entrevista exista un camino a recorrer que sorprende.

Los intervinientes en la audiencia no deben plantearla como un interrogatorio, debiendo tener presente que las relaciones entre adultos y niños son siempre contingentes y asimétricas, superando las diferentes realidades socioeconómicas y de género. Partiendo de estas premisas, el juez y el representante del Ministerio Pupilar, deben realizarla en lenguaje ajustado a la edad y grado de madurez del niño, tendiendo a que paulatinamente adquieran mayor grado de autonomía y de autoprotección. Deben procurar que el relato surja de manera natural, evitando realizar preguntas directas sobre su deseo de vivir con uno u otro progenitor y/o referente afectivo, a fin de evitarle un conflicto de lealtades y la posterior asunción de una carga de culpabilidad. La entrevista permite una mirada más amplia de lo que surge en el expediente judicial.

Es importante “escuchar y comprender” en este contexto, dejando de lado toda pretensión inmediatista, ya que muchas veces es difícil capturar la voz del niño en su

---

[497] CDN – art. 12 Los Estados partes garantizaran al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

[498] Ley Nª 26061 – Articulo 27-Garantías Mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

literalidad entre las paredes de un despacho, nutrido de símbolos de poder. Es esencial poder llevar adelante la audiencia en espacios físicos apropiados, donde se genere un ambiente de contención, acogedor donde los NNA sientan que el espacio es de confidencialidad.

De esta manera, se puede hacer aflorar sus afectos, apegos, preferencias y así tomar conocimiento respecto a su deseo sobre quién es el progenitor más idóneo para ejercer su cuidado. Suele ocurrir casos en que los NNA manifiestan su negativa para relacionarse con su progenitor no conviviente, entonces el juez indaga sobre su reticencia, si obedece a inducciones del progenitor conviviente, caprichos o a decisiones no justificadas y, en ese caso, debe respetar esa negativa en virtud de la "subjetividad" expresada, por lo que se debe utilizar tácticas que hagan declinar la reticencia injustificada del niño.

III) Procedimiento en el ámbito Penal

"Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía" (Lucio Anneo Seneca)

En esta oportunidad, nos vamos a centrar en analizar la situación de los NNA cuando han sido víctimas en los delitos contra la integridad sexual.

Se trata de un acto asimétrico e intrusivo en la intimidad de un niño. Trae aparejado graves consecuencias, pueden desarrollar desajustes emocionales, la Dra. Irene Intebi, lo equipara al abuso sexual infantil como si hubieran recibido un "balazo al aparato del psiquismo[499]". Es frecuente que presenten sueños recurrentes, acerca del acontecimiento traumático y/o alteraciones en el sueño, irritabilidad y ataques de ira. *"También es muy frecuente la disociación de conducta, niños sin orden interno, con un mundo caótico que tiende a surgir de manera descontrolada y socialmente desadaptada"*[500], entre otros síntomas.

En el ámbito penal se presentan dificultades todavía aun no superadas para facilitar la adecuación de los procedimientos judiciales a las necesidades de los NNA, debiendo

[499] http://www.heraldodeloeste.com.ar/web/index.php?option=com_content&view=article&id=722:ique-es-el-asi-un-balazo-al-psiquismo-dra-irene-intebi&catid=101:marzo-2014-1ra-edicion&Itemid=120. Dra. Irene Intebi

[500] García de Ghiglino Silvia S. y Acquaviva María Alejandra "Protección contra la violencia familiar" – Edit. Hammurabi – Año: 2010 – pág. 460.

"extremar la prudencia para no perjudicar al niño causándole daños con el proceso de investigación[501]*"*.

La labor de la justicia penal está dirigida en la mayor parte de su actividad al esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, donde el bienestar de los NNA pasa a segundo plano, siendo re victimizados una y otra vez en cada etapa del proceso. En la mayoría de los casos se pierde de vista la obligación de protección del niño y se privilegia la represión al delito.

En la etapa de la investigación fiscal preparatoria, se avanza ampliamente con la entrevista de declaración testimonial (EDT), que debiera ser única e irrepetible, (circuito cerrado de televisión), con la presencia de un profesional en psicología, que es la persona que evita que se formulen preguntas inadecuadas al niño y que estén al margen de su capacidad de entendimiento y competente al hecho que se investiga. Sin embargo, esta entrevista puede volver a realizarse si surgen nuevos hechos, sobre los cuales el niño no declaró o si el abogado defensor desea realizar nuevas preguntas relevantes en la estrategia defensiva; si bien se les consulta, son entrevistados y evaluados por el psicólogo si desean y están aptos para nuevamente realizar esta medida, lo que significa una reiterada exploración sobre su psiquis.

Es necesario que la investigación del abuso sexual, se realice con extrema prudencia en la recolección de pruebas, las medidas que se lleven a cabo deben realizarse con personal capacitado en esta temática para la instrucción de las causas. Evitando que los niños expongan su relato ante distintos adultos, profesionales o no, quienes muchas veces no poseen la formación necesaria o no se hace un correcto registro de sus dichos o éstos no son luego valorados en la etapa judicial, dándole la celeridad que el hecho amerita.

Se requiere premura en la investigación relacionada con este tipo de delito, debido a que, en la mayoría de los casos, frente a la excesiva extensión temporal, los niños son nuevamente "llamados" a declarar, surgiendo en ellos sentimientos de culpa, de temor y remordimiento. Generalmente esto sucede en la etapa del debate oral, donde se retractan, con el objeto de evitar sentirse re victimizado: Freud, sostiene que *"negar algo en el juicio quiere decir, en el fondo, esto es algo que yo preferiría reprimir"*[502]*,* acarreando muchas veces la absolución.

[501] Comité de Derechos del Niño, Observación General 13,2011 "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, pàrr.51.

[502] García de Ghiglino, Silvia S. y Acquaviva, María Alejandra "Protección contra la violencia familiar" – Edit. Hammurabi – Año: 2010, pàg.454.

La retractación de un hecho de abuso sexual durante la tramitación de un proceso judicial es uno de los momentos más complejos de las intervenciones judiciales; frente a las presiones judiciales los niños descubren que la retractación es el camino para retroceder respecto de aquello que añade tanto dolor. A su vez, puede suceder que otras personas allegadas al niño comiencen a influir sobre sus decisiones con el objeto que se culmine el proceso judicial o que se evite la sentencia condenatoria del abusador – en los casos de ser éstos sus padres o padrastros o algún otro miembro de la familia.

Más allá de la dificultad probatoria que implica determinar cuándo el niño, niña o adolescente dijo la verdad, lo cierto es que dicha circunstancia se torna más compleja según la etapa del proceso en la cual nos encontremos. Es decir, no resulta lo mismo que la retractación opere durante la instrucción que durante el debate del juicio oral, donde los jueces son llamados a resolver la situación procesal en forma inmediata.

Debido a estas prácticas procedimentales se produce un daño extra a los NNA, ya que la intervención judicial se prolonga en el tiempo y se dilata, pretendiendo amparar a los niños a quienes se termina perjudicando. "*Intervención extendida más por necesidad del que decide -el que tiene el poder-que por necesidad de a quién, supuestamente se está protegiendo"* [503].

Por otra parte, se da la existencia de prejuicios de género por parte de muchos operadores que obstaculiza cualquier intervención, donde la niña mujer se encuentra incluida en esos prejuicios y aún más si es adolescente y/o madre; ubicándolas como las responsables del abuso sufrido. Desde un paradigma patriarcal se promulga discriminación de género, como consecuencia de los prejuicios predominantes y los roles estereotipados relacionados al género, perpetuando la victimización de las niñas y/o adolescentes.

La perspectiva de género y derechos humanos, permite recrear y de-construir, desnaturalizar lo estereotipado para poder generar algo nuevo, desde el momento que los operadores toman consciencia de su ideología, de los mitos, prejuicios y estereotipos propios. A partir de esto, aparece la posibilidad de la autocrítica y así desnaturalizar las prácticas y las concepciones del ser varón, el ser mujer y todas las relaciones sociales, para pensar otros modos.

[503] Degano, Jorge "El Sujeto y la Ley otros temas psicológicos forenses – Edic. "Homo Sapiens" – Año 1993, pág. 91.-

La Convención de los Derechos del Niño, establece que los "*los niños son titulares de los derechos que le corresponden a todas las personas, y también de derechos específicos por ser sujetos en desarrollo*"[504], por lo que el viraje de la justicia restaurativa, no implicaría multiplicar el trauma, sino evitar que sean procesalmente re victimizados.

IV)A modo de conclusión, propuestas.

> *"Lo que nos mueve, con razón suficiente, no es la percepción de que el mundo no es justo del todo, lo cual pocos esperamos, sino que hay injusticias claramente remediables en nuestro entorno que quisiéramos suprimir" (Amartya Sen; La idea de la justicia)*

Es fundamental apostar a la capacitación y formación permanente de los operadores judiciales, llámese jueces, fiscales, defensores, asesorías de menores y auxiliares jurisdiccionales en relación al desarrollo de competencias para el trabajo interdisciplinario.

Se destaca que los NNA son seres en desarrollo, debiendo conocer e intervenir desde las prácticas cotidianas con una perspectiva donde cada niño tiene un desarrollo evolutivo único, con una perspectiva de género y desde la adhesión de nuestro país a las convenciones internacionales y con el dictado de normas del derecho interno.

La complejidad que presenta cada caso, nos demanda la intervención profesional interdisciplinaria y especializada en el tema, para abordar el problema en forma integral Contemplando procesos que impliquen la menor exposición del niño y garantizar la mínima re victimización respecto de los diversos relevamientos de pruebas, audiencias, etc., como así también en lo que respecta a los tiempos procesales a los aspectos de infraestructura acorde a los niños (oficinas privadas, sin interrupciones que generen un verdadero espacio de privacidad y de intimidad).

Desde el **área civil**: se deben fijar pautas a los operadores intervinientes en las entrevistas, tales como: **1)** que tengan claro, sobre los objetivos de la audiencia; **2)** que sea un diálogo y no un interrogatorio; **3)** que no se inste a los niños a evaluar las habilidades parentales sino a expresar sus deseos y sentimientos; **4)** que se deba tener en cuenta que la audiencia es el momento donde el niño se expresa, considerando que no es una sesión o consejería de cómo debe comportarse en el futuro o cómo llevar adelante la relación con

[504] Fernández, Silvia Eugenia – Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Edit.. ABELEDO PERROT – Año: 2015, tomo III, pág. 3381.

sus padres. En su calidad de autoridad los orienta o les llama la atención respecto de la relación con su padre, madre o familia; **5)** al momento de la entrevista el operador se confronta con su propio sistema de creencias acerca de la familia, la pareja, sus estereotipos de género, la maternidad/paternidad, la violencia, el poder, el autoritarismo, a fin que la ley del más poderoso no se imponga y finalmente se respete el deseo genuino de los niños/as y/o adolescentes a ser comprendido como sujeto de derechos.

Desde el **área penal**: sostenemos la importancia de: **1)** acotar las etapas procesales con el objeto de evitar que se produzcan, dilaciones innecesarias en el proceso penal, que genera en muchos casos la retractación de la víctima, o el olvido consciente o inconsciente sobre los hechos como sucedieron; **2)** todos los profesionales que intervengan en los casos de abuso sexual infantil deben recibir una formación interdisciplinaria especial sobre los derechos y las necesidades de los niños de acuerdo a la edad; **3)** es necesario estudiar cada medida de prueba para producirla de la manera más apropiada a fin de resguardar la integridad psicofísica de la víctima; **4)** diagramar audiencias en horarios apropiados para la edad de los NNA, teniendo en cuenta que la percepción del paso del tiempo de los niños y los adultos no es la misma.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aranda, Nancy - MALTRATO INFANTIL - Introducción a la problemática del maltrato hacia los niños - 23118.psi.uba.ar/académica/carreras degrado/psicología/.../maltrato_infantil.pdf

2. Casado Flores, Juan, Díaz Puertas J.A. y Martínez González C. “Niños Maltratados” – Edic. Díaz de Santos S.A. Año: 1997

3. Comité de Derechos del Niño, Observación General 13,2011 “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”.

4. Convención de los derechos del niño – art. 12
5. Degano, Jorge “El Sujeto y la Ley otros temas psicológicos forenses – Edic. “Homo Sapiens” – Año 1993
6. Fernández, Silvia Eugenia – Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Edit. ABELEDO PERROT – Año: 2015, tomo III

7. García de Ghiglino Silvia S. y Acquaviva María Alejandra “Protección contra la violencia familiar” – Edit. Hammurabi – Año: 2010

8. Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria y Herrera, Marisa – “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” – Ed. EDIAR – Año: 2007, pág. 12.-

9. Ley de Protección integral de Niños, Niñas y Adolescentes- Nª 26061 – Articulo 27
10. Intebi Irene. www.heraldodeloeste.com.ar/index.php? balazo…irene-intebi.-

Ponencia 13 – Comisión 4

Título: Maltrato infantil y maltrato institucional. Reparación del daño.

Autor/es: Sandra González - Verónica Alfieri - Martín Nieto - Ana Planker - Sandra Diaz - Alejandra Galeano

MALTRATO INFANTIL Y MALTRATO INSTITUCIONAL

REPARACION DEL DAÑO

INTRODUCCIÓN

"La violencia es un problema complejo, multicausal y multifacético que produce un fuerte impacto en la vida y en la integridad de los niños niñas y adolescentes", es el grupo social más desprotegido así lo define el informe presentado por la CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe sobre Violencia, niñez y crimen organizado, noviembre 2015) datos y hechos relevados en América Latina. Además de la violencia que padecen dentro de su núcleo familiar por ausencia de cuidado parental, deben atravesar la violencia escolar, violencia en sus barrios y soportar la violencia institucional. El maltrato institucional es violencia, cuando el Estado que es quien debiera cumplir su función de cuidar, proteger, garantizar los derechos y dar respuestas

inmediatas a esta problemática que atraviesan cientos de niñas niños y adolescentes no lo hace, cuando no cuenta con la estructura suficiente por no destinar el presupuesto adecuado para dar soluciones.

Los pocos programas que hay de prevención y de reducción de violencia son insuficientes y no llegan a todos los sectores. Hay violencia institucional cuando millones de niños, niñas y adolescentes subsisten en la pobreza y en la indigencia dándose como consecuencia una cadena de vulneraciones de derechos humanos y de victimización, pues no tienen acceso a la salud, nutrición, educación y a los cuidados necesarios y elementales para una niñez y vida digna . Hay violencia cuando pareciera que están destinados a vivir excluidos, en situación de desamparo, en total desigualdad y carentes de oportunidades.

Este es el panorama real que viven millones de NNyA (Niñas, Niños y Adolescentes) en la Argentina, impresiona aún más cuando el último informe de fines de septiembre de 2016 del INDEC (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos) arroja el alarmante dato que 32, 2 % de la población vive en la pobreza.

El objetivo de nuestro trabajo es presentar en un lenguaje sencillo, no técnico, un panorama de la situación por la que atraviesan cientos de niños, niñas y adolescentes ante el maltrato y el abuso parental, sumado al deficiente proceder de la justicia penal en la provincia de Buenos Aires y el maltrato institucional. Desarrollaremos como y porque desde el momento de la denuncia se inicia una serie de situaciones complejas para aquellas personas carentes de recursos económicos y el difícil acceso a la justicia para este sector más vulnerable de la sociedad. Otro hecho que nos preocupa y abordaremos es la responsabilidad por los daños y la falta de reparación de los mismos. Luego presentaremos una conclusión conjuntamente con una serie de propuestas para poder trabajar especialmente en las escuelas y barrios.

DESARROLLO

MALTRATO INFANTIL

El maltrato infantil se define como “los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o

puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil", según la OMS (Organización Mundial de la Salud)

En Argentina, tenemos como marco legal sobre la protección contra el maltrato infantil, Ley Nacional y Leyes Provinciales, en el tema que nos atañe, comentamos sobre la LEY NACIONAL 26.061. LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos, fue sancionada y promulgada en el año 2005, introduce de forma obligatoria la aplicación de La Convención sobre los Derechos del Niño, que en nuestra legislación tiene rango constitucional (Aprobada por Ley Nº 23.849 de 1990).

Esta ley Nacional establece **PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTIAS,** tendientes a la protección de los niños, niñas y adolescente, como ser: DERECHO A LA VIDA; DERECHO A LA DIGNIDAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL; DERECHO A LA VIDA PRIVADA E INTIMIDAD FAMILIAR; DERECHO A LA IDENTIDAD; DERECHO A LA SALUD; DERECHO A LA EDUCACION y GRATUIDAD DE LA EDUCACION entre otras.

En cuanto a la temática objeto de este trabajo (maltrato infantil), la ley mencionada expresa en su Art. 9 in fine que, *"La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley".*

Sin perjuicio a ello, el decreto 415/06, que reglamenta esta Ley Nacional, no establece cual serían los mecanismos y/o creación de Organismo tendientes a la protección de los derechos de los niños niñas y adolescentes, sino que solamente convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que identifiquen, y en su caso designen a la brevedad a las autoridades locales de aplicación de la ley 26061, como ser Dirección de Familia, Oficina de Violencia Doméstica, etc., creando una actuación desigual entre cada Localidad, toda vez que no todas las provincias cuentan con los mismos servicios locales de protección contra el maltrato infantil y/o cantidad acorde al número de familia. Asimismo, se crea una desigualdad de asistencia a los niños niñas y adolescente que sufren maltratos.

La capacitación, actuación, ubicación, etc., de cada servicio local depende de la provincia y/o localidad, de la que es parte, teniendo así localidades que no poseen servicios locales

de protección de los derechos de los niñas niños y adolescentes, y en el caso en que exista oficina de protección, la mismas no son accesibles para solicitar asistencia, por encontrarse en un lugar alejado, de difícil acceso, o por no contar con recursos para acercarse a un servicio local.

En la Provincia de Buenos Aires, se sanciona la Ley Provincial nº 13.298, en el mismo año que la ley 26061 mencionada ut supra, produciéndose una concepción diferente en cuanto a la protección de los derechos del niño niña y adolescente, toda vez que la ley Nacional tiende a tutelar los derechos de los niños niñas y adolescente, y la ley Provincial promueve y protege el goce de los derechos de los niños, garantizando el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento legal vigente, y demás Leyes que en su consecuencia se dicten (Art.1)

Decimos que esta ley Provincial tiende a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescente, porque crea los Servicios Zonales de Promoción y Protección de Derechos (SZPPD), a través del decreto reglamentario 300/05, en donde se formulan, coordinan, orientan, supervisan, ejecutan y controlan las políticas, programas y acciones, en el ámbito provincial y municipal, destinados a promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de los niños, así como establecer los medios a través de los cuales se asegure el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado Argentino (Art.14).

Actualmente la Provincia de Buenos Aires, (Provincia más grande de Argentina), cuenta con 24 Servicios Zonales de Promoción y Protección de Derechos, pero ello no es suficiente, toda vez que la Provincia de Buenos Aires, cuenta con alrededor de 135 partidos, donde viven miles de familias, por ende, los Servicios Zonales, son insuficiente para toda la provincia de Buenos Aires.

No estableciendo un medio de Publicidad y/o difusión, ello a fin de que los habitantes sepan dónde acudir cuando están siendo víctima de algún tipo de maltrato infantil.

Por otro lado, la publicidad debe estar acompañada con políticas de concientización, en cuanto a los derechos de los niños, niñas y adolescente, como así también formas de violencia que puede padecer un niño, etc.

Desde dicha perspectiva, tomando la ley provincial 13298 y la ley nacional 26061, la cual manifiesta la priorización de los derechos del niño, niña y adolescentes como un derecho fundamental. Y desde lo social, dando cuenta la vida cotidiana de los niños, niñas y adolescentes, en el cual se manifiestan los modos por satisfacer sus necesidades, sus inquietudes y sobre todo las falencias y vulneración de sus derechos a la hora de encontrarnos con niños que son violentados.

Desde la perspectiva legal en el ámbito nacional ni desde el ámbito provincial las instituciones cumplen con los requisitos establecidos para prevenir y acompañar a los niñas, niños y adolescentes que son las víctimas del maltrato.

MALTRATO INSTITUCIONAL

Cientos de veces hemos leído qué cuando nos referimos a maltrato institucional se entiende por dicha expresión "cualquier legislación, procedimiento, actuación u omisión procedente de los poderes públicos o bien derivada de la actuación individual de los profesionales que comporte abuso, negligencia, detrimento de la salud, la seguridad, el estado emocional, el bienestar físico, la correcta maduración o que viole los derechos básicos de la infancia". (Martínez Roig, 1989).

Este maltrato institucional que sufren cientos de niños niñas y adolescentes en la Argentina crece en forma geométrica, como mencionamos en el punto anterior que la legislación prevé y prioriza esta problemática pero en la práctica todavía no se efectiviza dejándolos desprotegidos o expuestos a situaciones traumáticas.

Este tipo de violencia institucional se produce por la inadecuada o insuficiente atención que los sectores responsables de la contención a los NNA deben brindar en tiempo y en forma y no sucede. La vital ayuda que necesitan ante hechos traumáticos por parte del sector sanitario, policial, judicial y social no llega como debería. Hay una inmensa falta de capacitación por quienes están al frente de estos servicios desde el que recepciona el llamado y todos los que intervienen posteriormente, es decir parte del personal policial y/o médico y también de la parte judicial.

La capacitación como primera medida debe estar basada en dos puntos claves: ***en como escuchar y como asistir a las víctimas*** **de maltrato**, pues hay un desconocimiento sobre

las necesidades básicas del niño niña y adolescente en cada estadio evolutivo, además de una falta de empatía con el NNyA y su familia, hay dificultad en la comunicación entre los profesionales involucrados en el abordaje del caso, descoordinación entre los servicios. Añadimos también a todo esto la falta de espacios físicos y en condiciones apropiadas. Varios organismos internacionales han llamado la atención a nuestro país por esta ineptitud y letargo para realizar las modificaciones correspondientes, este tipo de carencias no se pueden seguir admitiendo son intolerables porque los daños no resueltos como corresponde traen consecuencias irreparables en la salud física y mental de los NNyA alterando su vida adulta.

En el ámbito judicial, sería importante contar con jueces que evalúen adecuadamente cuando se solicita en los términos del interés superior del niño niña y adolescente la urgencia de medidas cautelares las cuales son para poner fin a la situación de riesgo que se denuncia. Además de escucharlos es necesario que en todos los servicios públicos o privados exista un equipo interdisciplinario para el abordaje de este tipo de situaciones lo que dará más contención a la víctima y a su familia.

Comentaremos un caso real esto sucedió en mayo de 2016 como para demostrar por todo lo que tienen que pasar las víctimas y sus familias: "Una señora que llamaremos Juana recibe una nota de la escuela donde asiste su hija de 12 años que llamaremos Sol. Se acerca a la institución le comentan que debe ver a la psicóloga por un tema muy delicado de su hija, allí la niña se anima a contar a su mama que es abusada por su padre desde los 9 años. La psicóloga le informa que debe hacer la denuncia que será un proceso difícil y complicado. Juana sale de allí se va a su casa aturdida por la situación y se pregunta ¿a dónde ir? Juana es docente secretaria de una escuela. Se acerca a una comisaria le dicen que debe ir a la comisaria de la mujer, *allí no saben informarle donde debe asentar la denuncia pues no tenían muy en claro si era que correspondía la del domicilio donde vive ella con su hijita o si era donde se cometió el hecho*. Además Juana vive en Guernica pero le corresponde los Juzgados de La Plata distancia de 30 minutos de su casa. El hecho se cometió en Lanús en la casa del progenitor y corresponde los juzgados de Lomas que están a una hora de su casa. Se dirige por información de una amiga al centro de atención de la víctima a Lomas de Zamora allí es tal el destrato que Juana casi a punto a de llorar y desesperada por ir de un lugar a otro una persona escucha su situación y le dice que vaya a la fiscalía allí logra hacer la denuncia. Luego de varias ida y vueltas, pero se encuentra con otro problema no sabe cómo sigue esto que debe hacer le hablan en términos jurídicos y a pesar de ser Juana una persona instruida con educación universitaria no maneja ese lenguaje y continua el destrato ante esta situación consulta

con una colega en la escuela donde trabaja y a través de esta persona se contacta con una abogada que la asesora y Juana decide contratar a esta letrada y presentarse como particular damnificada".

Lo primero que se observa en este relato es la falta de información de dónde ir para hacer la denuncia, y lo peor aún que en los lugares que debieran tener la información correcta no saben. En segundo lugar el tema del costo pues la provincia de Buenos Aires las distancias son enormes y el costo de los viáticos del transporte público no son accesibles. Tercero que en el lugar donde deben contener y asesoras pues el CENTRO DE ATENCIÓN A LA VICTIMA, griten y ofendan a quien va a pedir asesoramiento. Por último en las oficinas de recepción de denuncias, como ser Comisarías y destacamentos comunes y especializados en la familia, oficinas de violencia doméstica del poder judicial o de ministerios de seguridad de las provincias, fiscalías comunes y especializadas en género, etc. no siempre se explica que el delito de abuso sexual requiere que se inste la acción penal y de la posibilidad de contar abogado querellante o particular damnificado en provincia de Buenos Aires, peritos de parte en las pericias y otros requisitos. Pues el ministerio público fiscal, éste organismo público está colapsado y no impulsa la investigación como es debido. Como el caso de Juana y su hijita debe pagar a un abogado para que lleve su causa pues la justicia argentina prevé la representación letrada gratuita en el proceso penal solo para el acusado de un delito. El Defensor del niño o el Asesor de Incapaces, según la jurisdicción, limita su accionar al ámbito civil, aunque en algunos casos puede solicitar acciones en el ámbito penal. Nos preguntamos ¿qué pasa en los casos de mamás o familias que no tienen una formación educativa o recursos económicos? ¿Qué hacen? Si las envían de un lugar a otro porque las oficinas públicas no saben cómo actuar alguien se preguntó ¿tienen dinero para los viáticos? Y si debe viajar con su hijos, cada uno paga su pasaje, porque solos no los puede dejar, ¿cómo hace? Y si trabaja estos trámites se realizan en días y horas hábiles ¿le darán autorización para tomarse los días que necesita para realizar estos trámites? Si en el trabajo son considerados con esta situación ¿le descuentan el día? es decir menos remuneración, es decir menos posibilidad de dar de comer como corresponde a su hijos. Tal vez será por todo esto que las estadísticas dicen que solo el 30% de los casos de abuso sexual son denunciados. Nuevamente vemos que la Justicia no es accesible para todo el pueblo.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.

En la actualidad reconocemos la incitación a denunciar de parte del estado, pero advertimos hay una omisión del Estado de acompañar con políticas públicas. Tal como ya lo referimos, la propia madre o victima debe concurrir al juzgado tras una larga espera, retira los oficios y los debe diligenciar, muchas veces debe realizar este procedimiento sin contar con los recursos necesarios para llevar adelante tal cometido.

Arribada este punto, nos cabe la pregunta de ¿por qué motivo la víctima no es debidamente indemnizada por los daños padecidos?, es más, dentro de los reclamos de daños, este tipo de reclamos son ínfimos o casi inexistentes.

Podríamos clasificar los motivos por los que no se solicita indemnización en: 1) Los plazos de prescripción; b) Desconocimiento de parte de las víctimas o de sus representantes legales de que existen diversos legitimados pasivos a quienes se les puede reclamar; c) La relación de parentesco entre la víctima y el dañador.

Estamos convencidos de que la reparación del daño no tiene una función exclusivamente indemnizatoria, sino también disuasoria, de ahí que el conocimiento de los requisitos, de quienes están legitimados para ser demandados por este tipo de hechos, avanzará hacia un cambio de patrones socio-culturales.

Cabe resaltar que las víctimas de violencia sexual pocas veces reciben indemnización por sus perjuicios, menos aún si provienen de abusos incestuosos producidos durante la infancia. Si bien las medidas civiles pueden llegar a poner fin a la violencia y la existencia de sanciones penales puede proporcionar cierto efecto disuasorio, ni las medidas civiles ni las sanciones penales ayudan a compensar a las víctimas por las lesiones terribles a nivel psicológico, físico y emocionales, sufridas.

Estas víctimas requieren de tratamientos psicológicos y médicos largos y costoso para superar los efectos desbastadores de la violencia padecida; efectos que muchas veces produce a las víctimas daños materiales, entre ellos la perdida de días de trabajo y de posibilidades de estudio y producción. Estos daños en general no se reparan. Entendemos que no basta con sancionar penalmente, ni con impedir civilmente la continuidad de la violencia, sino que es imprescindible que tanto los dañadores como quienes contribuyen con su conducta a agravar el daño o a prolongarlo en el tiempo deben responder por los perjuicios sufridos por la víctimas de violencia sexual de una manera integral y eficaz.

En este sentido, también estamos convencidos que los Estados que no garanticen el acceso a esta indemnización también deben responder frente a las víctimas, tal como lo ha ordenado en múltiples oportunidades la Corte de Derechos Humanos de Europa.

Estamos convencidos que los cambios introducidos por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, más precisamente por lo dispuesto por los arts. 1710.-*"Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo."* y por el art. 2561, que expresamente dispone un plazo de prescripción especial para reclamar resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces, fijando el mismo en diez años, y sosteniendo que el cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del cese de la incapacidad, modifican el estado de la situación anterior, ampliando ampliamente los legitimados pasivos y el plazo de prescripción, alientan a instar a las víctimas de este tipo de hechos a avanzar en sus denuncias y reclamos de resarcimiento económico por los daños padecidos.

Respecto de los legitimados pasivos, tengamos en cuenta que la acción no solo puede ser sugerida contra el agresor, sino que también se puede intentar contra otras personas que resulten obligados "indirectos" porque con su comportamiento han permitido que los hechos de violencia tuvieran lugar, o han contribuido a que el perjuicio de la víctima se agravara.

En este orden, también pueden considerarse culpables por los abusos que sufren las víctimas de violencia sexual por no cumplir con el deber de protección de la infancia, los establecimientos educativos y hospitalarios, las autoridades penitenciarias o las policiales. Resaltemos, que por aplicación de los postulados propios del derecho civil, los directores y autoridades de los servicios por hechos de sus dependientes y también podría responsabilizarse a los padres por la agresión cometida por sus hijos menores.

Al tener la víctima la posibilidad de demandar tanto a quienes causen el daño directamente, como a los obligados de brindarle seguridad, más posibilidad tendrán para que el daño quede sin reparar por la violencia del agresor. Al respecto, conviene arribado este punto, recordar lo previsto por la diversa normativa vigente en nuestro país, así, a

título de ejemplo, recordemos que la ley de protección contra la violencia familiar (24.417), establece la obligación de denunciar los hechos de violencia sobre, menores, incapaces, ancianos o discapacitados a los servicios asistenciales, sociales o educativos públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor (Art. 2). Por otra parte la Ley 26.061, establece la obligación de denunciar a todos los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión (art. 31). Por su lado, la Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres Nº 26.485, establece la obligación de denunciar los actos de violencia en el artículo 18, que dice que las personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley, estarán obligados a formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito. Cabe preguntarnos si los profesionales podrían negarse a denunciar amparándose en el secreto médico establecido en el artículo 156 del Código Penal, que sanciona la divulgación sin justa causa por parte del médico tratante de los secretos confiados por su paciente - relativos a su salud- o de cualquier dato médico obtenido por el profesional en el marco de la consulta y tratamiento con una sanción de tipo penal (artículo 156 del Código Penal). Por otra parte, el artículo 177 del referido cuerpo legal de forma establece que: “tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. 2) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional.” Respecto de este punto, estamos convencidos de que la ley le impone a los médicos la obligación de denunciar este tipo de violencia porque la denuncia es el mejor camino para permitir visibilizar el problema que suele caracterizarse por dos fenómenos simultáneos: 1) la esfera de intimidad en la que se desarrollan los hechos de violencia y 2) la repetitividad de los hechos (por acción u omisión) que lleva a cabo el violento hacia uno o varios de los integrantes del grupo familiar.

Con la obligación de denunciar a cargo de este profesional de la medicina, por ejemplo, se intenta beneficiar tanto a la víctima como al grupo familiar, pues a través de la denuncia que realice el médico, se podrá visibilizar la problemática cotidiana que vive y sufre y

activar los mecanismos judiciales pertinentes para protegerla y contenerla, evitando su revictimización y protegiendo el entorno familiar.

En el mismo orden de lo que estuvimos analizado supra, podríamos preguntarnos ¿cuál es la responsabilidad civil que le cabe al profesional que no denuncia frente a los daños sufridos por la víctima? Evidentemente el daño lo produce el agresor, pero la conducta de quien incumple la obligación de denunciar agrava el daño o no lo impide y debe responder por el agravamiento de la lesión o por su continuidad en el tiempo según las circunstancias del caso.

CONCLUSIÓN

Consideramos primero que el Estado debe implementar políticas públicas concretas y efectivas crear una estructura adecuada que responda al deber de protección y garanticen los derechos de los NNyA y de inclusión. No se puede seguir dilatando las soluciones porque son millones de niños que viven en un contexto de vulnerabilidad absoluta. No podemos permitir que sigan atravesando situaciones de violencia, maltrato y abuso sexual porque sabemos y así lo han manifestado los organismos internacionales sobre las vinculaciones entre las violencias, la "(…) una persona que ha sufrido o presenciado violencia intrafamiliar durante su niñez tiene un mayor riesgo de convertirse en víctima o victimario de esta forma de violencia en su edad adulta."

Un Estado presente debe implementar programas de prevención y difusión sobre maltrato y abuso infantil en todo el pais los que hay son insuficientes y no llegan a todos los sectores. Es obligación del Estado brindar la asistencia apropiada posterior a estos hechos traumaticos y reparar este daño.

NUESTRA POSTURA Y PROPUESTA

La Comisión de Género del CAAL, tiene como fin intervenir en la asistencia de los niños, niñas y adolescentes, víctimas de algún tipo de violencia, y como profesionales de lo jurídico-social, a través de un posicionamiento transformador, propondremos modos de intervención para poder aportar desde una mirada crítica, reflexiva y analítica hacia la asistencia y acompañamiento de las víctimas de forma igualitaria en la provincia de Bs.As.

Desde la asistencia Integral proponemos: Promover todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por dichas leyes, Constitución Nacional y Convención de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Toda vez, que como dijimos, existe en la Provincia de Buenos Aires un tratamiento diferente en cada partido y/o municipio, no solo desde el acceso (que también discrimina), sino también desde el acompañamiento, atención, y proceso.

Podríamos empezar desde la toma de conocimiento del hecho, entrevista con la víctima y/o toma de denuncia, donde sabemos que no hay una capacitación sobre cómo tratar a las víctimas de violencia, ellos a fin de evitar una sobre-victimización. El personal actuante, debe estar capacitado para asistir de forma integral a la demanda y asegurar que la víctima se sienta contenida, evitando que la declaración de los hechos le genere un ambiente hostil para el denunciante, empezando en principio por la empatía hacia la víctima, sin importar la clase de violencia.

Luego, las medidas de protección ante la víctima de violencia. Conforme la ley 12569, el juez del fuero civil-Familia es quien ordena una medida de protección (Ejemplo exclusión de hogar), pero esta medida es a pedido de parte, es decir que la persona que denuncia un hecho de violencia, debe recurrir a un juez para que dicte una medida de protección, pero para que ello ocurra, desde el hecho que se denuncia, hasta el decreto de la medida y toma de conocimiento de la misma, existe un tiempo prolongado que a nuestro entender, no garantiza que la violencia no se repita, y/o que la misma continúe con el procedimiento correspondiente, esto debería modificarse.

Es por ello, que no existe un acompañamiento de la víctima desde el inicio del proceso, sino desde que se le dicta la medida de protección.

Por otro lado tenemos las actuaciones de los Órganos Interdisciplinarios. La mayoría de los Servicios Locales que comentamos de la Provincia de Buenos, cuentan con Trabajadores Sociales, Abogados, Psicólogos, pero ellos solo actúan, ante los casos que le llegan a su Organismo, o se derivan del Juzgado, limitando su actuación, cuando el hecho esta realizado, cuando deberían realizar trabajos para evitar que los NN y A sufran algún tipo de violencia, promoviendo acciones de capacitación, informes, talleres, ello a fin de conocer la situación de cada persona, y poder evaluar si existe algún indicio de que los niños puedan padecer algún tipo de violencia.

Es por ello, que desde nuestra postura, conjuntamente con el Colegio de Abogados de Avellaneda-Lanús, proponemos una intervención integral a fin de organizar talleres sobre

la violencia familiar, y de poder acercarnos a las personas y que tengan un contacto directo con profesionales de la temática, informando sobre cuáles son los derechos que les asiste, organismos a los que pueden acercarse, promocionar una concientización socio-jurídico con esta temática que cada vez nos cuesta más proteger,esto es un llamado de atención y debería ponernos alerta, toda vez que nos urge hacer algo inmediato, desde todos los sectores sociales.

BIBLIOGRAFIA

- Constitución Nacional Argentina
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Ley 26.061
- Ley 26 .485
- Ley 24.417
- Ley Provincia de Buenos Aires 12.569
- Ley Provincia de Buenos Aires 13.298
- Código Civil y Comercial de la Nación
- Código Penal de la República Argentina
- Fernández Silvia, "*Tratado de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*", Abeledo Perot 1ra edición 2015
- Herrera Marisa "*Convención sobre los Derechos del Niño, Comentada Anotada y Concordada",* La Ley 2012
- CIDH "*Violencia, Niñez y crimen organizado,"* noviembre 2015
- Colectivo de derechos de la Infancia y Adolescencia "*La Agenda del Estado en clave de derechos" , 2015/2016*

Ponencia 14 – Comisión 4

Título: Perspectiva de género en el derecho penal (subtema: femicidio).

Autor/es: María Laura Valles - Matías Zárate

DATOS DE LOS AUTORES:

MARIA LAURA VALLES

ABOGADA Y LIC. EN PSICOLOGÍA

FUNCIONARIA DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CORDOBA

PROFESORA ADJUNTA DE LA CATEDRA DE PSICOLOGÍA Y DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE PSICOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA

COORDINADORA E INVESTIGADORA TITULAR DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS Y SOCIALES DE LA FACULTA DE DERECHOS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA

MATIAS ZARATE

ESTUDIANTE DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA

ESTUDIANTE DE PSICOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA

INVESTIGADOR ASISTENTE DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS Y SOCIALES DE LA FACULTA DE DERECHOS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA

Dirección de e-mail de María Laura Valles: lvalles44@hotmail.com

Dirección del domicilio real: Lote 40, Manzana 218 de Barrio La Estanzuela II de la Localidad de La Calera, Provincia de Córdoba.

"PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO PENAL (SUBTEMA: FEMICIDIO)"

PROPUESTA:

Rol del Estado en la Violencia Intrafamiliar

En este entramado de subjetividades, tenemos que reflexionar también que las situaciones de violencia intra – familiar se desarrollan en el ámbito privado y no en el público y esto también está vinculado a la importancia del atravesamiento del orden simbólico en el imaginario social.

La tarea preventiva de información y educación, son esquemas de prevención primaria elementales para el abordaje de esta problemática social.

Estos espacios de encuentro, nos fortalecen a todos aquellos que desde hace tantos años, estamos trabajando a diario, desde las Instituciones y también fuera de ellas, para lograr la formación de redes interinstitucionales, que faciliten las respuestas preventivas, únicas posibles para tratar de prevenir este flagelo social que es la violencia de género, un efecto patológico, tan íntimo y reservado, cuya salida a luz al ámbito público, muchas de las veces no sucede.

Tanto en el ámbito institucional, como en el ámbito de organizaciones gubernamentales, la tarea que convoca a un grupo de profesionales implicados en estas difíciles circunstancias que les toca vivir, desgraciadamente a muchas mujeres, en nuestro país, como en nuestros hermanos países latinoamericanos, solo puede ser mirado y operativizado desde la tarea interdisciplinaria.

Es decir, la prevención es el mejor remedio social, incluso evitando la difícil alternativa de la "rehabilitación" a través de tratamientos psicoterapéuticos, y cuando decimos rehabilitación como la segunda etapa, ya de nivel asistencial.

Solo ha sido nuestro deseo desde estas humildes reflexiones, poder articular formas de pensar, desde una perspectiva psicológica/social la problemática de la violencia de género, y sin duda, articular estas reflexiones con el marco legal, que encuadra esta difícil situación de vida que a muchas personas les toca vivir.

SUMARIO

1. En derecho penal en el contexto social
2. Influencia de las representaciones sociales en el marco penal
3. Concepto de Género
4. Agravante: art. 80 inc. 1 y 11 C.P.
5. Implicancia social de que las cuestiones humanas se desplacen del ámbito privado al ámbito público

6. Propuesta: Rol del Estado en la Violencia Intrafamiliar

1. EN DERECHO PENAL EN EL CONTEXTO SOCIAL

Entre las prácticas sociales en las que el contexto histórico permite la construcción subjetiva de los individuos, y grupos sociales, las prácticas jurídicas ocupan un lugar relevante. En este tema, la práctica judicial vinculada al Derecho Penal argentino. El derecho penal es una de las ramas del derecho, esto es, del sistema normativo de las relaciones sociales de carácter jurídico, o lo que es lo mismo, de las relaciones externas de los individuos entre o con el Estado. El derecho penal regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y su consecuencias.

Ahora bien, el delito comprendido dentro del Derecho Penal significa la potestad represiva del Estado, esta "potestad represiva" inviste de tal manera en la individualidad que es necesario un bloque de legalidad que garantice su aplicación y su interpretación. En relación a este último párrafo nuestra constitución nacional garantiza en sus artículos 18 y 19 las protecciones legales para que tal proceder no arrase con los derechos individuales de cada uno de nosotros, por cuanto los derechos humanos de las personas son atributos de la persona y emanan de su dignidad inherente, y tales derechos son reconocidos por el sistema constitucional argentino.

Esto lleva también ínsito el objetivo claro de procurar la reparación y restauración de los derechos no solo después de violados, sino también previniendo la comisión de dichas violaciones. Dichas "garantías constitucionales" no solo abarcan al imputado en el proceso penal, sino también a la víctima. Las garantías enunciadas taxativamente, son el debido proceso, el principio del Juez Natural, Juicio previo, principio de inocencia, comprendido él, el indubio pro reo, el non bis in ídem y el derecho de defensa en juicio.

2. INFLUENCIA DE LAS REPRESENTACIONES SOCIALES EN MARCO PENAL

En el acto de representación siempre se relaciona un sujeto (grupal e individual) con un objeto determinado. Representar es, en el sentido estricto de la palabra, volver a presentar, o sea, re-producir, que no reproducir, un objeto cualquiera mediante un mecanismo alegórico. Esta re-producción siempre es subjetiva en última instancia. "En la representación tenemos el contenido mental concreto de un acto de pensamiento que

restituye simbólicamente algo ausente, que aproxima algo lejano. Particularidad importante que garantiza a la representación su aptitud para fusionar precepto y concepto y su carácter de imagen." [505]

En todo caso, la representación siempre es portadora de un significado asociado que le es inherente. Al ser formulada por sujetos sociales, no se trata de una simple reproducción sino de una complicada construcción en la cual tiene un peso importante, además del propio objeto, el carácter activo y creador de cada individuo, el grupo al que pertenece y las constricciones y habilitaciones que lo rodean.

Sería imperdonable caer en el error de considerar que las representaciones son un mero espejo mental del mundo exterior. "Aquí y allá existe una tendencia a considerar que las representaciones sociales son reflejo interior de algo exterior, la capa superficial y efímera de algo más profundo y permanente. Mientras que todo apunta a ver en ellas un factor constitutivo de la realidad social, al igual que las partículas y los campos invisibles son un factor constitutivo de la realidad física." [506]

La representación constituye un concepto marco e híbrido a la vez en un campo de estudios, la psicología social que, de hecho, ha sido construido desde la interdisciplinariedad. La teoría de las representaciones, al integrar en un corpus coherente nociones de variada procedencia teórico-metodológica, con aportes de la sociología, la psicología, la antropología, entre otras, se caracteriza por su síntesis, riqueza, potencial heurístico y flexibilidad.

Lo primero que distingue a cualquier definición de representación social sin importar su procedencia es el abandono fáctico de la distinción clásica behaviorista entre estímulo y respuesta y, más aún, entre sujeto y objeto. La teoría de las representaciones plantea que no hay distinción alguna entre los universos externo e interno, entiéndase objetivo y subjetivo, tanto en el caso de los individuos como en los grupos a los cuales estos pertenecen. [507]

---

[505] Jodelet, D. (1989). "Représentations socials: un domaine en expansion", en D. Jodelet (ed.), Les représentations sociales, París, PUF, 7a ed. 2003, pág. 476.

[506] MOSCOVICI, Serge y Hewstone Miles (1986), "De la ciencia al sentido común" en S. Moscovici, *Psicología social II, Pensamiento y vida social. Psicología social y problemas sociales*, Barcelona, Paidós, pp. 679-710.

[507] "El sujeto y el objeto no son fundamentalmente distintos." (Moscovici en Abric, 2001).
Jean-Claude Abric fue un destacado investigador en el campo de la teoría de las representaciones sociales. Profesor emérito de la Universidad de Aix-Marsella y ex director del Laboratorio de

"La noción de representación social nos sitúa en el punto donde se intersecan lo psicológico y lo social. Antes que nada concierne a la manera en que nosotros, sujetos sociales, aprehendemos los acontecimientos de la vida diaria, las características de nuestro ambiente, las informaciones que en él circulan, a las personas de nuestro entorno próximo o lejano. En pocas palabras, el conocimiento «espontáneo», «ingenuo» que tanto interesa en la actualidad a las ciencias sociales, ese que habitualmente se denomina conocimiento de sentido común, o bien pensamiento natural, por oposición al pensamiento científico. Este conocimiento se constituye a partir de nuestras experiencias, pero también de las informaciones, conocimientos, y modelos de pensamiento que recibimos y transmitimos a través de la tradición, la educación y la comunicación social. De este modo, este conocimiento es, en muchos aspectos, un conocimiento socialmente elaborado y compartido. […] En otros términos, se trata [además] de un conocimiento práctico."[508]

Esta insistencia por rescatar las creencias de la gente y por revalorizar sus teorías del mundo más allá de lo que suponen los cánones academicistas es una ganancia de primer orden para las ciencias sociales en su esfuerzo por descender del pedestal, del distanciamiento positivista, y llegar a las masas. De las definiciones de representación una de las más aceptadas por su naturaleza sintética y generalizadora, así como por su poder integrador ha sido la de Denise Jodelet que dice: "El concepto de representación social designa una forma de conocimiento específico, el saber de sentido común, cuyos contenidos manifiestan la operación de procesos generativos y funcionales socialmente caracterizados. En sentido más amplio, designa una forma de pensamiento social. Las representaciones sociales constituyen modalidades de pensamiento práctico orientados hacia la comunicación, la comprensión y el dominio del entorno social, material e ideal. En tanto que tales [sic], presentan características específicas a nivel de organización de los contenidos, las operaciones mentales y la lógica."[509]. Las representaciones implican mecanismos de analogía respecto al objeto según la focalización y el punto de vista de los individuos así como la posición del grupo al cual estos pertenecen. En sí, "toda representación es un sesgo de cada sujeto." [510]

Psychologie Sociale, aportó la Teoría Núcleo Central y el enfoque estructural en el estudio de las representaciones sociales.

[508] JODELET, Denise. La representación social: fenómenos, concepto y teoría. En: Moscovici, Serge (comp.). Psicología Social II. Pensamiento y vida social. Psicología social y problemas sociales. Barcelona, Ediciones Paidós, 1986, pág. 473

[509] Jodelet, Denis (1986): "La representación social: fenómenos, concepto y teoría" en Moscovici, S. (Ed.), Psicología Social, Vol.2. Paidós, Barcelona, España, pág. 474.

[510] Ursua, N. y Páez, D. (1987). Psicología del desarrollo, filosofía de la ciencia y representaciones sociales. En Páez, Darío (ed.). Pensamiento, individuo y sociedad. Pag.349

Para Moscovici[511].una representación social es “una modalidad particular de conocimiento cuya función es la elaboración de los comportamientos y la comunicación entre los individuos. Es un corpus organizado de conocimientos y una de las actividades psíquicas gracias a las cuales los hombres hacen inteligible la realidad física y social, se integran en un grupo o en una relación cotidiana de intercambios, liberan los poderes de su imaginación.” [512] Las representaciones son una forma de pensamiento natural informal, un tipo de saber empírico, que además se articula al interior de los grupos con una utilidad práctica, en esencia como una guía para la acción social de los sujetos, es decir, como un saber finalizado. Las representaciones son teorías del sentido común: Moscovici, Jodelet, Abric, Banchs, en fin, un gran número de autores coinciden en este punto. Teoría quiere decir ver si nos fijamos en el origen etimológico del término. En efecto, para los griegos el vocablo theoría, derivado de la palabra aún más antigua theorós, significaba ver lo divino. Ahora bien, en la vida cotidiana ninguna representación social existe aislada de otras representaciones. De hecho, no se puede hablar de una representación social pura pues, en realidad, las representaciones constituyen intrincados sistemas en cuyo desenvolvimiento tiene un peso fundamental la historia de cada persona y del grupo en general. “Las representaciones están inscritas en los pliegues del cuerpo, en las disposiciones que tenemos y en los gestos que realizamos. Forman la sustancia de ese habitus del que hablaban los antiguos, que transforma una masa de instintos y órganos en un universo ordenado, en un microcosmos humano del macrocosmos físico, hasta el punto de hacer que nuestra biología aparezca como una sociología y una psicología, nuestra naturaleza como una obra de la cultura. Enraizada así en el cuerpo, la vida de las representaciones se revela como una vida de memoria.” [513] Ahora bien, que consecuencias e implicancias tienen las representaciones sociales en el Derecho Penal y en el caso puntual de la violencia de género.

3. CONCEPTO DE GÉNERO

El **GÉNERO**, como categoría social, surgió para explicar las desigualdades entre hombres y mujeres, poniendo el énfasis en la noción de multiplicidad de identidades. Lo femenino y lo masculino se conforman a partir de una relación mutua, cultural e histórica. El género es una categoría interdisciplinaria que desarrolla un enfoque globalizador y remite a los

[511] Serge Moscovici fue un psicólogo social francés, nacido en Rumania. Fue Director del Laboratorio Europeo de Psicología Social, que co-fundó el año 1975 en la Maison des sciences de l’homme en París, Francia

[512] Moscovici, S. (1979). La representación social: un concepto perdido. En *El Psicoanálisis, su imagen y su público* (pp. 27-44).Buenos Aires: Ed. Huemul pags. 17/18.

[513] Moscovici, S. y Hewstone, Miles(1986): “De la ciencia al sentido común”, en Moscovici, S. (1ed), Psicología Social, Vol.2. Paidós, Barcelona, España, págs. 708-709.

rasgos y funciones psicológicas y socioculturales que se atribuye a cada uno de los sexos en cada momento histórico y en cada sociedad. Las elaboraciones históricas de los géneros son sistemas de poder, con un discurso hegemónico, y pueden dar cuenta de la existencia de los conflictos sociales. La problematización de las relaciones de género logró romper con la idea de su carácter natural. En este contexto, la categoría de género puede entenderse como una explicación acerca de las formas que adquieren las relaciones entre los géneros. [514]

Por lo que vinculando el concepto de género con las representaciones sociales, dada la praxis social, podemos inferir que en relación a las cuestiones de género existió durante décadas la construcción simbólica de la superioridad de cierta categoría de personas sobre otras, como si una calidad humana tuviera cierta o absoluta jerarquía, y esta circunstancia le diera derechos a unas personas sobre otras. Siendo así las cosas, a lo largo de la historia podemos observar que la misma está atravesada por esta jerarquía, de la cual resulta que la mujer, por su sola condición de mujer es inferior y tiene una jerarquía menor, a la del varón. Esto como construcción cultural.

Ahora bien, la **VIOLENCIA CONTRA LA MUJER** es definida, tanto en el **derecho internacional** como en el **derecho interno**, como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. El derecho a tener una vida libre de violencia se encuentra regulado a nivel internacional, destacando la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer **("CEDAW")** y, en el ámbito regional, la prohibición de todo tipo de violencia contra la mujer tiene un amparo especial a nivel supranacional en la "Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer" (más conocida como la **"Convención de Belém Do Pará"**, aprobada por Ley 24.632). En su preámbulo afirma que "*la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades*" y preocupados "*porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres*" establece entre los **deberes de los Estados**, el de condenar todas las formas de violencia contra la mujer, debiendo actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso "b") y tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (art. 7 inc. e).

---

[514] Cfr: Gamba, Susana B. (Coord.), (2009). *Diccionario de estudios de género y feminismos.* Buenos Aires: Biblios.

Las directrices internacionales fueron recogidas a nivel nacional, en la Argentina, en la Ley **26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales** bajo cuya perspectiva se analiza el presente caso. La citada ley define a la violencia: "***Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida***, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón" (art. 4º -lo resaltado nos pertenece).

Concepto precisado en el decreto que reglamenta la norma, refiriéndose que "Se entiende por **RELACIÓN DESIGUAL DE PODER**, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en ***conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales"*** (art. 4º, Decreto Reglamentario nº 1011/2010 –lo subrayado nos pertenece). Éste, señala enfáticamente que la ley "…implica un cambio de paradigma en tanto aborda la temática de la violencia de género desde una perspectiva infinitamente más amplia y abarcativa de la que hasta ahora existía en la legislación argentina. Es una norma que rebasa las fronteras de la violencia doméstica para avanzar en la definitiva superación del modelo de dominación masculina, proporcionando una respuesta sistémica a la problemática, con una dimensión transversal que proyecta su influencia sobre todos los ámbitos de la vida".

Los **DISTINTOS TIPOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER** son descriptos en el art. 5º, entre los cuales, a ***la violencia física***, enumerada entre las otras, la conceptualiza como: "***La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física***". Esta violencia es ejercida por familiares e incluye relaciones sentimentales vigentes o finalizadas. Para la ley 26.485, los distintos tipos de violencia que previamente ha definido se manifiestan en diferentes ámbitos, los cuales constituyen sus modalidades, precisando entre ellos que la violencia doméstica es "… aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por

afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y **las parejas o noviazgos**. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia" (art. 6º).

4. AGRAVANTE: ART. 80 INC. 1 Y 11 C.P.

Conforme a la modificación operada por la ley 26.791/12 al art. 80, el inciso primero sanciona al que matare "…*a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia…"*, el término *"relación de pareja",* al no exigir *"convivencia"* (mediare o no convivencia, dice la ley), debe ser entendido, mínimamente, como una relación meramente afectiva, que puede o no presuponer convivencia o vida en común. Poniendo de resalto en el caso en análisis, la presencia de la agravante consistente en el vínculo sentimental existente entre la víctima y el victimario.

En cuanto a la extensión de la expresión "relación de pareja", no corresponde equipararla sin más a la definición que proporciona el nuevo ordenamiento civil respecto de la llamada "unión convivencial" (Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, artículo 509, B.O.08/10/2014), y además debe tenerse en cuenta el propósito que tuvo el legislador al modificar el código de fondo con la ley 26.791 (BO 14/12/2012) normativa que asume la tesis de que la agresión a una mujer es una violencia estructural que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos y por lo cual incorpora al sistema penal los llamados delitos de género. Precisamente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém Do Pará/1994, al cual nuestro país adhirió por ley N° 24.632), en su artículo segundo considera violencia a toda aquella que tenga lugar "…*en cualquier otra relación interpersonal…"*

El vínculo afectivo sentimental existente entre la víctima y el victimario, no necesariamente tiene que ser de personas desconocidas que tuvieron un encuentro casual, siendo que solo tengan un cierto grado de permanencia en el tiempo.

Que basta que se encuadren las **características históricas de desigualdad de poder entre varones y mujeres**. "***La violencia de género o violencia contra la mujer, radica esencialmente en el desprecio hacia la mujer por el hecho de serlo, en considerarla carente de derechos, en rebajarla a la condición de objeto susceptible de ser utilizado, desechado, por cualquiera***".

La calificante por el vínculo, y según la ley Nº 26.791 (la misma que incorporó la figura del "Femicidio"), establece que se califica el homicidio cuando la víctima es una persona con la que el autor mantiene o ha mantenido una "relación de pareja", mediare o no convivencia. Este nuevo tipo penal, a diferencia del "Femicidio", requiere calidades

especiales en el sujeto activo y pasivo, ya que ambos pueden ser tanto un varón como una mujer.

El concepto "relación de pareja" pasa a ser un elemento normativo del tipo, cuyo alcance debemos buscarlo dentro del ordenamiento jurídico vigente. El nuevo Código Civil y Comercial establece los requisitos para que una relación entre dos personas pueda ser considerada una unión convivencial (arts. 509 y 510), y en ese sentido se considera que la relación debe ser al menos de dos años. Esto es también lo que opina la buena doctrina, donde señala que para que se configure este delito, el sujeto activo debe estar manteniendo o haber mantenido una relación de pareja "estable", es decir que "la pareja o ex pareja debe haber tenido cierta estabilidad. Así lo revela una interpretación sistemática: si se asimilan esas situaciones a las de los cónyuges o ex cónyuges, no cualquier relación pasajera puede ser incluida en el concepto de pareja, aunque la norma no exija que haya o no haya habido convivencia". [515]

En suma, si para el reconocimiento de efectos jurídicos para las uniones convivenciales se exige una relación con cierta estabilidad, un mínimo de dos años, con más razón se debe exigir ese lapso para interpretar lo que es "relación de pareja", pues ese elemento normativo del tipo es el que permite la aplicación de semejante agravante.

El inciso 11 del art. 80, del Código Penal, incorporado por la ley 26.791 (B.O. 14/12/2012) estableció el delito de Femicidio propiamente dicho. Esta norma dice que *se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:…11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género*.

El concepto de Femicidio viene a desarticular los argumentos que lo naturalizan como una cuestión privada, familiar, o que debe resolverse en el ámbito privado de la familia, para entenderlo como una **cuestión pública que debe ser tratada y solucionada por el Estado**, toda vez que este problema encuentra sus raíces en causas sociales, culturales y, muchas veces, también económicas. **El Femicidio debe diferenciarse claramente de los homicidios en los que son víctimas las mujeres. El Femicidio implica la muerte de la mujer por su condición de tal, mientras que en los homicidios el género de la víctima resulta indiferente**.

En esta nueva norma, a diferencia de cualquier otro homicidio, la victima debe ser *una mujer* y el sujeto activo debe ser *un hombre*. Pero el tipo penal se completa en la exigencia de que mediare *violencia de género.*

Desde la **declaración de la ONU sobre Eliminación de la Violencia contra las Mujeres**, aprobada el 20 de diciembre de 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se utiliza el término "violencia de género o violencia contra las mujeres" para referirse a

[515] (Cf. Fontán Balestra, Carlos y Ledesma Guillermo, *Tratado de Derecho Penal-Parte Especial*, Tomo I, Ed. La Ley, Bs.As., 2013, p. 76).

"todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada".
Con posterioridad, la Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995[516], empleó el término violencia de género, para explicitar que "la violencia contra la mujer impide el logro de los objetivos de la igualdad de desarrollo y paz, que viola y menoscaba el disfrute de los deberes y derechos fundamentales" instando a todos los gobiernos a "adoptar medidas para prevenir y eliminar esta forma de violencia".

Este CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO O VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, que es un elemento normativo extralegal del tipo, no está contenido en el Código Penal, sino en el art. 4º de la Ley 26.485 que lo define como toda "conducta, acción u omisión, que de manera indirecta o directa, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal….".
Señalemos que esa RELACIÓN DESIGUAL DE PODER que es característica de la violencia de género, es definida por el Decreto Nº101/2010, reglamentario de la Ley citada, como "aquella que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de inferioridad de las mujeres y la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus condiciones interpersonales".

5. IMPLICANCIA SOCIAL DE QUE LAS CUESTIONES HUMANAS SE DESPLACEN DEL ÁMBITO PRIVADO AL ÁMBITO PÚBLICO

La problemática de la Violencia Familiar atraviesa el tejido social, conmocionando los roles sociales, familiares y generando una disfuncionalidad cuyas consecuencias son altamente patógenas en todos los casos.
Hemos decidido reflexionar sobre esta problemática, tanto desde una perspectiva social como psicológica; y esta mirada dirigida hacia las mujeres que integran los grupos familiares donde se desarrolla la violencia.
Ninguna situación humana que se desarrolle en una trama social, puede ser analizada y abordada sin tener en cuenta las circunstancias históricas y sociales que involucran al

[516] **Conferencia Mundial sobre la Mujer**, celebrada en Beijing en 1995

sujeto, como ser histórico, teniendo en cuenta sus condiciones concretas de existencia; así también, la importancia de las instituciones que deben dar respuesta a las diferentes problemáticas, instituciones que a su vez son espejo de la sociedad donde están insertas.
Desde la Psicología Social, vemos a la Institución como un espejo de la Sociedad, marco en el que se reflejan y reproducen las diferentes demandas sociales.
La mirada que tenemos sobre las demandas sociales tiene que ver con el contexto social, político, económico, es lo que se denomina "condiciones concretas de existencia". Estas "condiciones concretas de existencia" tienen que ver con la vida cotidiana, el acontecer social, familiar, escolar, etc. De todos los días, en esa dinámica de la vida cotidiana, el sujeto social, debe participar activamente, adaptándose a la realidad social para transformarla. En este sentido, hablamos de hombres concretos. En su condición de seres vivos y en consecuencia de sujetos de necesidades en intercambio permanente con el medio.
Las Instituciones, deben responder a una demanda social, a la demanda que sostiene la ideología dominante de un Estado con su respectiva clase dirigente, o bien a la demanda social "interpretada" en un sujeto activo, actor social y protagonista y determinante de su propio contexto histórico-social.
La realidad social, en la cual se desarrolla una determinada problemática, puede ser abordada desde un enfoque descriptivo y nada que signifique una pura narrativa de datos refleja, el entramado de emociones, manipulación, intereses en juego, deseos, proyectos que hay en el interjuego dialéctico entre la demanda social y la respuesta Institucional.

6. PROPUESTA:

Rol del Estado en la Violencia Intrafamiliar

En este entramado de subjetividades, tenemos que reflexionar también que las situaciones de violencia intra – familiar se desarrollan en el ámbito privado y no en el público y esto también está vinculado a la importancia del atravesamiento del orden simbólico en el imaginario social.
La tarea preventiva de información y educación, son esquemas de prevención primaria elementales para el abordaje de esta problemática social.
Estos espacios de encuentro, nos fortalecen a todos aquellos que desde hace tantos años, estamos trabajando a diario, desde las Instituciones y también fuera de ellas, para lograr la formación de redes interinstitucionales, que faciliten las respuestas preventivas, únicas posibles para tratar de prevenir este flagelo social que es la violencia de género, un efecto

patológico, tan íntimo y reservado, cuya salida a luz al ámbito público, muchas de las veces no sucede.

Tanto en el ámbito institucional, como en el ámbito de organizaciones gubernamentales, la tarea que convoca a un grupo de profesionales implicados en estas difíciles circunstancias que les toca vivir, desgraciadamente a muchas mujeres, en nuestro país, como en nuestros hermanos países latinoamericanos, solo puede ser mirado y operativizado desde la tarea interdisciplinaria.

Es decir, la prevención es el mejor remedio social, incluso evitando la difícil alternativa de la "rehabilitación" a través de tratamientos psicoterapéuticos, y cuando decimos rehabilitación como la segunda etapa, ya de nivel asistencial.

Solo ha sido nuestro deseo desde estas humildes reflexiones, poder articular formas de pensar, desde una perspectiva psicológica/social la problemática de la violencia de género, y sin duda, articular estas reflexiones con el marco legal, que encuadra esta difícil situación de vida que a muchas personas les toca vivir.

Ponencia 15 – Comisión 4

Título: ¿Se responde por los daños sufridos por las víctimas de violencia?

Autor/es: María Alejandra Ferrer

¿SE RESPONDE POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA?

"La educación es la vacuna contra la violencia."

Edward James Olmos

Simbólica y estructuralmente, todos los días somos víctimas pero también testigos de gran cantidad de situaciones de violencia, muchas de las cuales no percibimos, porque nos hemos acostumbrado a ella.

Así tampoco conocemos los motivos por los que a las víctimas, generalmente, no se las indemniza del daño que sufren a raíz de la violencia protagonizada contra ellas.

La comprensión de que los hechos de violencia se originan en causas sociales, familiares y personales, no implica la impunidad de quien vulnera los derechos a la integridad física, psíquica y sexual. Explicar las causas de una conducta no significa, pues, justificarlas ni legitimarlas.

Ciertamente que la cantidad de denuncias de violencia sobre todo doméstica, crece día a día, mientras que las pretensiones de reparación de los daños, son inexistentes o irrelevantes, comparado con aquéllas.

El motivo principal, reside en el desconocimiento de que existe diversidad de legitimados contra quienes reclamar, es decir de obligados a reparar. A veces, ni siquiera se intenta por la insolvencia del agresor, otras, por la relación de parentesco entre la víctima y el agresor y por último, por la ignorancia de que el daño que sufre actualmente el niño o el adolescente, puede ser consecuencia de la violencia que se ejerció sobre él con anterioridad. Ocurre que la agresión incestuosa de la que fue víctima el niño, se mantiene

latente durante su adolescencia imposibilitándole accionar y también, el poder relacionar problemas psicológicos que empiezan a surgir a raíz de la agresión sufrida y que reconocen como nexo de causalidad, a la agresión sexual.

Nadie pone en duda el reclamo resarcitorio cuando una persona -peatón o conductor- es colisionado por un automóvil y como consecuencia de ello, sufre daños. Acá la pretensión está constituida por la reparación del daño provocado y el reclamo de los rubros -lucro cesante y daño emergente-. El no poder trabajar a raíz del accidente; los gastos médicos en consultas, internación, estudios, medicamentos, prótesis, ortesis, tratamientos; el daño psicológico producto de recordar el accidente; la pérdida de chance... entre otros.

En cambio, en el supuesto en que un niño resulte víctima de violencia -física, emocional y sexual- dentro de su ámbito familiar, no obstante darse también aquí, los presupuestos de responsabilidad civil, la reparación rara vez -por no decir nunca-, se da.

A tal fin, debe considerarse el daño directo que sufre el niño víctima y que supone los perjuicios ocasionados por el maltrato, tanto en la salud física como en la mental y los consiguientes los gastos en medicamentos -para atacar por ejemplo las jaquecas y migrañas-, los trastornos alimentarios, de sueño, las dolencias de diversa índole y magnitud, las consultas médicas y psicoterapéuticas que pueda requerir conforme a su estado de salud.

Así también, al evaluar la intensidad del daño para determinar el resarcimiento, es preciso analizar las secuelas que puede haber dejado en el ánimo o psiquis de los niños. Tan es así, que los niños víctimas de abuso, no reciben indemnización alguna por los graves perjuicios sufridos, menos aún, si provienen de abusos incestuosos producidos durante su infancia.

El art. 75 inc. 22 incorporado con la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 le da, a ocho Tratados, dos Declaraciones y un Protocolo Facultativo sobre Derechos Humanos, jerarquía constitucional supralegal. Estos instrumentos internacionales protegen derechos como el derecho a la integridad psicofísica, a la libertad y seguridad de las personas. Entre ellos, cabe mencionar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos denominada Pacto de San José Costa Rica, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Con respecto a la reparación de la víctima puesta en su condición de persona, el art. 21 punto 2.- de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que, "...Ninguna persona puede ser privada de sus bienes (materiales e inmateriales) excepto mediante el pago de indemnización justa...". Y al decir bienes, está comprendiendo tanto los derechos de la personalidad física como los de la personalidad espiritual.

Paralelamente, el art. 5 de la Convención ampara el derecho a la integridad personal al expresar que "...Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral..."

La ley 24.417 en su art. 1 establece que: Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho. Y en el art. 2º refiere que "...Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el ministerio público. También estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor. El menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al ministerio público..."

La Convención Interamericana suscripta por la Argentina, para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y sancionada en el año 1996 en la Argentina mediante la ley 24.632, señala que "...Es deber del Estado establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo al resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces...".

Una interesante jurisprudencia aunque no actual, armoniza los instrumentos internacionales con la legislación local diciendo que, "*Si bien el procedimiento previsto por la Ley 24.417 pudiera ser la vía de protección sustancial que requiere la denunciante, es admisible la aplicación de la Ley 24.632 mediante la cual se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, por la cual el Estado debe adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad*. (CNCiv., Sala F, 1999/08/13. - N., M. P. c. N., E.). ED, 188-56; JA, 2000-III-374.

Si bien en este último instrumento -la Convención Interamericana- se hace referencia a la MUJER, resulta importante destacar el mandato que contiene "...***acceso efectivo al resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces...***" a los fines de aplicarlo de igual forma, a los casos de niñas y adolescentes víctimas de violencia. Ello, en virtud de que la Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, **omite** tratar el tema de la posibilidad de reparación civil-; mientras que la ley 26.485, lo menciona expresamente.

La Dra. Marisa Herrera plantea que no solo el derecho de familia se ha constitucionalizado o humanizado, sino también el derecho de daños, afirmando que se tiene una mirada poco romántica sobre las virtudes del derecho de daños como principal respuesta al flagelo de la violencia. (Conf. Herrera, Marisa, Algunos apuntes renovados sobre la responsabilidad civil en los casos de violencia familiar y de género a la luz de la Ley 26.485, SJA 11/11/2009, Lexis Nº 0003/014752).

ANTIJURIDICIDAD:

Los hechos constitutivos de violencia son hechos antijurídicos porque derivan del principio ALTERUM NON LAEDERE, que prohíbe dañar a otro sin justa causa y según la CSJ tiene jerarquía constitucional (Santa Coloma Luis c/Ferrocarriles Argentinos) y de acuerdo al art. 1717 del CCyC "...*cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica sino está justificada*"

FORMAS DE LOGRAR LA REPARACIÓN Y DAR INDEMNIDAD A LAS VÍCTIMAS.

Una de ellas, es conocer quién debe responder por los daños sufridos, ya que no sólo el agresor es el legitimado pasivo en las acciones de responsabilidad por daños derivados por ejemplo, de la violencia sexual, sino que existen otros obligados cuya conducta ha agravado la lesión o ha permitido la ocurrencia del daño. Porque no se trata únicamente de ver quienes incurren en conductas culpables o dolosas, sino también, quienes estando obligados a denunciar las agresiones, las omiten. Cuando el familiar, el amigo, el compañero, la docente, el vecino... se callan, se agudiza el desamparo de quienes por su edad no han logrado un equilibrio subjetivo suficiente.

Se advierte como la familia, las autoridades de establecimientos educativos, hospitales y otras instituciones, no cumplen con el deber de denunciar y de protección; la mayoría de las veces por desconocimiento del procedimiento a seguir y otras veces, por temor.

Pero existen obstáculos de orden procesal para el resarcimiento de los daños: uno de ellos reside en que, en las denuncias por violencia familiar ante los juzgados de familia, no se persigue el dictado de una sentencia que determine que el denunciado es una persona violenta; sino que a través del dictado de medidas de protección, se satisface la pretensión del denunciante. Y sucede, que este tipo de procesos, culmina -podría decirse en forma "anormal", a través del dictado de medidas cautelares o autosatisfactivas.

Otro obstáculo reside en la necesidad de determinar, si para iniciar un proceso por daños y perjuicios por violencia acaecida en el ámbito familiar, previamente debe promoverse el proceso por ley 6672?, como así también, la competencia del juez que ha de fijar el resarcimiento.

Al respecto la doctrinaria Marisa Herrera se pregunta, ¿acaso es un requisito sine qua non, instar un proceso por violencia familiar para después incoar una demanda intentando la reparación civil por los daños sufridos?, afirmando que la respuesta negativa se impone.

Considero que el reclamo resarcitorio por actos de violencia, debiera ser promovido de manera conjunta con la denuncia por violencia familiar, o bien, en forma posterior a ella <u>ante el mismo juzgado de familia</u>, en atención al principio de la perpetuatio iurisdictionis que pugna por la conveniencia de reunir en un solo tribunal todas las cuestiones vinculadas o que se originan en torno a un mismo elemento o relación jurídica [...] que de otro modo podrían ser de competencia de otros tribunales (Conf. Kielmanovich, Jorge L., "Derecho procesal de familia", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 56).

Como forma de garantizar el acceso efectivo al resarcimiento, resulta conveniente que sea el mismo juez el que intervenga en ambas acciones, tanto si se peticionan en forma conjunta o separadamente, es decir, primero la denuncia por violencia y después la acción de daños y perjuicios, tal como ocurre en los procesos de filiación donde se reclama además del emplazamiento filial, el resarcimiento por la falta de reconocimiento y el juez justiprecia el daño ocasionado.

Si bien las medidas civiles como la exclusión del hogar, la prohibición de acercamiento, la suspensión del régimen de comunicación, el cambio en el ejercicio del cuidado personal, entre otras, pueden neutralizar las situaciones de violencia, así como las sanciones penales pueden proporcionar cierto efecto disuasorio, es necesario afirmar que**, ni las sanciones civiles ni las penales, ayudan a compensar a las víctimas por los perjuicios y lesiones psicológicas, físicas y emocionales sufridas**.

Raras veces se ordena como reparación del daño, el pago de un tratamiento psicológico y psiquiátrico, tratamientos que son costosos ya que exigen de múltiples sesiones para superar los efectos debilitantes de la violencia, que tienen una densidad diferente según la historia de quien la padece.

Esta consideración adquiere cada vez mayor relevancia en atención a la especialidad del derecho de familia. En la actualidad, cada una de estas materias, les corresponde a jueces distintos, quedando reservados los procesos de daños y perjuicios a los jueces civiles.

Por lo tanto, en los supuestos donde se reclama la reparación civil de daños y perjuicios, lo cierto es que el hecho dañoso generador de responsabilidad yace en un conflicto de familia, por lo cual el juez competente sería el Juez de Familia fundado en la mencionada especialidad.

En materia de reparación del daño, ésta va más allá de una simple indemnización. Se trata de que a través del acceso a la justicia, se otorgue protección a la víctima asegurando su integridad, dignidad e identidad, evitando el despliegue de la victimización primaria (los agravios derivados de haber padecido un delito como el abuso sexual) y secundaria, como un derivado de las relaciones de la víctima con el sistema de administración de justicia.

Es importante señalar entonces, que la reparación no sólo tiene una función INDEMNIZATORIA sino también DISUASORIA. El conocimiento y formación en estas cuestiones, ha de generar nuevos paradigmas socio-culturales que contribuirán -sin lugar a dudas- a que la violencia contra niños, adolescentes, adultos mayores y mujeres, disminuya.

Otro aspecto a tener en cuenta es el rol que le incumbe al Ministerio Pupilar, ya que cuando se trata de situaciones de maltrato infantil donde el padre o los guardadores, ya que en la generalidad de los casos, la madre, asume una actitud pasiva por diversas razones como miedo, negación, sometimiento o ignorancia; son los autores de los actos de violencia, es el Ministerio Público Pupilar quien ha de intervenir en carácter de tutor especial y promover la acción resarcitoria.

Los daños derivados de las situaciones de violencia familiar, sea que la petición se realice de manera anterior, concomitante o posterior a la denuncia por violencia familiar, sean materia que les competería los jueces de familia, salvo cuando dicha situación de violación de derechos haya dado lugar a la intervención de la justicia penal.

En este caso es viable que la reparación sea solicitada ante este último fuero, de conformidad con lo dispuesto en el título IV del libro 1º CP, referido, precisamente, a la reparación de perjuicios.

La jurisprudencia ha sentenciado mayoritariamente que el procedimiento implementado por la Ley 24.417 no importa el dictado de un decisorio de mérito que declara a alguien como autor de los hechos que se le atribuyen. En cambio si se tomara la sentencia firme de una denuncia penal de lesiones, amenazas, abuso sexual en que se condena al denunciado, sería pasible de iniciarse una demanda de daños, porque la resolución penal ha adquirido firmeza.

Según los principios y directrices básicos de la Organización de Naciones Unidas la reparación "plena y efectiva" se expresa bajo las siguientes formas: **restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición**. Para llegar a ello se necesita además, de la implementación de políticas públicas, que puedan materializar y garantizar la reparación de los derechos conculcados.

En lo que respecta al Poder Judicial, cuyo papel primordial lo constituye el ser el intérprete final de los principios y valores contenidos en la Constitución, el juzgar e interpretar ecuánimemente debe ser una cultura cotidiana y no sólo una buena intención, debe generarse confianza en las instituciones, con funcionarios capacitados y sensibilizados en los temas de violencia.

Las agresiones no pueden quedar sin reparación sea o no familiar del agresor, de lo contrario la víctima se sentirá presionada en su centro de vida a raíz de un vínculo de parentesco que no le permite reclamar ni resarcir su daño.

Aún más, el agravio y el dolor del niño se multiplican, cuando quien golpea o hiere es un familiar íntimo de quien se espera mayor amor y protección.

La posibilidad reparadora muestra sencillamente que el integrante de la familia es, a la vez, una persona y como tal tiene el derecho a vivir en un lugar seguro y no en un espacio donde la vida resulte un sufrimiento continuo.

COMO SÍNTESIS DE LA PROPUESTA, ES QUE CONSIDERO:

Que la reparación ha de ser "plena y efectiva" lo que se logra a través de la indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Se necesita además, de la implementación de políticas públicas, que puedan materializar y garantizar la reparación de los derechos conculcados. Las medidas civiles, así como las

sanciones penales, pueden proporcionar cierto efecto disuasorio, pero no ayudan a compensar a las víctimas por los perjuicios y lesiones psicológicas, físicas y emocionales sufridas.

Es importante señalar la función DISUASORIA que debe tener la reparación. El conocimiento y la formación en estas cuestiones, ha de generar nuevos paradigmas socio-culturales que contribuirán a que la violencia contra niños, adolescentes, adultos mayores y mujeres, disminuya.

Esta función disuasoria ha de aplicarse en los diferentes fueros, tanto en ocasión de realizar la denuncia ante la Oficina Fiscal, como en el Juzgado de Familia o en los Juzgados Civiles, haciéndoles conocer el derecho a la reparación integral del daño sufrido como consecuencia de la violencia.

Deberá ser competencia de los Juzgados de Familia, la reparación de los daños derivados de las situaciones de violencia hacia niños y adolescentes, de conformidad con las normas generales en materia de responsabilidad civil.

El derecho de familia debe regular estas situaciones dando cobertura jurídica a tal realidad mediante la reparación integral a las víctimas.

Ponencia 16 – Comisión 4

Título: Sustracción y traslado ilegal de niños, niñas por sus progenitores.

Autor/es: Marcela Virginia Panatti - María Soledad Pennise Iantorno

Contacto:

Autoras: Marcela Virginia PANATTI y María Soledad PENNISE IANTORNO. **Dirección:** Lavalle 1832, 3 piso, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina. **Teléfonos:** (54911) 51147545 / (54911) 40830412. **Dirección de e-mail:** marcelavpanatti@hotmail.com / mspennise@hotmail.com

RESUMEN DE LA PROPUESTA CONCRETA: La presente ponencia pretende poner de manifiesto, un problema que es común a los Estados de la región, y que radica en las serias demoras que se advierten en la tramitación de los casos de sustracción internacional de niños. Ello se debe a la ausencia de un procedimiento acotado o específico y a la falta de especialidad de los operadores intervinientes. Tales falencias repercuten perjudicialmente en la vida del niño y sus vínculos familiares, y contrarían los objetivos del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (en adelante CH1980), que prevé que estos casos deben resolverse en seis semanas. Es por ello, que consideramos que se impone la necesidad de diseñar procesos adecuados, como lo han hecho Uruguay, Chile, Panamá y República Dominicana, siguiendo los estándares de la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, o en su defecto hacer uso de los procedimientos más acotados disponibles en cada Estado (monitorio o medidas autosatisfactivas), como así también promover la implementación de otras herramientas previstas por el *soft law,* que aún carecen de aplicación en nuestros sistemas, aunque que sin duda pueden contribuir a agilizar estos procesos, mientras no se cuenta con un procedimiento autónomo, o simultáneamente con este. Estas herramientas son: la mediación, las comunicaciones judiciales directas, el dictado de órdenes espejo en ambas jurisdicciones y de sentencias integrales, es decir, que contengan el mayor grado de detalle para garantizar el efectivo cumplimiento de la orden de restitución.

"APORTES PARA AGILIZAR LOS PROCESOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL Y GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO"

La «sustracción internacional de menores», se convirtió hoy en un problema social a nivel mundial, debido a los cambios que produjo en la sociedad el fenómeno de la globalización,[517] ya que facilitó el desplazamiento de las personas de un Estado a otro por razones familiares, laborales o académicas, dando origen a la formación de familias con miembros de distintas culturas y nacionalidades, denominadas "familias internacionales".[518]

Es oportuno recordar, que la sustracción internacional se configura con el desplazamiento de un menor a un país distinto de aquel en el que reside habitualmente, mediante su traslado o retención ilícita, efectuado en violación de un derecho de custodia.

El crecimiento del fenómeno descripto, se reflejó también en la cantidad de casos que debieron judicializarse en Argentina, en las últimas décadas.

Ahora bien, cuando un pedido de restitución internacional de menores es llevado a la justicia, debe tramitar a través de un proceso urgente y acotado, ya que el ámbito de conocimiento del juez, se encuentra limitado a decidir sobre la procedencia o improcedencia del reintegro del menor, al lugar de su residencia habitual, siendo esa jurisdicción donde deberán resolverse los conflictos atinentes al derecho de custodia y visitas. No debe perderse de vista, que se trata de un procedimiento signado por la urgencia, donde el factor tiempo debe ser tenido insoslayablemente en cuenta.[519]

En ese contexto, pudo observarse, que la ausencia de un procedimiento con las características mencionadas, como así también la falta de especialidad de los operadores intervinientes, conducen a trámites excesivamente largos (de dos a tres años, en el mejor de los casos) y ello, sin duda, contraría el espíritu y la letra del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 (en adelante CH1980), que prevé que estos casos deben resolverse en seis semanas.

---

[517] Tal idea respecto de la globalización y sus consecuencias puede verse con mayor desarrollo en BAUMAN, Zygmunt, *"La Globalización. Consecuencias humanas",* (Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2010, ps. 7, 8 y 28).

[518] GOICOCHEA, Ignacio -SEOANE DE CHIODI, María del C., "*Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (ley 23.857)*", LL1995-D-1412/1423.

[519] Ver al respecto De Los Santos, Mabel "*Regulación procesal de la restitución internacional de menores. Doctrina*", 21 de Noviembre de 2014, Id SAIJ: NV9643, pág. 220.

Dicho retardo también se advierte en la etapa de ejecución de la sentencia que ordena restituir al niño, que incluso en ocasiones derivó en la imposibilidad de su cumplimiento.[520]

El escenario descripto exige la necesidad de abordar estos casos de un modo diferente,[521] en el que se garanticen soluciones rápidas, efectivas y fundamentalmente voluntarias, para facilitar su cumplimento en tiempo oportuno, asegurando la efectiva protección de los derechos del niño. Esta preocupación, quedó recientemente plasmada en las conclusiones del II Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho de Familia (Panamá, Agosto 2016). [522] Allí justamente se hizo hincapié en:

- las demoras en los procesos judiciales, a raíz de la ausencia de procedimientos específicos y autónomos en la mayoría de los países latinoamericanos,
- la falta de capacitación específica, de los operadores y
- la necesidad de unificar criterios de interpretación para la aplicación del convenio.

En base a este panorama se consideró apropiado articular la actuación de las distintas instituciones que intervienen en la protección de los niños y sus familias.

Es por ello que la presente ponencia pretende seguir contribuyendo en la búsqueda soluciones tendientes a agilizar estos procesos, para que de ese modo, nuestros Estados puedan cumplir de manera efectiva con los fines y objetivos del CH1980. Tal como lo han hecho Chile, Uruguay, República Dominicana y Panamá.[523]

En este sentido, resulta necesario tener presente en primer lugar, que el CH 1980 es un convenio de cooperación internacional con características particulares, ya que se vincula en forma directa con situaciones jurídicas de carácter privado, que se

---

[520] Ejemplo de ello, es lo acontecido en el expediente: CSJ 4198/2015/CS1 PVA *"R., M.A. c/ F., M.B. s/reintegro de hijo*" sentencia del 22/12/2015. Desde que se dictó la orden de restitución del niño, en el año 2010 transcurrieron más de cinco años sin que se hubiera materializado el retorno.

[521] Tal como lo sostiene Adriana Dreyzin de Klor, resurge la idea de efectuar un nuevo enfoque "gobernanza global" entendida como, un conjunto de reglas, procedimientos y prácticas que permiten que todo el mundo camine en una dirección, procurando mecanismos de comunicación efectiva, optimización del CH 1980, unificación de su interpretación y aplicación, formación y capacitación de operadores, y finalmente, rediseñar las funciones y competencias de los entes encargados de decidir sobre estos casos. Ver al respecto Dreyzin de Klor, Adriana "*Derechos humanos, derecho internacional privado y activismo judicial*" Agenda Internacional Año XIX, N° 30, 2012, pp. 119-138 ISSN 1027-6750, disponible en la página web: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/viewFile/6265/6307

[522] Las conclusiones referidas se pueden consultar en: http://www.organojudicial.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/Conclusiones-de-las-mesas-de-trabajo.pdf

[523] Las leyes especiales de los países enumerados pueden consultarse en http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=157.

generan en el seno de una familia. Por ello entendemos, que la cooperación debe estar principalmente orientada a restablecer **en forma inmediata** los derechos del niño afectado y sus vínculos familiares.

Frente a ese panorama, a la hora de diseñar un procedimiento adecuado, entendemos que aquel debe respetar principalmente, el plazo de seis semanas establecido por el CH 1980, las garantías del interés superior del niño (derecho a ser oído y participación) y del juez natural, ya que se debe preservar la jurisdicción que corresponde a su residencia habitual, como punto de conexión, a los fines de decidir sobre el cambio de custodia y el régimen de visitas. Los principios que deberían regir este procedimiento, son: tutela efectiva, celeridad, oficiosidad, inmediación y oralidad.

Básicamente, podría afirmarse que la naturaleza jurídica del proceso de restitución, es el de una tutela preventiva de remoción del ilícito (sustracción) pues el mecanismo previsto en el CH1980, se activa luego de ocurrido el hecho ilícito. Este tipo de tutela tiene como objetivo devolver al niño, en forma inmediata, a su situación anterior, es decir, previa al traslado o retención, para eliminar los efectos del ilícito y evitar la generación de un daño.

En esa inteligencia, este proceso debe ser: acotado y acelerado, con un debate restringido, con severas limitaciones probatorias, y recursivas. Tal es así, que la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, establece una suerte de proceso monitorio (art. 12.2 y sgtes.).

Sin embargo otra opción, podría ser recurrir, a la medida o proceso autosatisfactivo (siempre que esté disponible en los ordenamientos jurídicos internos).

Asimismo entendemos, que deberá considerarse, la posibilidad de que el juez disponga medidas complementarias, no solicitadas por las partes, admitiendo la flexibilización del principio de congruencia,[524] a los fines de asegurar la efectividad de la restitución, con el menor trauma posible para los menores.

Finalmente, creemos que deben estipularse límites temporales para el cumplimiento o ejecución de la orden de restitución, siguiendo lo establecido por el art. 13 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV), y el art. 17 de la ley 18.895 de Uruguay. O en su defecto, podría desarrollarse algún mecanismo de seguimiento de los casos resueltos, para evitar que luego se transforme en una orden de imposible cumplimiento.

Estas regulaciones procesales podrían llevarse a cabo mediante: el dictado de una ley especial, o de normas que se incorporen en los códigos de forma o de

[524] De Los Santos, Mabel, *"La flexibilización de la congruencia"*, en *Cuestiones Procesales modernas*, Bs. As., La Ley, Suplemento especial, 10/2005, p. 80 y *"Flexibilización de la congruencia. Muestreo jurisprudencial"*, en *LL* 2007-F, p. 1278 y ss.

fondo, o incluso, a través de un Acto dictado por los Tribunales Superiores, tal como ocurrió en el caso de Chile y de República Dominicana.[525]

Bajo estas circunstancias cabe adelantar sin embargo, que a nuestro criterio, las dificultades enunciadas podrían evitarse no solo con el diseño de un proceso abreviado sino también mediante la utilización de una serie de herramientas previstas por la comunidad internacional, que no han sido suficientemente aprovechadas, tales como: la mediación familiar internacional, las comunicaciones judiciales directas y el dictado de sentencias integrales, que inclusive, pueden ser dictadas en espejo con la otra jurisdicción, para garantizar el regreso seguro del niño.

Estas herramientas a las que se hace referencia, son parte del *soft law*. Por lo tanto, nuestros jueces se encuentran facultados para hacer uso de ellas, en la medida en que sean garantizados la seguridad jurídica y los derechos procesales de los sujetos involucrados.[526] Sin duda, consideramos que si estuvieran contempladas expresamente en un marco normativo, ello coadyuvaría a su empleo efectivo.

Para una mayor comprensión de esta propuesta y a fin de optimizar su rendimiento, abordaremos las distintas herramientas, su alcance y contenido.

En cuanto a la utilización de la **mediación,** en los casos de sustracción internacional de menores, cabe destacar que ya los arts. 7 y 10 del CH1980, expresaban la idea de garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable. Asimismo, la Conferencia de la Haya al revisar la aplicación del convenio destacó las bondades de la mediación y la necesidad de su implementación.[527]

Sin embargo, nuestros Estados continúan reticentes a recurrir a este mecanismo, debido a que las controversias familiares transfronterizas son complejas, por

---

[525] Ver al respecto Auto Acordado Nº 205-2015, dictado por la Corte Suprema de Chile y la Resolución Nº 480/2008, de la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.

[526] Respecto de la posibilidad de los jueces de invocar el *soft law* puede verse RUBAJA, Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 108**.**

[527] Puede consultarse la página Web http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=21 Recomendación de abril de 2002, Declaraciones de Malta de marzo 2004 y marzo 2006. En la 5ª reunión de la Comisión especial para revisar el funcionamiento del Convenio de la Haya de 25 de Octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la implementación práctica del Convenio de La Haya de 19 de Octubre de 1996, en especial con referencia al Apéndice del documento de Noviembre de 2006 donde se sugiere la modificación de los procesos nacionales con diversos propósitos. La primera medida a destacar fue: "Intentar a través de la mediación o conciliación la restitución voluntaria del menor o la solución amigable de los litigios, en forma que no se retrase la restitución del menor". Sin embargo ninguno de estos textos prevé la forma o modalidades de la puesta en práctica de una mediación familiar internacional.

darse la interacción de más de un sistema jurídico e involucrar altos niveles de tensión entre las partes[528] las que a su vez, -y no es tema menor- residen en Estados diferentes.

La participación del mediador se inserta en ese contexto, con el objeto de generar confianza y de lograr el restablecimiento de la comunicación familiar, para poner fin al conflicto en forma armoniosa, alentando a los progenitores a concentrarse en las necesidades del niño y garantizar su participación, debiendo estos ser informados y consultados, de acuerdo a su edad y grado de madurez. [529]

Para optimizar los resultados de la mediación en estos casos, sin duda es indispensable que los mediadores cuenten con una capacitación específica. Como así también que exista un registro de mediadores internacionales, con formación adecuada. Asimismo, frente a la posibilidad de que se presenten dificultades con relación al idioma y a la distancia que separa al lugar de residencia habitual del niño, (donde reside el progenitor perjudicado), con el de refugio, (al cual se trasladaron el niño y el progenitor/a sustractor), podrá requerirse la participación de intérpretes o traductores y acudirse a soportes tecnológicos, tales como: videoconferencia, Skype o similares, para poder llevar a cabo las negociaciones.

En cuanto a la oportunidad para mediar, entendemos, que debería sugerirse a las partes lo antes posible. Si bien la primera ocasión sería, a través de la Autoridad Central, en la etapa extrajudicial, creemos que en caso de no lograrse un acuerdo, debería estar disponible durante todo el proceso judicial, inclusive en la etapa de ejecución de la sentencia o en las distintas instancias recursivas, en atención a que el transcurso del tiempo puede ayudar a aplacar las tensiones y favorecer las condiciones para lograr un acuerdo.

Al respecto cabe mencionar que, en Argentina en dos casos[530] las partes alcanzaran un acuerdo, en la etapa recursiva ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN); y en otros cuatro casos, los acuerdos llegaron aún más tarde, tras el dictado de la sentencia de la CSJN que ordenaba la restitución de los niños,[531] es decir, en la etapa de ejecución.

---

[528] El progenitor perjudicado, comúnmente afectado como consecuencia de la pérdida repentina, puede ser arrastrado por el temor a no ver a su hijo nuevamente mientras que el progenitor sustractor, una vez que se da cuenta de las consecuencias totales de su accionar, puede temer procesos legales, una restitución forzosa y un posible impacto negativo en los procesos de custodia.

[529] Véase Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009) – El derecho del niño a ser escuchado.

[530] Cfr. CSJN. Expte. Letra "G", N° 256, Libro XLVI, Año 2010, caratulado *"G. E. W. c/ A., V. A. s/ reintegro de hijo*" y CSJN, Expediente Letra "T", N° 84, Libro XLIX, Año 2013, caratulado "*Recurso de hecho deducido por la demandada en los autos: T., V. L. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo".*

[531] En la causa CSJN Expediente Letra "E", N° 183, Libro XLVIII, Año 2012, caratulado "*E., S. s/ reintegro de hijo"*, se acordó diferir la ejecución de la sentencia cuando al momento que el niño termine el ciclo escolar

Frente a estos supuestos, la realidad nos demuestra, que nunca es tarde para alcanzar un acuerdo. Sin embargo, entendemos que el Juez, según el derecho procesal de cada Estado, podrá optar por: suspender el proceso o continuarlo, mientras se da curso a la mediación. En ambos casos deberá establecer plazos breves, para evitar que su uso se transforme en una táctica dilatoria.

En cuanto al contenido de los acuerdos, estos podrán versar sobre el retorno o no del niño al lugar de su residencia habitual. Independientemente de eso, existen distintos aspectos que las partes deben convenir para lograr una solución integral y armoniosa, garantizando el derecho del niño a que su interés superior sea tenido debidamente en cuenta (por ejemplo: quién se hará cargo de los gastos de traslado, de constatar que la documentación de viaje del niño se encuentre vigente, acordar quién acompañará al niño en su regreso, dónde y con quién vivirá hasta que se resuelva la cuestión de fondo).

Finalmente, es dable destacar que en la Argentina, se ha intentado impulsar el uso de la mediación, a través de la realización de unas Jornadas de capacitación organizadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2013.

Otra herramienta que debe comenzar a ponerse en práctica y que entendemos es fundamental, para lograr la composición pronta y segura del conflicto, es el uso de las **comunicaciones directas entre los magistrados intervinientes en una y otra jurisdicción** (Estado requerido y requirente). Este contacto permite generar una mayor confianza en el sistema judicial del país de residencia habitual, donde deberán resolverse las cuestiones de fondo (custodia y visitas), optimizando la aplicación de las convenciones y garantizando el retorno seguro.

A nuestro criterio, los mecanismos de cooperación internacional van a tener en un futuro inmediato, una influencia decisiva en la forma de abordar el fenómeno de la sustracción internacional de menores. Tal es así que Argentina ha incorporado en el Código Civil y Comercial de la Nación, una norma que faculta a los jueces a establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso (conf. art. 2612).

---

que estaba cursando. Lo mismo ocurrió en el caso CSJN, Expte. Letra "F", N° 354, Libro XLVIII, Año 2012, caratulado "*F., C. del C. c/ G. R. T. s/ reintegro de hijo*", en el cual se difirió la ejecución para el mes de diciembre de 2013. En el caso CSJN, Expte. Letra "S", N° 977, Libro XLVIII, Año 2012, caratulado "*S. D c/ R. L.M. s/ reintegro de hijo*", una de las adolescentes cumplió 16 años, y el progenitor requirente si bien la CSJN ordenó la restitución de las niñas, ahora desistió de y la autoridad central Argentina esperaba que les llegara el desistimiento formal del progenitor (dato recabado en agosto de 2013). En el caso CSJN, Expte Letra "K", N° 125, Libro XLIV, Año 2008, caratulado: *"Recurso de hecho deducido por G. R., en los autos: K., S. y otros c/ R., G."*, luego de seis años de dictada la sentencia se acordó la no restitución el desistimiento del progenitor requirente.

Las redes de cooperación internacional están surgiendo como estructuras nacionales e internacionales, tal es así que en 1998 se propuso la creación de la Red Internacional de Jueces de La Haya,[532] con el objetivo de mejorar la asistencia judicial internacional, y facilitar las comunicaciones y la cooperación entre jueces a nivel internacional, para asegurar la operatividad del CH1980.[533] Actualmente, la Red cuenta con más de 80 jueces de más de 55 Estados[534] de todos los continentes.

A ese fin se ha recomendado a cada Estado la designación de uno o más jueces para que actúen como canales de comunicación y enlace, con: 1) sus Autoridades Centrales Nacionales, 2) con otros jueces dentro de sus propias jurisdicciones, y 3) con jueces de otros Estados contratantes, respecto de la aplicación del CH1980.

Si bien los jueces de la Red cumplen distintas funciones, la principal consiste en realizar comunicaciones judiciales vinculadas a casos específicos. Mediante estas se puede brindar al juez competente en el lugar de refugio, información relativa a la situación familiar y judicial existente en el Estado de residencia habitual del niño, como también cuestiones vinculadas con el derecho aplicable.

Dicha comunicación puede ser de utilidad no sólo para resolver el caso, sino también para articular, en forma conjunta el regreso seguro del niño sustraído, adoptando las medidas urgentes y/o provisionales de protección, que sean adecuadas.

Para realizar estas comunicaciones puede acudirse a los distintos soportes tecnológicos disponibles, tales como: videoconferencia; Skype o similares, y en caso de ser necesario, podrá requerirse la participación de intérpretes o traductores.

Es fundamental tener presente que el uso de las comunicaciones no debe afectar la independencia de los jueces que participan, al momento de arribar a su propia decisión.

Entendemos que el uso de esta herramienta, agiliza la toma de decisiones, estimula la confianza entre las jurisdicciones, contribuye a cumplir con el objetivo del convenio, todo lo cual redunda en beneficio del interés superior del niño. Sin

---

[532] Miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya ver http://www.hcch.net/upload/haguenetwork.pd, jueces de enlaces de **Argentina** Juez Graciela TAGLE, Juez de la Ciudad de *Córdoba*, ver asimismo **Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala; Honduras, Nicaragua, México, Panamá, Paraguay, Uruguay, Venezuela.**

[533] Desde su creación, una serie de conferencias judiciales han apoyado el desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya Disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en la dirección < www.hcch.net > en "Sección Sustracción de Niños" y luego "Comisiones Especiales sobre el funcionamiento práctico del Convenio". y "Documentos preliminares".

[534] Una lista de los miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya se encuentra disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en la dirección < www.hcch.net > bajo "Sección Sustracción de Niños" luego "La Red Internacional de Jueces de La Haya".

embargo, para implementarse deben llevarse a cabo en un marco de seguridad jurídica, resguardando el derecho de defensa y del debido proceso, para evitar posibles nulidades procesales.

Por ello, para un adecuado uso de las comunicaciones judiciales directas, deben adoptarse algunas medidas de salvaguardia procesales,[535] entre las cuales pueden mencionarse: 1) la notificación a las partes acerca de que se va a realizar la comunicación, excepto que las circunstancias no lo permitan; 2) registrar las comunicaciones y poner esa información a disposición de las partes; 3) plasmar por escrito todas las conclusiones a las que se arribe; 4) otorgar a las partes o sus representantes la oportunidad de participar, si están dadas las condiciones, a través de conferencias telefónicas, y 5) cada juez informará a su Autoridad Central la realización de dicha diligencia.[536]

Con el fin de facilitar el desarrollo de los mecanismos de cooperación judicial, a nivel latinoamericano funciona desde el año 2006, la Red Latinoamericana de Jueces (REDLAJ).

Por su parte, en Argentina, desde el 2008 se conformó la Red Nacional de Jueces expertos en materia de sustracción de menores, integrada por doce jueces de todo el país, cuya función es colaborar con el juez más próximo geográficamente que tenga que resolver un caso concreto.

En este aspecto podemos mencionar como un avance en Argentina, el hecho de que nuestra CSJN[537] en sus pronunciamientos de los últimos años, viene recomendando expresamente a los magistrados de grado, que requieran la intervención de la Jueza de Enlace, a fin de facilitar las comunicaciones directas entre los jueces involucrados.

Finalmente, entendemos que otra forma de contribuir, a que estos casos reciban el tratamiento adecuado, es que las Autoridades Centrales de cada Estado insten el dictado de sentencias en un tiempo razonable,[538] puesto que, salvo supuestos de

---

[535] Ver lineamientos emergentes relativos al desarrollo de la Red Internacional de los Jueces de la Haya y Principio generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional, disponibles en la web en http://www.hcch.net/upload/brochure_djc_es.pdf, consultada el 15 de septiembre de 2016.

[536] Para información adicional y ejemplos de comunicación judicial directa, véase el "Informe sobre las Comunicaciones Judiciales en el Contexto de la Protección Internacional de Menores". Doc. Prel. No 8/2006 sobre Comunicaciones Judiciales, *supra*, nota 2, párrafos 35-42, y Doc. Prel. No 8/2006, Anexos, Pág. 23-26.

[537] CSJ 4198/2015/CS1 PVA *"R., M.A. c/ F., M.B. s/reintegro de hijo*" sentencia del 22/12/2015 y CS4049/2015/CS1 "E., M.D. c/ P., P.F." del 10/5/2016.

[538] Este criterio de actuación se expresa en los arts. 2, 11, 12 y 18 del CH1980.

excepción, la mejor forma de proteger a un niño sustraído es regresarlo de inmediato a su residencia habitual, para que pueda actuar el respectivo sistema de protección. Cada día que transcurre en la vida del niño sustraído, sin que este obtenga una decisión judicial adecuada, se agrava el daño inicialmente generado.

Es responsabilidad de todos los actores del proceso, hacer el máximo esfuerzo para cumplir con los objetivos del CH1980. Un modo efectivo de cooperar en este aspecto, es a través del dictado de una sentencia que determine, en forma clara y concisa, los recaudos necesarios para su ejecución, ya sea que ordene el retorno o se oponga a él. Incluso, creemos que podría contener medidas coercitivas en caso de resultar necesarias. Para el dictado de estas sentencias, el juez podrá requerir la participación de las partes a fin de establecer la forma en que se llevará a cabo la ejecución.

En tal sentido, a nuestro criterio, la sentencia que ordena la restitución, mínimamente debería contener:

1) la fecha o el plazo en que se hará efectiva la restitución; 2) la indicación de con quien viajará el menor, munido de su documentación vigente; 3) la determinación de quien correrá con los gastos (tickets del niño, del acompañante y alojamiento); 4) el levantamiento de las medidas cautelares de prohibición de salida del país, a los efectos del viaje de regreso y para ese destino; 5) si existiera una causa penal contra el progenitor/secuestrador en el Estado requirente, se deberán tomar los recaudos para que cesen sus efectos, y pueda regresar sin consecuencias adversas; 6) medidas para asegurar al progenitor/secuestrador, asistencia letrada en los procesos que se ventilen en la jurisdicción de la residencia habitual, sobre el fondo de la cuestión, mediante la colaboración de la Autoridad Central o a través del uso de las comunicaciones judiciales directas con el juez del Estado requirente; 7) medidas que garanticen la participación del niño, conforme su edad y madurez, en el proceso de ejecución, debiendo ser informado sobre lo que sucederá; 8) una exhortación a las partes a cooperar y promover el cumplimiento voluntario, para evitar demoras indebidas; 9) establecer si se convocará a psicólogos, mediadores, intérpretes, etc., siempre que ello no genere demoras en el cumplimiento de la sentencia, y 10) la indicación de cómo se llevará a cabo la supervisión del proceso de ejecución.

Tales recaudos solo configuran una orientación general y podrán ser adaptados a las peculiaridades de cada caso.

Asimismo, como se dijo, en base al uso de las comunicaciones judiciales directas podrían asegurarse el dictado de órdenes de igual tenor o contenido (órdenes espejo) en el Estado de la residencia habitual, permitiendo de ese modo garantizar en forma efectiva que el regreso del niño sea seguro.

Entendemos que el dictado de sentencias siguiendo los parámetros delineados, dejaría un acotado margen para cuestionarlas, facilitando su ejecución.

En síntesis, cabe recordar que "*las decisiones relativas a los niños requieren tratamiento urgente, pues el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irremediables*",[539] lo que exige un marco procesal adecuado,[540] que asegure la operatividad efectiva de las normas y tratados, evitando generar nuevos daños derivados de la mora del proceso judicial.

CONCLUSIONES DE LA PROPUESTA.

- Ante las demoras generadas en la región en los procesos de restitución internacional, por la ausencia de un procedimiento específico y adecuado a estos conflictos, surge la necesidad de diseñar procesos abreviados y específicos, respetuosos del interés superior de los niños involucrados, tomando como base los estándares de la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños, o en su defecto: 1) hacer uso de los procedimientos más acotados de que cada Estado disponga, resguardando las garantías del debido proceso y defensa en juicio; o 2) lograr que los máximos tribunales de cada Estado dicten lineamientos procesales, como lo han hecho Chile (Auto Acordado Nº 205-2015) y República Dominicana (Resolución Nº 480/2008).
- Promover la implementación de la mediación en las distintas etapas del proceso, inclusive en la etapa de ejecución de la sentencia, y la creación de un registro de mediadores especializados a nivel local e internacional.
- Fomentar la confianza entre jurisdicciones a través del uso de las comunicaciones judiciales directas y el dictado de órdenes espejo, e incentivar la incorporación de jueces a las redes ya existentes.
- Exhortar a los jueces al dictado de sentencias integrales, es decir, que contengan el mayor grado de detalle para garantizar la adecuada consideración del Interés Superior del Niño y el efectivo cumplimiento de la orden de restitución.

---

[539] Tal como lo ha marcado el TEDH, 22/6/2004, en "*P., B. y M., A. c/ Rumania*", entre otros; y la CIDH, en el Caso *Furlán y familiares vs. Argentina.* Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C nº 246, párr. 127.

[540] En el mismo sentido, ver: Mizrahi, Mauricio Luis "*Restitución internacional de niños. Demora en la Argentina*", La Ley 16/03/2016, cita *on line* AR/DOC/712/2016; Scotti, Luciana "*Algunas notas sobre una sentencia eficaz y justa en materia de restitución internacional de niños*", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año VII, Nº 7, Agosto 2015, Ed. Thomson Reuters La Ley, pág. 117.

- Encomendar a las Autoridades Centrales de cada Estado, que efectúen el seguimiento de casos, para verificar la eficacia del CH1980.
- Reforzar la capacitación de los operadores y, a tal fin, realizar encuentros periódicos a nivel internacional sobre la temática, con el objeto de intercambiar experiencias para optimizar la aplicación del convenio.

Ponencia 17 – Comisión 4

Título: Violencia familiar y el rol del juez de familia.

Autor/es: Liliana Lourdes Michelassi

Contacto:

Dirección de la autora: Dr. Zavalla 1934 Santa Fe, Capital, Argentina.

Teléfono: 0342 – 155 523303

e-mail: llmichelassi@gmail.com

"*VIOLENCIA* FAMILIAR Y EL ROL DEL JUEZ DE FAMILIA"

Breve síntesis de la propuesta o ponencia:

Creación de Juzgados de Familia con competencia exclusiva y específica en violencia familiar, abarcando el fuero civil y penal.

La justicia penal obtiene resultados inmediatos y generan temor.

En la propuesta realizada, los jueces de familia estarían dotados -ante el incumplimiento de una medida- de la facultad de detención y puesta a disposición de la justicia penal, lo que entiendo, redundaría en mayor protección a las víctimas de violencia familiar.

VIOLENCIA FAMILIAR Y EL ROL DEL JUEZ DE FAMILIA

a- *Concepto*:

La violencia familiar es un modo patológico de comunicación humana instalado en la familia. Es una forma de control que se apodera de la libertad y de la dignidad de quien la padece.

Refiere al conflicto familiar y social en el que algunas personas ejercen poder y dominación sobre otras y que ocurre en todos los niveles económicos y culturales.

b- *Diferencia entre conflicto familiar y violencia familiar*

Los chinos describen la palabra crisis con dos ideogramas: uno significa “peligro” y el otro “oportunidad”. Toda crisis es una oportunidad que encierra peligro.

Aparece así el conflicto, lo importante es el método utilizado para su resolución. Uno puede ser mediante la puesta en juego de conocimientos, habilidades y aptitudes comunicativas que son generadoras de cambios, de crecimiento y otro, mediante el ejercicio del poder y de la autoridad que es la violencia familiar.

c- *La violencia familiar en los Tribunales Colegiados de Familia de la ciudad de Santa Fe*

En la ciudad de Santa Fe hay tres Tribunales Colegiados de Familia, cada uno cuenta con una Secretaría de violencia familiar. Hasta el día 3 de agosto de 2016 ingresaron 2541 denuncias, ellas representan el 46,8 % de las causas que se tramitan en los Tribunales de Familia. Se puede advertir un aumento del 25% respecto al año 2015, y también crecieron en complejidad, en casos de violencia cruzada, de padres o madres contra hijas o hijos, realizadas por hombres. El promedio es de 36 por día.

d- *La violencia y las personas vulnerables*:

La violencia atraviesa a todos, es una pandemia que destruye y se ensaña especialmente con los más vulnerables, por ello, es necesario brindar especial protección a las personas ancianas, a las personas con discapacidad, a los niños, niñas, mujeres.

La mayor cantidad de víctimas de homicidio son las mujeres cuya causa es la propia condición de género (es decir por el solo hecho de ser tales). Los grupos más vulnerables son las niñas, las mujeres privadas de la libertad y las ancianas.

d-a) *Los niños, niñas y adolescentes:*

Los niños, niñas y adolescentes considerados como sujetos de derecho deben ser protegidos y entre otros instrumentos internacionales, la Convención de los Derechos del Niño brinda excelentes herramientas.

La lucha contra la violencia está vinculada con el respeto a la dignidad humana, a la integridad psicofísica y a gozar de igual protección ante la ley.

Para su mejor protección se debe atender a las siguientes consideraciones:

- Los NNA son personas generadoras de derecho y por lo tanto actores principales, debiendo dejar de ser percibidas como víctimas colaterales.
- Es necesario aplicar el principio del imperio de la ley como a los adultos, en virtud de ser sujetos de derecho
- Se debe respetar el derecho a ser oído, y a contar con asesoramiento legal especializado.
- Importancia de tomar en consideración el interés superior.
- Importancia de la familia (el Comité de los Derechos del Niño, reconoce que la mayoría de la violencia infantil, tiene lugar dentro del contexto familiar)
- Protección dentro del centro de vida.

e- VIOLENCIA FAMILIAR. ASPECTO NORMATIVO

Al momento de despachar una medida de protección en el ámbito de la violencia familiar, se debe atender a las Convenciones Internacionales suscriptas por la República Argentina y al derecho interno. Las Convenciones sólo hemos de mencionarlas, y dentro del derecho interno analizaremos el Código Civil y Comercial y específicamente la ley de violencia familiar N° 11.529 sancionada en el año 1.997.

1) *Convenciones Internacionales*:

- CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer)
- BELEM DO PARA (Convención Interamericana para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer)
- Reglas de Brasilia
- Convención de los Derechos del Niño
- Convención Personas con discapacidad

2- Derecho interno. a- *El Código Civil y Comercial* tiene una clara vocación humanista, una consideración notable hacia la condición normativa de la Constitución y el reconocimiento de sus valores y principios como estándares hermenéuticos de notable presencia

(Lorenzetti, Ricardo "Introducción a la edición del Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.944" editada por Rubinzal Culzoni. Santa Fe).

El Dr. Lorenzetti destaca la necesidad del diálogo de las fuentes, a partir de la propia Constitución Nacional y asimismo señala que los nuevos paradigmas están plasmados en los principios y valores señalados con previsión en la letra del Código Civil y Comercial y que provienen de la normativa y espíritu de la Constitución.

Respecto a las fuentes del Derecho, si bien el CCyC refiere concretamente a las fuentes en artículo 1, en dichas normas se ha omitido como fuente a la doctrina y la jurisprudencia, sin que dicha omisión implique su exclusión al tiempo de sentenciar.

En tanto en el artículo 2 habla de los principios como fuente de interpretación.

Se procura la efectivización de la igualdad real y en este sentido son de utilidad las palabras de Farraiola cuando alude a la necesidad de cambiar la indiferencia por las diferencias, proteger al vulnerable y equipararlo, y asimismo el citado impone el activismo judicial indiscutible en el derecho de familia.

b- *El rol del juez de familia a la luz de los nuevos paradigmas*

El juez de familia debe tratar de eliminar el conflicto, teniendo un rol secundario y de pacificación, desarrollando una actividad que es labor preventiva y dinámica. Por ello hablamos de justicia reconciliativa o reconstructiva.

Es decir, activismo judicial más institutos procesales idóneos. Y sumarle tópica jurídica: "Mirar el caso" (por ejemplo, el superior interés del niño).

El art. 706 inciso b) del CCyC consagra que los jueces de familia deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.

La incorporación del trabajo con la interdisciplina en los litigios con familias en conflicto, es un cambio respecto a la forma de trabajo en la que sólo se reconocía al derecho como única alternativa capaz de resolverlos. Ahora bien, es necesario destacar que la multidisciplina no es lo mismo que la interdisciplina.

La multidisciplina consiste en sumar aportes (derecho, trabajo social, psicología, etc.) pero no exige interacción, coherencia ni consenso, ni demasiados conocimientos de la disciplina del otro. Es decir, se observa aquí un abordaje con compartimentos estancos.

La interdisciplina en cambio, es el arte de hacer trabajar juntos a profesionales de diversas disciplinas científicas, que permite reflexionar en forma conjunta, que requiere saber escuchar, tener apertura mental, humildad y cooperación entre los distintos discursos.

Considero que los jueces de familia deben trabajar con la interdisciplina ya que esto último propone un diálogo argumentado y el juez aparece en este espacio asegurando la circulación de saberes. La interdisciplina es un aprendizaje a través de la experiencia, y debe tener cabida dentro del equipo del juez (como dijo la Dra. Mabel de Los Santos "el arte del derecho es polifónico").

b- *a)* Más arriba referíamos a los NUEVOS PARADIGMAS y dentro de ellos es necesario destacar:

1)- Principio de Oficiosidad que comprende:

- prueba de oficio (Michelle Taruffo decía "la verdad no es indiferente al proceso")
- cargas probatorias dinámicas (se aplica a todos los casos, sean o no de prueba difícil)
- cautelar de oficio
- impulso de oficio

Ello con excepción de las cuestiones patrimoniales entre personas plenamente capaces.

2)- Oralidad e Inmediación: es el contacto personal, directo, inmediato, cara a cara que ha de tomar el juzgador con las partes, con los órganos de la prueba, con los letrados, sustancialmente en ámbito de la prueba. Por ejemplo, audiencias para sanear el proceso, audiencias de conciliación, grabar o filmar las mismas para evitar la revictimización de los más vulnerables. Procesos por audiencias.

3)- Acceso restringido al expediente

4)- Justicia temprana. Procedimientos oportunamente eficaces.

5)- Flexibilización de la congruencia.

6)- Gratuidad acceso: asistencia jurídica gratuita.

7)- Conexidad acentuada.

8)- Centro de vida; pauta de competencia.

9)- Deber de saneamiento.

10)- Reconducción de postulaciones: no se puede sacrificar la justicia en pos de una mera formalidad.

11)- Buena fe y lealtad procesal.

Volviendo a la especialización del juez de familia y al trabajo interdisciplinario: ellos constituyen herramientas claves para facilitar el acceso a la justicia, a la tutela judicial efectiva y a la protección contra la violencia familiar (arts. 705, 706 y 707 CC y C).

La Dra Kemelmajer de Carlucci dijo en el XVIII Congreso Internacional de Mar del Plata, realizado en octubre de 2012, que los autores del proyecto del CCyC confiaban en los jueces de familia. Como consecuencia de lo anterior, les propone una actuación diferenciada respecto a los magistrados de otros fueros, previendo por supuesto la injerencia indebida o la actuación arbitraria al exigirles una motivación razonable en sus sentencias (art. 3 del CCyC).

La actividad jurisdiccional será producto de la aplicación de la ley y demás fuentes señaladas en el art. 1 del CCyC.

El juez de familia debe acompañar a las familias en crisis, aportando además de su solidez técnica, calidez humana, humildad para entender al otro, y algo esencial en su labor jurisdiccional es la necesidad de no mirarse a sí mismo. Además, la experiencia que posee en de gran importancia. Experiencia no entendida como el transcurso del tiempo ocupando un cargo, sino unida a la intuición, que como dijo la psiquiatra norteamericana Juliet Mitchell “la intuición no es algo que caiga del cielo, viene de la experiencia”, y como antes decíamos, debe estar capacitado, tener solvencia jurídica, unida a la observación, a la vivencia, a la emoción, tratar distinto a lo diferente, en suma, debe ser valiente.

c) *LEY DE VIOLENCIA FAMILIAR: año 1997***

Cuando una persona es víctima de violencia debe dirigirse a la Fiscalía especializada en el tema, quien recepta la denuncia (no es una demanda, no se corre traslado, no se ofrecen pruebas, no requiere asistencia letrada –aunque puede tenerla-, no tiene requisitos de admisibilidad, excepto que asegure haber sido víctima de un hecho agresivo dañoso y que

el denunciado sea –o haya sido– miembro de su grupo familiar, no determina inocentes y culpables). La denuncia es recibida en la Secretaría de violencia y el juez deberá resolver de inmediato, pudiendo disponer medidas autosatisfactivas que la propia ley enuncia o cualquier otra que sirva para proteger de inmediato a quien refiere ser víctima de violencia.

El acceso a la justicia debe asegurarse a todas las personas, y consiste, entonces, en la posibilidad de que la víctima de violencia familiar sea escuchada, a través de una denuncia, por autoridad –sea o no competente, ya que la ley determina la posibilidad de denunciar ante cualquier juez al que denomina interviniente o ante el juez competente que es el de los Tribunales Colegiados de Familia o con competencia en Familia-, debiendo darle una resolución rápida, clara y fundada.

La medida autosatisfactiva es adecuada en violencia familiar donde la urgencia es un factor que denota la actuación inmediata frente al pronto desplazamiento de un derecho.

Es un proceso autónomo y frente al interés a proteger (la vida, la integridad psicofísica) el juez debe dictar medidas urgentes destinadas a poner fin a la situación de riesgo que se denuncia. Frente a la sospecha fundada de riesgo el juez debe flexibilizar las exigencias y siempre PROTEGER.

En el derecho de familia y puntualmente en la violencia familiar, no rige la lógica binaria (negro-blanco, redondo-cuadrado) los conflictos no se resuelven de manera robótica, no se pueden leer los conflictos de manera lineal (las personas denunciadas no son buenas o malas, ni las personas denunciantes lo son, sino que están inmersas en un grave conflicto que hay que pacificar).

Es necesario tener cuidado con los fantasmas que habitan dentro del procedimiento: la morosidad judicial, el “siempre se hizo así”, lex dura lex (dura es la ley, pero es la ley). La resolución de los conflictos de violencia familiar deben resolverse en forma urgente, con el objetivo de hacer cesar la violencia e intentar restablecer la paz familiar y por ello el rol del juez activista es esencial.

El art. 5 de la ley dice expresamente que el juez “podrá” adoptar algunas de las siguientes medidas autosatisfactivas, y específicamente en el párrafo 7mo de la ley en análisis consagra que tal enumeración “es enunciativa” y siempre tiene como norte la protección a la víctima, el cese de la situación de violencia y la búsqueda de no repetición de hechos de agresión o malos tratos. Como consecuencia de lo anterior, es necesario destacar que el juez podrá:

- disponer la prohibición de acercamiento de los denunciados con las personas denunciantes por tiempo determinado, prorrogable si persiste la situación denunciada;
- ordenar la suspensión de contacto telefónico, vía sms, wp, mail, medios electrónicos o terceras personas;
- otorgar la guarda provisoria;
- autorizar la percepción de asignaciones familiares (librando oficio a la autoridad pertinente);
- ordenar medidas de evaluación del grupo familiar por medio de equipos técnicos especializados en la materia;
- disponer la restitución de elementos personales y de uso cotidiano y necesario;
- escuchar como regla. Las audiencias personales con el juez, la interdisciplina y la inmediatez se configuran como el norte a seguir;
- disponer la designación de abogado del niño;
- dar intervención a la Defensoría General;
- ordenar la prohibición de reingreso al agresor cuando se lo excluye previamente;
- valorar los desistimientos de las denuncias a la luz de la necesidad de protección de los derechos humanos de la persona denunciante, aún en contra de su voluntad.

c- *a) <u>ESTRATEGIAS PARA UNA CORRECTA APLICACIÓN DE LA LEY DE VIOLENCIA FAMILIAR.</u>*

- capacitar a los jueces (peligro: la omnipotencia que se acerca a la impotencia);
- promover un abordaje interdisciplinario para evaluar el riesgo;
- procurar el trabajo en red, evitar la victimización secundaria;
- entender que existe una crisis del rol tradicional del abogado. No hay tema en litigio sino personas en situación de peligrosidad. Hay urgencia.
- evitar la cronificación del conflicto. Ej.: cuando la persona excluida solicita asistencia para reintegrarse porque se ha cumplido el tiempo. Si no se trabaja previamente, se contribuye a cronificar.
- evitar romper con la lectura lineal del conflicto.
- ayudar a los protagonistas y a los profesionales a modificar la idea de que la perpetuación de las causas en el tiempo traerá soluciones

<u>PROPUESTA:</u>

- Creación de Juzgados de Familia con competencia exclusiva y específica en violencia familiar, abarcando el fuero civil y penal.

El argumento de esta propuesta es que CON UNA VISIÓN ESTRICTA PUEDE VÁLIDAMENTE SOSTENERSE QUE CASI LA TOTALIDAD DE LAS DENUNCIAS POR VIOLENCIA FAMILIAR IMPORTAN ALGÚN TIPO DE DELITO REPRIMIDO POR EL CÓDIGO PENAL (lesiones, amenazas, etc.), generando en muchos casos una doble intervención o una inaceptable demora en la derivación entre fueros.

A los jueces de familia no se les tiene el temor que se les tiene a los fiscales o a los jueces penales, las órdenes de protección incorporan la advertencia de que de no acatarlas se le dará intervención al fiscal para que se investigue el delito de desobediencia (art. 239 Código Penal). Los demás apercibimientos: medidas conminatorias no pecuniarias, o astreintes, no generan temor alguno en los justiciables.

Otra posibilidad de brindar protección a quienes se encuentran en riesgo es el otorgamiento de botones de alerta. La Municipalidad de la ciudad de Santa Fe posee la cantidad de 145 y el Ministerio Público de la Acusación el número de 20. Desde el año 2013 hasta la fecha esta herramienta de protección se les ha entregado a 420 mujeres, se ha observado una activación de los mismos de dos o tres veces por día y ello tuvo como consecuencia que fueran detenidas 72 personas, logrando así desactivar el ciclo de violencia.

Esta es otra demostración de lo antes referido, la justicia penal obtiene resultados inmediatos y generan temor.

En la propuesta realizada, los jueces de familia estarían dotados de la facultad de detención y puesta a disposición de la justicia penal, lo que entiendo, redundaría en mayor protección a las víctimas de violencia familiar.

Como corolario de esta ponencia quiero citar el relato de Kafka –publicado por Max Brod luego de la muerte de aquel- denominado “Ante la Ley”, que refiere a la inaccesibilidad a la justicia, a la necesidad de la tutela judicial efectiva.

Joseph K. quiere cruzar la puerta de la ley pero un guardián se lo impide durante años. Cuando agoniza, el guardián le grita: ninguna otra persona podía haber recibido permiso para entrar por esta puerta, pues esta entrada estaba reservada sólo para ti. Ahora me voy y cierro la puerta.

“QUE LOS JUECES DE FAMILIA NO SEAN ESOS GUARDIANES NO COMPROMETIDOS CON LA SOLUCIÓN JUSTA”.

Y que, en realidad sean, como dijo Ghandi, el cambio que quieren ver en el mundo.

Ponencia 18 – Comisión 4

Título: Violencia familiar y procedimientos de la justicia penal.

Autor/es: Carolina Monserrath García Carreño

VIOLENCIA FAMILIAR Y PROCEDIMIENTOS DE LA JUSTICIA PENAL

Hablar de violencia familiar, es referirse a la agresión, amenaza u ofensa ejercida sobre la mujer u otro integrante de la familia, por los cónyuges, concubinos, ex cónyuges, ex concubinos o personas que hayan cohabitado, ascendientes, descendientes y parientes colaterales, consanguíneos o afines, que menoscabe su integridad física, psicológica, sexual o patrimonial. Es un tipo de violencia que involucra tanto a los hombres como a las mujeres, en la que habitualmente la víctima es la mujer, por la primacía de patrones socioculturales patriarcales; siendo los niños y/o niñas, miembros de esa familia, víctimas directas o indirectas de la violencia hacia la mujer, por ser testigos de la conducta abusiva por parte de quien ejerce el maltrato, originando efectos negativos su comportamiento, lo que incide en el disfrute pleno y efectivo de sus derechos. En Venezuela, esa conducta abusiva ejercida por el hombre en contra de la mujer, representa una violación a derechos, los cuales son reconocidos en nuestra legislación como tipos penales, y consecuencialmente, originan sanciones a los agresores a través de la aplicación del procedimiento penal, establecido en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; resaltando que el objeto de la precitada Ley, no se limita a garantizar y promover el derecho exclusivo de las mujeres, sino, que abarca de igual manera, el derecho de niñas y adolescentes, que figuren como sujeto pasivo de alguno de los tipos penales previstos y sancionados en la misma, existiendo una actividad desarrollada por los Tribunales con Competencia en Delitos de Violencia contra la Mujer, conjuntamente con el dictamen de Sentencias vinculantes emanadas del Tribunal Supremo de Justicia, dirigidas a evitar la revictimización de los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de hechos lesivos, garantizando que dicha condición, no originen un efecto negativo en su desarrollo integral.

DESCRIPTORES: Violencia familiar, patriarcado, tipos penales.

Ponencia 19 – Comisión 4

Título: Violencia mediática e inclusión social.

Autor/es: Camilo Javier Cantero Cabrera

Datos y contacto autor:

Dirección: Calle Coronel Rafael Franco 1038. San Ignacio Guazú Misiones Paraguay.
Teléfono: 0995 386779.
E-mail: camilocantero@gmail.com

TRAYECTORIA PROFESIONAL: Camilo Javier Cantero Cabrera. Magister en Atención Integral a la Niñez, Familia y Adolescencia por la Universidad Nacional de Itapúa de Encarnación Paraguay. Juez de la Niñez y la Adolescencia en la Circunscripción Judicial de Misiones. Docente universitario. Posee publicado varios artículos científicos en Revistas de Latinoamérica, como Innovar de la Facultad de Derecho de la UNP; es miembro activo de la Asociación Latinoamericana de Magistrados de Niñez y Familia, Alampyonaf; posee varias obras entre las cuales se destaca la última lanzada el año pasado "El derecho a la vida de neonatos, niños y adolescentes en el ordenamiento jurídico del Paraguay". Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación de Jueces del Paraguay y pública artículos de opinión jurídica en el Seminario Judicial del Diario ABC Color.

VIOLENCIA MEDIÁTICA E INCLUSIÓN SOCIAL.

FUNDAMENTACIÓN: La Doctrina de la Protección Integral consagra al niño a su protección integral de todo tipo de abusos incluyendo aquellos que recibe a través de los medios de comunicación. Sin embargo, la realidad es distinta utilizando a niños y adolescentes no solo como meros espectadores, sino inclusive como protagonistas de realitys donde se vulneran todas las garantías que posee como sujeto de derecho.

La discusión no es nueva en Latinoamérica y Paraguay no escapa de esa situación. Es por ello que en la presente ponencia se desarrolla los principios transversales de la Doctrina de la Protección Integral, la influencia de los medios de comunicación en dicho país, el Sistema Nacional de Protección a la Niñez y las políticas públicas de protección a niños y adolescentes acerca del contenido de programas de los medios de comunicación.

CONTENIDO:

La República del Paraguay como varios otros países de Latinoamérica no escapa a los antecedentes históricos que le rodea. De hecho, somos de dónde venimos y seremos allá hacia dónde vamos tomando como punto de partida la actualidad. La larga dictadura acabada en 1989 no desterró los vicios de una época pasada donde los derechos de los niños se vieron absolutamente vulnerados por un sistema opresor donde el ejercicio del libre pensamiento estaba absolutamente descartado.

Un año después de la caída del régimen y en pleno proceso de transición democrática el último gobierno militar que paradójicamente fue el primero de la transición procede a la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño a través de la Ley 57/90 ya que en Paraguay se exige que para la vigencia de los Tratados y Convenios Internacionales indefectiblemente debe incluírsele en el ordenamiento interno a través de una ley;

A partir de ese acontecimiento se forma el Sistema Nacional de Protección Especializada incluyendo instituciones dependientes del Poder Ejecutivo e igualmente se forma la jurisdicción especializada con Jueces de la Niñez y Penal de la Adolescencia; Tribunales de Apelación y la Corte Suprema de Justicia que puede entender en tercera instancia.

Dos años después, es decir en 1992 se promulga la Constitución de la República que en su Art. 54 establece que los “derechos del niño” tienen carácter prevaleciente. Pero ¿Cómo protegemos a nuestros niños y adolescentes de la República del Paraguay de la violencia mediática?

¿Existen segmentos excluidos de los medios, estigmatizados por formar parte del cordón de pobreza de las grandes urbes?

A la luz de lo observado la respuesta es afirmativa. En el Paraguay existe una absoluta impunidad, no de todos, sino de algunos medios y periodistas quienes alegando el derecho a la libertad de expresión sin ningún tipo de filtros vulneran todos los postulados de la Doctrina de la Protección Integral y en perjuicio de los derechos del niño y adolescente.

La situación fue agravándose, que el propio Sindicato de Periodistas del Paraguay a través de un manifiesto público en abril de 2014 salió al paso de las transgresiones y a través de un manifiesto insistía en varios puntos que debían observar sus asociados y todos quienes ejercen el periodismo en el Paraguay.

En una postura, que debemos decirlo, digna de admirar y acorde con la Doctrina de la Protección Integral e igualmente sin atentar contra las garantías constitucionales que protegen la libertad del ejercicio del periodismo, aquel pronunciamiento ya expresaba su preocupación ante la manera de abordar, en diferentes medios de comunicación, los casos de violencia que involucran a niños, niñas y adolescentes.

En consonancia con quienes somos operadores del sistema, el gremio periodístico se alarmaba que se ignoren criterios fundamentales para un abordaje responsable en temas que involucran a niños, niñas y adolescentes.

Algunos espacios noticiosos dedican sus dos primeros bloques a la noticia conocida en la jerga como “crónica roja” donde no se observan mínimos respetos a la dignidad humana, no se preservan la identidad de los niños o adolescentes, se los expone como culpables públicamente atentando contra la constitucionalmente garantizada presunción a la inocencia y lo que es peor se facilitan datos que permiten que la identidad del mismo sea develada lo cual los expone a la doble victimización y hace trizas el cambio de paradigma de considerar al niño como un sujeto de derecho.

En esas circunstancias los niños se vuelven puro objeto de la noticia, mercancía de la morbosidad y eso resulta totalmente inaceptable.

No existen argumentos profesionales ni éticos que puedan sostener la inconducta de ciertas personas que se empecinan en emitir al aire todo lo que pueda despertar el morbo y la curiosidad de cierto segmento de la población.

Como afirmábamos en su momento a través de una columna en la Revista Jurídica del Diario ABC Color, uno de los más influyentes del Paraguay, el suscripto durante más de una década ejerció igualmente el periodismo y se siente identificado con el trabajo comunicacional, pero cada una de las profesiones tiene un límite y ese límite justamente es el impuesto por las normas éticas, que es cierto no tienen el carácter coercitivo como las normas jurídicas, pero una mínima noción de civilidad hace que cada postura asumida tenga una consecuencia esperada.

En cada profesión hay un rasgo de humanidad al cual uno se adhiere de acuerdo a sus convicciones, formación e intelectualidad.

Es ahí donde particularmente aquel comunicado del SPP, que para algunos asociados no tuvo la trascendencia debida a juzgar por su conducta, adquiere mayor relevancia ya que cita como acciones contrarias a la ética profesional del periodista: el sensacionalismo y la

identificación de víctimas de delitos sexuales y a niños, niñas y adolescentes que hayan incurrido en delito o sean víctimas de ello.

Las recomendaciones son brillantes, ya que insta a sus colegas que cuando los protagonistas de la noticia sean niños, niñas o adolescentes que han sido víctimas de maltrato físico, psicológico o sexual, o en general víctimas de algún delito o cuando se trate de niños, niñas o adolescentes infectados con el virus VIH, se deberán utilizar nombres ficticios en las informaciones y otros mecanismos como cubrir el rostro, no aportar datos que puedan revelar su identidad.

Ello, en cumplimiento estricto del Art. 28 del Código de la Niñez y Adolescencia igualmente recomienda proteger la identidad de los padres, hermanos, tutores, familiares o compañeros de los niños, niñas o adolescentes, con miras a no revelar su identidad.

Tampoco se revelará la identidad del niño, niña o adolescente mediante texto, fotos, videos, descripciones, narraciones, o utilización de imágenes sobre su lugar de residencia, entre otros.

Desde el fuero de protección se debe seguir trabajando en el Paraguay para que la ciudadanía en general y a los medios en particular a tomar las precauciones debidas en el tratamiento de cuestiones relacionadas a niños y adolescentes.

Diariamente se sigue observando y principalmente a través de las redes sociales, la manera en que se atenta contra todas las garantías establecidas a favor de los mismos en los principios transversales de la Doctrina de la Protección Integral a la cual está suscripta la República del Paraguay.

Paralelamente igualmente se observa que otra parte de la sociedad reacción en forma positiva cuando nota que los derechos de los niños y adolescentes son vulnerados desde los medios masivos de comunicación. Entre los mismos, incluso se destacan referentes del mundo de la comunicación.

Por ello es importante que ningún acontecimiento que vulnere los derechos de los niños y adolescentes no pasen desapercibido en el Paraguay y mucho más importante si esos acontecimientos coadyuvan para hacer posible el carácter prevaleciente de los derechos del niño garantizados por la Constitución de la República, que se tenga en cuenta su dignidad humana, el respeto irrestricto a su vida privada (Art. 16 Convención sobre los derechos del Niño).

Debe prevalecer el interés público y no la morbosidad, se debe preservar y proteger la identidad (Art. 29 Código de la Niñez y Adolescencia), el principio de inocencia y el cuidado en el lenguaje utilizado e igualmente todas las normas coincidentes con la postura asumida a favor de los niños, niñas y adolescentes de la República del Paraguay.

Lo dispuesto por el Art. 29 del Código de la Niñez y Adolescencia que textualmente expresa "Queda prohibido publicar por la prensa escrita, radial, televisiva o por cualquier otro medio de comunicación, los nombres, las fotografías o los datos que posibiliten identificar al niño o adolescente, víctima o supuesto autor de hechos punibles. Los que infrinjan esta prohibición serán sancionados según las previsiones de la ley penal" no puede ser letra muerta y en tal sentido, todos: operadores del sistema, medios de comunicación, padres de familia y ciudadanía en general debemos darle vida con nuestras acciones.

PROPUESTA:

1.- Enfatizar el cumplimiento del carácter prevaleciente de los derechos del niño y adolescente allanando para tal efecto todos los obstáculos que la efectividad de los derechos en el marco de lo que propia la Doctrina de la Protección Integral.

2- Realizar alianzas estratégicas con los diferentes medios de comunicación del país, de manera a enfatizar la necesidad de proteger de contenidos nocivos en horario de protección.

3- Propiciar espacio que promuevan la participación efectiva de la niñez y la adolescencia en el análisis de los contenidos de los medios en consonancia con la franja etaria respectiva de cada sujeto de derecho del fuero especializado.

5.- Implementar a través de la Secretaría Nacional de la Niñez y Adolescencia la figura de Observatorio de Medios, por medio del cual se monitoreen los contenidos de los diferentes espacios comunicacionales, orientando y sugiriendo correcciones si la necesidad lo amerite.

6.- Promover la participación de la ciudadanía en la protección de la niñez y la adolescencia, a través de diferentes espacios interinstitucionales que canalicen los reclamos e inquietudes de los adultos.

7.- Motivar la participación de universitarios en diferentes proyectos de extensión donde se orienten a los niños y adolescentes acerca de las opciones mediáticas existentes, como igualmente habilitar espacios afines a la formación integral de los mismos.

Ponencia 20 – Comisión 4

Título: El cuidado: espiritualidad y derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Autor/es: María Auxiliadora Montoya Hernández

Datos y contacto autora:

PONENTE MARÍA AUXILIADORA MONTOYA HERNÁNDEZ

Heredia, Costa Rica

Teléfono oficina, Universidad (506) 25624062

Teléfono bufete (506) 2238-39-87

Celular: (506) 83760192

auximh@gmail.com

DIRECTORA ESCUELA ECUMÉNICA DE CIENCIAS DE LA RELIGIÓN-UNIVERSIDAD NACIONAL-HEREDIA

ACADÉMICA Y DOCENTE.

Máster en Estudios teológicos. EECR- UNA

Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho- UCR.

EL CUIDADO: ESPIRITUALIDAD Y DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

EL CUIDADO: ESPIRITUALIDAD Y DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS

La violencia de la que venimos hablando engendra, indudablemente, más violencia. Los frutos de esta situación son niños y niñas que hacen de la

> agresividad y de la violencia su modo de vida. Han nacido marcados por la violencia. Es lo que mejor conocen, conviven con ella desde que nacieron. Ellos y ellas han sido víctimas de la violencia familiar y social. Llevan en su cuerpo y en su mente las señales de un modo de vida y de un modo de relacionarse, que nada tiene que ver con los valores que orgullosamente llamamos humanos. Muchos de ellos y ellas que, paradójicamente, han vivido entre humanos, solo han aprendido de ellos la rapiña, la venganza, la muerte.[541]

Hablar de cuidado, como protección de los niños y las niñas, requiere vincular este concepto con los derechos que le son inherentes. La Convención Internacional de los derechos del niño representa el consenso de los distintos sistemas jurídicos y diferentes culturas relacionados con los derechos y deberes de los padres y del Estado con respecto a los niños y las niñas. Es un cuerpo normativo de masiva aceptación social y reconocimiento jurídico casi universal, que supera por decisión de sus propios Estados, visiones discriminatorias y excluyentes. Incorpora en su texto aspectos como las políticas públicas en materia de derechos de los niños y niñas, los límites de intervención del Estado, y la protección de los menores de toda amenaza o lesión de sus derechos fundamentales, incluyéndose además, la obligación de la sociedad, del Estado y de los padres de adoptar las medidas correspondientes para garantizar y hacer efectivos los derechos de los niños y las niñas.

Estos derechos de las niñas, los niños y adolescentes también se han incorporado en forma paulatina a diferentes tratados internacionales y legislaciones del mundo. Se ha dado énfasis a estos derechos a partir del reconocimiento de su condición de "persona" por lo que comúnmente se les menciona como personas menores de edad, término que incluye los niños, las niñas y los adolescentes, hasta la edad de los dieciocho años, edad en la que se alcanza la mayoría de acuerdo con la legislación costarricense y que implica ser considerado sujeto con capacidad jurídica para contraer obligaciones y responder jurídicamente por su actos.

En sustitución de antiguas leyes que se denominaban "leyes de menores" todas estas normativas tienen su fundamento en que los derechos que los niños y las niñas derivan de su condición y reconocimiento de persona, por esta razón todos estos derechos se

[541] Ferro, Cora., Marleny Amaya. *Huellas en el viento*. Primera Edición. San José. CLAI-OIKOUMENE. IEM, junio-1996. p 17

visualizan como un complemento y no como una sustitución de los mecanismos y lineamientos generales de protección de los derechos que se les reconocen a todas las personas. Dentro de este amplio marco, la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños se constituye en una sistematización de normas provenientes de diversos instrumentos de derechos humanos que incorporan principios y aspectos de carácter general, así como derechos vinculados a la protección de los menores de edad. Es por esta razón que el propósito fundamental de la Convención es reafirmar a los niños y niñas como sujetos plenos de derechos humanos, pues tienen todos los derechos propios de los seres humanos, pero además de incluir a este sector de la población como beneficiarios que deben gozar de una protección de carácter especial debido a su condición de vulnerabilidad

A pesar de los ingentes esfuerzos que organismos, instituciones y personas han realizado por hacer efectivos los derechos de la niñez, la protección y el cuidado que los niños y la niñas requieren, lo cierto es que los estudios que se realizan sobre las personas menores de edad en los diferentes países y continentes muestras estadísticas alarmantes que demuestran que vivimos una realidad frustrante y devastadora. Esto es especialmente preocupante ante el hecho de que las niñas y los niños por razones propias de su edad, son personas expuestas a situaciones de manipulación y vulnerabilidad que pueden dañar seriamente sus procesos formativos y de crecimiento, que esto es así, en muchas partes del mundo y que esto afecta a mucha población infantil.

Aún cuando se tiene para la defensa de los derechos y cuidado de nuestros niños, niñas y adolescentes, como se ha indicado, una Convención- tratado internacional que es uno de los instrumentos legales internacionales que cuenta con más ratificaciones en el mundo, situación que muestra una intención política y un consenso importante en materia de derechos humanos para esta población, persiste una ausencia de decisiones políticas para hacer efectivos los compromisos que permitan asegurar el respeto, defensa y promoción de estos derechos en forma coherente y total.

Hoy en día, la niñez y la adolescencia se sitúan en el centro de todas las principales preocupaciones de las sociedades, su lugar ya no es motivo de discusión, a pesar de que la realidad nos sitúa en otro ámbito de constatación en el que todavía los niños y niñas siguen siendo agredidos en todas las formas, siguen siendo sometidos a trabajos extenuantes y a maltratos en general, es decir, todavía estamos lejos de poder afirmar que se les da la protección efectiva que requieren. Sin embargo si es muy significativo que las culturas y sociedades occidentales se hayan ido inclinando progresivamente a reconocerlo en su condición de niño, persona, sujeto de derechos pero a la vez como una

persona que es vulnerable y que requiere protección, que representa un reto, una esperanza para la humanidad.

Ante esta constatación, hay que afirmar que no existe una garantía real de protección de muchos de los derechos elementales, los cuales pareciera quedarse en letra muerta y simple discurso. En unos países más que en otros, la ideología patriarcal y adultocentrista sigue pesando mucho, especialmente en espacios culturales que promueven una visión de las personas menores de edad como si fueran objetos, carentes de capacidad para ser considerados en su condición de persona. Esta percepción influencia los parlamentos y en general las políticas y normativas que tienen relación con la protección de los derechos de los niños y niñas.

Prevalecen brechas mentales que originan diferencias, discriminaciones y exclusiones que promueven un camino de violencia, inseguridad y dolor en la población infantil.

> La violencia contra la niñez y la adolescencia no es un fenómeno nuevo ni desconocido. Sin embargo, hoy se sabe que, históricamente, a menudo se ocultaron diversas formas de ejercicio de la violencia, las cuales han sido aceptadas y justificadas socialmente e incluso legalizadas. Esto se ha enunciado por medio de diversas representaciones sociales, la formulación de instrumentos legales y, sobre todo, expresada en prácticas adultocéntricas, machistas y de corte autoritario. Un ejemplo de ello sido la evolución histórica de fenómenos como la explotación sexual comercial, el castigo físico o corporal, el trabajo infantil e, inclusive, diversas formas de abuso físico, psicológico y sexual, entre otros.[542]

En este punto, es conveniente apuntar que aun cuando es posible afirmar que parte de este reconocimiento jurídico a los derechos de los niños, niñas y adolescentes se debe a las influencias de las doctrinas y enseñanzas provenientes de distintas espiritualidades también es cierto que mucho de la violencia que se ejerce contra las personas menores de edad proviene de una legitimación dentro del discurso religioso que promueve una relación de poder entre padres e hijos, totalmente desprovista de equidad basada en la prevalencia del criterio de autoridad .

---

[542] *VII Estado de los Derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica. Hacia el cumplimiento de la política nacional para la niñez y la adolescencia 2009-2014*. San José: CNNA-UCR-PRIDENA-UNICEF, 2011, p 29

No se puede negar que las Iglesias y religiones tuvieron un gran aporte en la promoción y defensa de los derechos humanos, la vida humana considerada como uno de los valores más sagrados, trajo consigo el reconocimiento de otros derechos intrínsecamente vinculados a este concepto. Sin embargo, hay que agregar que también el lenguaje religioso ha sido, en algunas ocasiones, no pocas por cierto, un lenguaje que promueve acciones que propiciar el maltrato físico y verbal, de los niños, niñas y adolescentes cuando se impulsa una percepción de la niñez y adolescencia como una etapa sujeta al criterio de los mayores, y a una obediencia absoluta. El castigo físico ha sido durante muchos años el mecanismo por medio del cual los padres, maestros y adultos en general se han garantizado la obediencia de los niños y adolescentes a sus órdenes y mandatos bajo la premisa de ser un mandato divino, y parte del proceso educativo que deben recibir.

El mandamiento cristiano católico de "honrar a padre y madre" se ha traducido en obedecer, en muchos casos, las imposiciones de los padres hacia los hijos. Es posible ver en el desarrollo histórico de las religiones en general, y de las iglesias en particular, una contradicción que hunde sus raíces en una interpretación bíblica fundamentalista, con alto contenido patriarcal adulto céntrico expuesto en el lenguaje religioso que se utiliza en las predicaciones, sermones, discursos, donde se puede constatar sin mucho esfuerzo, la no consideración de los niños y de las niñas, de sus intereses y derechos en cuanto personas. Se les invisibiliza como sujetos, son tratados como objetos dispuestos al arbitrio de los mayores, a partir de un concepto centrado en el adulto y en la autoridad de los padres. Es en este punto que la obediencia resulta ser la clave que rige las relaciones. No se mira a los menores de edad en una condición de paridad, en tanto personas y sujetos, sino como seres sin criterio, sin opinión, que deben ser obedientes a las decisiones que los padres toman por ellos, sin tener derecho a ser escuchados, sin requerir su opinión, todo fundamentado en el derecho de los padres a educarlos.

Se mantiene en la mayoría de las religiones, como un principio fundamental que las relaciones al interior de las familias deben darse a partir de la obediencia a los padres y mayores. Se absolutiza como criterio el poder de los progenitores para decidir sobre los hijos, poder que lo ostenta fundamentalmente el padre dentro de las tradiciones religiosas más conservadoras y fundamentalistas. De esta manera, la patria potestad basada en el poder del pater familias, es un término jurídico que sigue manteniendo su vigencia dentro de las iglesias, especialmente las de tradición cristiana teísta, pero también en otras religiones no teístas sigue manteniendo este significado.

Los distintos abordajes de las teologías en lo que se incorpora la idea de Dios como padre, y de todos lo seres humanos como sus hijos, introduce necesariamente la idea de

obediencia como algo intrínseco y propio de esta relación. Frases cliché usadas frecuentemente en los ambientes religiosos como " si Dios quiere", "que sea la voluntad de Dios", "de acuerdo con el plan de Dios", "si Dios quiere" entre otros que podrían citarse reflejan en forma indubitable esta tendencia a un desarrollo teológico que advierte una distancia fijada por una autoridad divina claramente definida: es padre, masculino, trascendente, divino, todopoderoso, por encima de la condición humana, la cual se encuentra inevitablemente bajo sus designios, y ante la cual el ser humano solo debe obediencia y veneración. Esta relación que parte de esta imagen de Dios padre con sus hijos se traslada en forma inexorable a la relación entre padres e hijos fundamentalmente pero no exclusivamente, ya que también orienta la relación adulto-niño.

Cabe decir, que esta imagen de Dios-padre es la que se ha transmitido en forma más fuerte dentro de las tradiciones cristianas que muestran a un Dios padre, castigador, que enjuicia, y mantiene vigilancia sobre las conductas de sus hijos, una imagen que infunde temor de Dios. Sin embargo, es necesario aclarar, que no es la imagen del Dios que muestra Jesús, y que es posible ver en el evangelio en forma clara y precisa si se realiza una labor de exégesis seria de los textos bíblicos, bien lo indica el autor J. M Castillo al analizar uno de los textos más importantes para comprender la forma en cómo Jesús percibe a Dios y así lo expresa:

> Más aún, el Padre del que habla Jesús queda retratado de forma asombrosa en la parábola del «hijo perdido» (el hijo pródigo) (Le 15, 11-32). En ese relato, sea cual sea la interpretación que se haga de los detalles narrativos, lo que queda fuera de toda duda es que Jesús presenta a un padre que apunta hacia el cariño y el cuidado. De manera que, como se ha dicho acertadamente, «el Dios aquí dibujado por Jesús es de un amor que excede toda lógica humana» le pide la herencia, se la gasta en vicios y en juergas, y luego, cuando se ve necesitado y muerto de hambre, vuelve a su casa para que el padre le dé de comer. Y entonces, sorprendentemente, ese padre (el Padre) ni le echa nada en cara, ni le pide cuentas, ni le dice otra cosa, sino que lo abraza y le besa y encima le organiza un gran banquete con música y fiesta. Es evidente que Jesús quiso dejar bien claro que el «Padre» del que él hablaba, no era el «padre autoritario», que prohíbe, censura y traumatiza, sino el «padre bueno» que está siempre cerca del hijo y es acogedor y comprensivo, sea cual sea la conducta de ese hijo.[543]

[543] Castillo, José María *La humanización de Dios. Ensayo de Cristología*. Segunda Edición, Madrid, España: Editorial Trotta. 2010, p 84

Pero ¿cómo se perciben todas estas elaboraciones teológicas por la población infantil y adolescente?, es necesario decir que, también estas imágenes para los niños, niñas y adolescentes en muchas ocasiones provocan confusión e inseguridad total, para muchos para muchos de ellos y ellas, que viven constantemente la amenaza del hambre, la enfermedad, el castigo, la esclavitud, el abuso físico y sexual, la violencia cotidiana, el hablar de un Dios como padre que cuida resulta confuso cuando esta imagen del Dios que siempre está listo para venir en nuestra ayuda obliga a preguntarse ¿dónde estaba cuando fue violado o agredido?, ¿dónde cuando tuvo hambre y dolor por enfermedad?, ¿dónde cuando se vio en una situación de esclavitud y amenaza?. Esta idea de Dios proteccionista, más bien parece ser una imagen de Dios como el superhéroe de historieta, que no cumple su papel lo que produce una gran decepción, desilusión y desconfianza.

Es definitivo lo difícil que resulta hablar de un Dios protector donde la violencia es el pan cotidiano, se trata de una violencia presente en las relaciones de familia, en las relaciones con la comunidad, en los ambientes de trabajo, en las calles.

> La violencia de la que venimos hablando engendra, indudablemente, más violencia. Los frutos de esta situación son niños y niñas que hacen de la agresividad y de la violencia su modo de vida. Han nacido marcados por la violencia. Es lo que mejor conocen, conviven con ella desde que nacieron. Ellos y ellas han sido víctimas de la violencia familiar y social. Llevan en su cuerpo y en su mente las señales de un modo de vida y de un modo de relacionarse, que nada tiene que ver con los valores que orgullosamente llamamos humanos. Muchos de ellos y ellas que, paradójicamente, han vivido entre humanos, solo han aprendido de ellos la rapiña, la venganza, la muerte.[544]

Otro elemento importante es observar cómo, dentro de las elaboraciones teológicas comunes, el concepto de maldad se mezcla con otros elementos nocivos vinculados a la imagen de Dios como castigador, así la desobediencia puede provocar amenazas iguales entre elementos de la superstición y elementos de la religiosidad popular de forma tal que el castigo sea que, ante una desobediencia, el diablo o el coco cobren el precio, llevándose

---

[544] Ferro, Cora., Marleny Amaya. *Huellas en el viento*. Primera Edición. San José. CLAI-OIKOUMENE. IEM, junio-1996. p 17

los niños consigo, temores que los adultos refuerzan con amenazas y que por supuesto son sólo eso, temores infundados.

Por otro lado hay toda una manipulación de esta imágenes de Dios para obtener falsas promesas y para responder a falsos intereses, igualmente la imagen de Dios como juez que los castiga o premia, hace que los niños, niñas y adolescentes pierdan su espontaneidad característica sujetando su comportamiento a lo que se ha establecido como "bien" solamente para satisfacer y agradar a las personas adultas.

Entre todo esta situación general que involucra a la población infantil no debe dejarse de lado, que la dimensión patriarcal que deviene en una desvalorización de las niñas, en su condición de mujeres, coadyuva a que sean sometidas a las más grandes formas de degradación, forzadas como esclavas sexuales, abusadas y explotadas sexualmente, sometidas a maltratos inimaginables, doblemente oprimidas por su condición de niña y por su condición de mujer. Las violaciones y abusos sexuales son vejámenes que atacan sin misericordia a la población de niños y de niñas, pero

> … el caso de las niñas es aún más patético. Aumentan constantemente los embarazos en niñas. Se convierten sus vientres en semilleros que se marchitan en lugar de florecer. Mueren un poco en cada alumbramiento, provocado por la maldad o la inconciencia de tantos. Para ellas la maternidad constituye una nueva condena que las mantendrá sujetas a la ignominia y a la perversidad de hombres crueles que las explotan por su edad y su sexo. [545]

En este tema, las iglesias cristianas y muchas religiones han sido promotoras de perpetuar una invisibilización de las mujeres en su condición de personas, y con más razón las niñas, que han estado sometidas en obediencia a las decisiones tomadas por los hombres de la familia.

Detenerse a puntualizar cómo entra en juego el aspecto religioso y la influencia de la religión sobre los niños y sus derechos, es un aspecto necesario y urgente para tener un panorama general, especialmente si se toma en consideración que alrededor de un 86 % de la población mundial es religiosa.[546]. Es de conocimiento común que la religión, dentro

[545] Ibid p. 36

[546] Este es un dato estadístico que se propone en la ONG de apadrinamiento de niños Humanium, resulta interesante cuando se aborda el tema de la influencia de la religión y su prescripciones normativas en aspectos que tocan a la niñez.

del contexto general de un país, viene a dirigir el comportamiento social, jugando también un importante rol en la vida cotidiana de las personas, incluidos los niños, las niñas y los adolescentes. Por esto conviene detenerse en lo que implican muchas prácticas y costumbres religiosas que son adoptadas en diversas partes del mundo, y que involucran a la población adolescente e infantil en evidente detrimento de sus derechos. Es así como, en caso de religiones minoritarias cuya práctica de la fe es restringida también afecta a niños y niñas que pertenecen a estas minorías religiosas. Se les impide estudiar en el colegio y también el acceso a ciertas profesiones. Se les considera mal dentro de la sociedad de forma que se les margina, e incluso en algunas partes, pertenecer a otra religión o cambiar a otra, se considera apostasía y delito, que incluye la pena de muerte.

En diversas partes del mundo, la religión suele ser una fuente de problemas, generar conflicto y guerras en los que los niños, niñas y adolescentes resultan ser las víctimas mortales. Muchos casos suelen ilustrar estas situaciones entre los que se pueden mencionar la guerra que existió entre cristianos ortodoxos, católicos y musulmanes en la región de los Balcanes europeos en donde aún cuando la guerra ha terminado la discriminación del grupo religioso musulmán se mantiene. Igualmente sucedió en Irlanda a raíz del conflicto entre cristianos católicos, católicos ortodoxos y musulmanes que involucró ciertamente a una gran cantidad de mujeres y de niños. Países como Chechenia también son escenario de estas luchas y conflictos bélicos de orden religiosos entre católicos ortodoxos y musulmanes, y lugares de otros continentes como Nigeria en África dan cuenta de tremendas prácticas discriminatorias, en lo que la población más vulnerable y afectada resulta ser la población infantil, tal es el caso de las restricciones en materia educativa, de salud o de trabajo que tienen que tienen la minoría copta en Egipto.

Prácticas religiosas extremistas que discriminan en forma evidente y cruel a las jóvenes y a las niñas son las que provienen del régimen Talibán en países como Afganistán en el que ellas no tienen acceso alguno a la educación., no pueden aprender a leer ni a escribir, y que aunque el régimen Talibán ya no esté en el poder estas prácticas extremistas religiosas se mantienen en algunos lugares, tanto así que incluso se les prohibió el canto, la risa, los juegos en la calle, o escuchar música.

> Todo el fundamentalismo religioso, ya sea el cristianismo, islamismo, judaísmo u otros, pone en peligro los derechos de los niños, especialmente aquellos que tienen que ver con las chicas. Algunas interpretaciones religiosas unidas con tradiciones ancestrales pueden ser la fuente de la violencia cometida contra los niños. Vamos a atender específicamente a los casos de mutilación genial y el matrimonio infantil. [547]

[547] Philippe, Marie. *Niños y religión. La influencia de la religión sobre los niños y sus derechos*. www.humanium.org/religión

La figura del matrimonio infantil, que es la que se realiza como unión de dos niños, pero más comúnmente la de una niña con un adulto, con frecuencia mucho mayor que ella, suelen ser una costumbre que si bien es cierto no es religiosa porque no es aprobada por ninguna religión, ha sido justificada por aspectos religiosos. Esta práctica se da especialmente en la parte sur de Asia, y en algunas partes de África en donde se valora muchos la virginidad y la fertilidad en las mujeres.

En la zona Occidental de África en la que se practica la religión musulmana, y aunque sea contrario al Corán se ha vuelto una costumbre para evitar el infierno la práctica denominada "sadaka" que consiste en que los padres pueden ofrendar o donar una niña o joven a un dignatario religioso o a un miembro su familia para evitar el infierno.

Son tantas las prácticas nefastas que en nombre de una determinada religión se han establecido que afectan principalmente a los niños, niñas y adolescentes que es urgente buscar una espiritualidad que promueva el cuidado, de quienes suelen ser el sector de la población más vulnerable y afectado.

No puede hablarse ni comprenderse en el marco de las religiones un dios que privilegie prácticas contrarias a la vida. La dimensión de lo divino es en sí misma la vida, una vida que contiene un componente ético de misericordia, compasión, y convivencia. No puede haber una espiritualidad que no retome de sí misma el espíritu, la energía y la consistencia misma de lo que somos como comunidad de personas, de vivientes, de humanos.

.La idea de la vida como uno de los principales valores promovidos por las distintas espiritualidades y religiones fomentó, en su momento, esta convicción y fue a partir de esto que se potenciaron los ideales de dignidad e igualdad que están en la base del Estado de Derecho, de la democracias, y de los derechos humanos. Si se toma al cristianismo en su particularidad, habría que decir que los derechos humanos tienen un vínculo directo con muchos valores que se muestran en los evangelios cristianos y que, en promoción de la vida, la dignidad de las personas y de la igualdad, Jesús tomó partido a favor de aquellos más vulnerables en un contexto de muchas diferencias que producían exclusiones y marginaciones. Pero cuidado, que esto no ha sido suficiente, cuando se trata de cuidar a nuestra niñez, si del mismo cristianismo retomamos prácticas adultocéntricas que contradicen todo lo anterior.

Por esto, partiendo del valor de la vida, y aunque se reconozca la dignidad de las personas, y la igualdad de derechos hay que tener claro que para conseguir que se de una verdadera igualdad en dignidad y derechos se requiere que se produzcan reversiones que permitan invertir situaciones establecidas en las que se dan diferencias que crean desigualdades. De no hacerse eso, las diferencias seguirán siempre creando desigualdades. Esto es, como lo argumentaban, ya los teólogos de la liberación en sus críticas a las definiciones

individualistas de los derechos humanos, que esta interpretación llevaba implícita la violación de derechos de grandes mayorías, como son la mayorías pobres, y que los derechos humanos, para no quedar en puro discurso, deberían incorporar el derecho más elemental que es el derecho a la vida, pero no en abstracto, que este derecho debía contener el derecho a los medios para la vida, como son el empleo, la salud, y la tierra, dimensiones que necesariamente tocan sensiblemente también a los niños, niñas y adolescentes.

Todos los seres humanos, dice la ONU, merecen la oportunidad de lograr el crecimiento de desarrollo de sus capacidades más allá de sus necesidades básicas y de sobrevivencia. Esto, de acuerdo con los teólogos de la liberación debería ser posible para las mayorías pobres y colectividades.

Ciertamente en todos los tiempos, la población infantil y adolescente ha sido de las más vulnerables por su propia condición y por el papel que le ha sido asignado socialmente y el trato que se le ha dado. Ante una teología que promueve lenguajes adulto céntricos y patriarcales hay que procurar promover una espiritualidad para la niñez que tome como punto de partida lo propio del ser niño, desde la inocencia y la ingenuidad, aspectos primordiales en el aprecio por la vida. No prestar interés a racionamientos ni a lógicas, dejándose seducir por el espíritu que se muestra tal como es, descubierta la persona, en plenitud, sin maquillajes, camuflajes, o ropajes ajenos, con sombras posibles que tenga, o los reflejos que logre acentuar, con las luces que deslumbren su esencia, desde lo propiamente auténtico, tal y como son los niños y las niñas.

La teología debe redimensionar estos conceptos y encaminarse hacia una espiritualidad que amplíe la percepción de los otros y otras, no solamente de los humanos y humanas sino todos los seres vivientes, de los ecosistemas y la naturaleza. Que provenga de una reflexión teológica que desarrolle y vincule una dimensión de lo sagrado, aquello que nos trasciende nuestros límites, y nos conecta con el universo, que nos permite visualizar en la humanidad un todo. Una teología que permita el desarrollo de una espiritualidad fundamentada en el respeto a la alteridad, en el respeto a las diferencias y de la diversidad de nuestro entorno, una espiritualidad consciente de que el Espíritu se hace vida en la realización de la justicia y equidad en las relaciones y en promoción de una cultura de no violencia y de paz.

Una espiritualidad para el cuidado parte de la inocencia, condición que de una forma muy hermosa lo expresa JJ Benítez en su blog y que vale la pena parafrasear

> … ser inocente es un retorno a la niñez, es volver al pan y chocolate del corazón. Conviene volver, aferrarse, recuperar al niño que llevamos dentro. Al que fuimos, y añoramos desde siempre. Ese que está escondido tras las apariencias de lo que somos como adultos, pero que llevamos escondido bajo el rígido almidón de las conveniencias sociales. Ese niño que buscamos y que acariciamos cuando nadie nos ve. No hay que ruborizarse si la mediocridad se ríe de tu espíritu. Que tus ojos se encandilen con lo que otros ignoran o desprecian. Entra sin temor en el túnel de la risa, y sonríe por cualquier cosa porque la risa es gratis. De la misma forma que los bebés lo hacen llévate la vida a la boca Ser inocente es ganar sin arriesgar. Como el niño, el inocente ama por inercia, confía por naturaleza, juega por necesidad y vive sin saber que vive.[548]

Esta espiritualidad que cuida estará atenta al presente porque la vida se vive ahora, sin preocupar la mente con añoranzas del pasado ni preocupaciones futuras. Estar atentos porque la vida pasa ahora, es parte de la naturaleza como seres vivientes que somos. Como es la vida de los niños que mantienen al cien por ciento la atención en las cosas que hacen, en los juegos que realizan, en las actividades que ejecutan, sin expectativas ni prejuicios, esperando solamente lo que se está viviendo, experimentando.

En protección e interés de la niñez, esta forma de vivir la espiritualidad permitirá ir por la vida sin condicionamientos, sin llevar nada en los bolsillos, como dice la frase popular, con una carta siempre en blanco portadora de esperanzas sin límite, que arrastra y conmueve con su sola presencia como los niños con su mirada limpia, y su sonrisa a flor de labios.

Será una forma de vida que cuida la niñez retomando la vivacidad del despiste, del caos, de lo ridículo, y lúdico, de lo que no se conoce pero que se aprende con avidez y pasión, y se habituará a espacios de paz y convergencia, de transformación de lo insípido en sabor, de lo que es viscoso y poco llamativo en luces y colores, de lo rígido y estático, por aquello que es movimiento puro, de lo fijo y permanente en una explosión. No hay órdenes que seguir, ni normas que acatar más que el impulso por la defensa de la vida y la felicidad. Es un enfoque en donde ninguna persona es más importante que otra, porque vivimos en un mundo interconectado y nos dependemos mutuamente, de ahí que cada quien se responsabilice por lo que hace y vive. La propia forma de ser de los niños y las niñas nos da la pista, ellos son artífices por excelencia de la irreverencia, son imaginativos, creativos, no rutinarios, provocan la sonrisa, su forma de actuar, y de hablar desacraliza y transgrede el orden establecido, tal y como lo dice Rubem Alves. Una espiritualidad para el cuidado no es la que infunde temor ni angustia ante una norma incumplida, sino que es

[548] http://www.reikiare.com/t5159-inocencia-jj-benitez.

aquella que permite el disfrute, y en la lo que importa no es lo que se dice, sino cómo se dice, y por esto, siguiendo a Alves también puede decirse que es la que permite traer sonrisa y placer, desnudar ídolos, porque no importa qué es lo que se dice sino cómo lo dicen y lo viven.

Esta espiritualidad solo será posible en la medida en que cada quien se despoje de sus propios prejuicios y ataduras a los que los roles y papeles sociales los han sometido. Cuando se haga posible una liberación de las ideas preconcebidas, de caminos impuestos, de premisas por cumplir que son cadenas pesadas y cargas difíciles de llevar.

Hay una invitación muy pertinente en este tema que hace el teólogo Rubem Alves en la que hace una excitativa a ver la teología como un ejercicio de libertad, creativo, imaginativo y soñador, como si fuera un juego en el que se requiere creatividad, astucia, ingeniosidad y amor.... al fin y al cabo creación humana. Por eso sugiere la imagen del niño que crea, juega e imagina. La imaginación es la cualidad esencial del ser humano como constructor de mundos posibles y de realizar utopías. No hay otro camino que optar por el juego y desarrollar las potencialidades adormecidas y los deseos reprimidos. Dejar volar nuestros sueños aunque tengamos que volver al niño que somos creando e imaginando sin límites. En este sendero, debe transitar cualquier espiritualidad para el cuidado de nuestra niñez y adolescencia.

Rescatar una espiritualidad para la niñez en contextos como los que vivimos es un camino necesario que se debe transitar urgentemente porque son muchos y muchas que sufren la indiferencia, la invisibilización y el desprecio, la tortura o la muerte. Muerte física o emocional, cualquiera que sea deja una huella inevitable en la vida de la población infantil y adolescente que suele ser catastrófica para la humanidad.

> El tiempo se ha hecho un lujo, No hay tiempo para encontrarse, no hay tiempo para vivir, menos aún para descubrir a los niños y a las niñas. Algunos y algunas siguen perdidos en la vorágine de la prostitución y de la droga, otros y otras andan como cachorros que huyen de las fieras que los persiguen para desmembrar sus cuerpos y venderlos a pedazos. En su gran mayoría siguen solos y solas, a veces rechazados, otras humillados o utilizados como fuerza de trabajo barata, o como objetos sexuales al alcance de cualquier presupuesto."[549]

Hay que evitar que esto se continúe, con miras a hacer efectivo la protección y cuidado para los niños y niñas, y adolescentes, el respeto a su dignidad, a sus derechos.

[549] Ferro, Cora op cit p 7

PROPUESTA DE ESPIRITUALIDAD PARA EL CUIDADO DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS

Ante una teología que promueve lenguajes adultocéntricos y patriarcales se hace urgente y necesario poner atención a estos lenguajes permisivos de la violencia que atentan contra los derechos de las niñas, niños y adolescentes afectando en forma directa que puedan ser ejercidos eficazmente. La propuesta es promover una espiritualidad para el cuidado de las personas menores de edad:

1. Que tome como punto de partida lo propio del ser niño, desde la inocencia y la ingenuidad, aspectos primordiales en el aprecio por la vida, tal como es, sin maquillajes, con las luces que deslumbren su esencia, desde lo propiamente auténtico, tal y como son los niños y las niñas.

2. Que valore y rescate toda la dimensión de persona, de sujeto, de los niños y niñas. Apreciar la espontaneidad y sinceridad propias, su creatividad permanente, la frescura de su aprendizaje constante, la admiración de las cosas cotidianas y simples, la capacidad de conocer desde la experiencia de lo lúdico, de la diversión, del juego, de la ternura y el cariño desinteresado expuesto en sus relaciones con las personas y con su entorno, de la vulnerabilidad y la precariedad propias de su condición.

3. Que tenga su punto de partida en la apreciación y gusto por la vida, valorando todas las relaciones que se comparten, con los padres, con los hermanos, amigos, compañeros. Tendrá como matriz generadora la potenciación de las capacidades y talentos, señalando las virtudes pero explicando con respeto y amor los defectos que puedan ser tropiezos en el crecimiento y desarrollo interior. Creando en forma constante motivos que permitan compartir en forma creativa, respetuosa, sin violencia, canalizando las energías hacia la construcción de espacios de crecimiento personal y comunitario.

4. Que comparte con las personas valorando las diferencias presentes en las personas con las que convive, y las acepta con respeto y consideración porque no tiene parámetros de comparación ni exigencias estereotipadas lo cual ignora por su condición de ingenuidad, e inocencia, comprendiendo el entorno como un mundo diverso, y el valor de todas las personas con las que se comparte los espacios de la vida.

5. Que esté atenta y dispuesta a descubrir con ojos mágicos como mágica es la percepción de los niños y niñas, imaginativa y creativa, con fascinación y asombro permanente promoverá la pasión por los proyectos con el fluir de la vida confiando en el amor, cree y crea, imagina y sueña con un sentimiento de dicha y emoción constante. Es una espiritualidad de empuje, emprendedora de surcos insospechados, de alegría, riesgo y provocación.

6. Que no infunda temor ni angustia ante una norma incumplida, sino que permita el disfrute, no es la que parte de una visión desventajosa en la que el ser humano siempre estará decaído en el pecado, y la imperfección. Para esta espiritualidad no importará ni el premio ni el castigo sino la vida, y el respeto a los derechos de todas las personas, porque todas y todos son importantes e iguales en dignidad y derechos.

7. Que transite por el sendero de la búsqueda permanente de la creatividad, del sueño y la imaginación. Como la imagen del niño que crea, que imagina y sueña. Será una espiritualidad que opte por el juego y el desarrollo de potencialidades adormecidas y deseos reprimidos, porque los sueños son los que hacen posible la construcción de mundos nuevos, en la que los niños y la niñas, y adolescentes sean realmente valorados y sus derechos respetados.

8. Que admira, protege y cuida el ambiente porque reconoce su belleza, su valor y porque sabe que forma parte de él, por eso lo defiende, lo preserva y garantiza para las generaciones futuras. Descubre permanentemente las maravillas que el mundo le ofrece al cual se somete debido a su intensa curiosidad y tenacidad propias, con una mente abierta al conocimiento, sin dudas, sin miedos, sin mentiras, ni prejuicios, como una esponja que se nutre y permanece abierta al mundo del espíritu.

9. Que aprende que las elecciones que se toman, desde que somos niños y durante todo el proceso de crecimiento son elecciones que nos afectan pero que también afectan a otros y otras, como en los juegos, por eso debemos tomarlas con cuidado y en forma responsable, sin mezquindades, con la nobleza de corazón y la generosidad propias de los niños y las niñas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, Gonzalo. *El principio del Interés Superior del niño y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Estudios constitucionales, número 1 (2008) pp 223-247. Impreso
- Alves, Rubem. *La teología como juego.* Primera Edición. Asociación Ediciones La Aurora. Argentina. 1982. Impreso
- Arroyo, Roxana. *Algunos elementos para una reconceptualización de los derechos humanos de los niños, las niñas, y los y las trabajadoras de la calle*. San José: Ilanud, 1994. Impreso
- Castillo, José María *La humanización de Dios. Ensayo de Cristología*. Madrid, España: Editorial Trotta. 2010, Segunda edición Impreso.
- Cervantes, Leopoldo. *La teología ludo-erótico-poética de Rubem Alves. Una alternativa de desarrollo de la teología protestante latinoamericana*. Tesis de Maestría, Seminario Bíblico Latinoamericano, junio- 1998. Impreso
- Cillero, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la convención Internacional sobre los derechos del niño*. http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf. Recuperado 25 de octubre 2013
- *Completar la Escuela. Un derecho para crecer, un deber para compartir*. Instituto de estadística de la Unesco- Unicef. España. 2012
- Constitución Política de Costa Rica y principios anotados con jurisprudencia de la Sala Constitucional. http://sitios.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/ConstitucionPolitica.htm actualizado al 19 de diciembre del 2012 recuperado 3 de marzo del 2014
- Convención Internacional de los derechos del niño. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Unicef. http://www.sadopsantafe.org.ar/DerNinoa.html Recuperado 15 de diciembre 2013.
- *VII Estado de los Derechos de la niñez y la adolescencia en Costa Rica. Hacia el cumplimiento de la política nacional para la niñez y la adolescencia 2009-2014*. San José: CNNA-UCR-PRIDENA-UNICEF, 2011. Impreso
- *Estado Mundial de la Infancia 2012. Resumen ejecutivo. Niños y niñas en un mundo urbano*. Nueva York, EEUU: UNICEF, 2012. Impreso
- Ferro, Cora., Marleny Amaya. *Huellas en el viento*. San José. CLAI-OIKOUMENE. IEM, junio-1996. Impreso.
- *La niñez y la adolescencia a la vista de los datos del Censo 2011- Costa Rica.* San José: UCR-INEC-UNICEF, 2012. Impreso.
- *Legislación sobre la niñez y la adolescencia.* San José, Patronato Nacional de la Infancia, 1999. Impreso.

- Machado, Thais. Promoción *de la Vida y sus dimensiones*. Hablemos de la Niñez. San José, Costa Rica. 2012 Impreso.
- Madrigal, Víctor., Marco Quesada. *Hacia una teología Saludable. Bases Teológicas para la protección y el cuidado de la niñez*. Revista Siwo Número 4, (2011) 129-168
- Mena, Francisco. *Poder para la Vida. Ensayos de Exégesis y teología.* Revista Ecuménica SIT, Número 1, volumen 1 (2003)
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, votos números1975-1994, 12019-2006.
- Sala Segunda, Tribunal Superior de Familia de la Corte Suprema de Justicia. Votos números 898-2002, 04-2004, 825-2004, 2218-2004, 324-2005, 204-2008, 1204-2008, 1843-2008, 764-2009, 271-2012.
- Tamayo, Juan José. Espiritualidad y respeto a la diversidad. Conferencia del II Foro Mundial de Teología, 2007
- http://www.formacion-integral.com.ar/espiritualidad-y-respeto-a-la-diversidad-formacion-del-espiritu-sentido-de-la-vida-&Itemid=3

- Torradeflot, Francesc. Diálogo entre religiones. Textos Fundamentales. Primera Edición, Editorial Trotta S. A. 2002
- Vega, Álvaro. *Teología, corporalidad y poesía en Rubem Alves. Por los senderos de una nueva teología.* Revista Ecuménica SIT, Números 2 y 3, volumen 1 (2005) 43-72

Ponencia 21 – Comisión 4

Título: El niño víctima de violencia.

Autor/es: Silvana Inés Tejerina de Farfán

"EL NIÑO VÍCTIMA DE VIOLENCIA"

RESUMEN

Existe un Corpus Iuris Internacional que regula la situación del niño víctima o testigo de delito, liderado por la "Convención Internacional de los Derechos del Niño" como herramienta implacable de cumplimiento obligado para los Estados Miembros: A partir de allí, en los ordenamientos nacionales y provinciales, leyes, reglas, protocolos, directrices.

En la provincia de Jujuy, existe en vigencia la ley provincial 5.288 promulgada en 2.002, anterior a la Ley Nacional argentina N° 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes y un protocolo de Cámara Gesell que fue aprobado por acordada del Superior Tribunal de Justicia en el año 2012, el cual es utilizado desde entonces con muy buenos resultados.

Sin embargo, a pesar de contar con una buena estructura normativa, todavía es incipiente la aplicación de buenas políticas públicas que acompañen dicha estructura.

El desafío radica en educar a la población en general y en capacitar a todos los operadores de NNyA., tanto en el ámbito judicial como extrajudicial.

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha hablado de la los derechos de los niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, sin embargo el niño víctima no se ha visualizado correctamente como protagonista y sujeto de derechos.

Es habitual que los Estados se preocupen y se ocupen de aquellas personas que, aunque todavía menores de edad, ya transitan por los estrados judiciales por haber infringido la

ley. Pero la contracara, la víctima inocente y silenciosa, aquella que sólo estuvo como **transeúnte involuntario,** vulnerable, situado en la escena del delito, ya sea como testigo o víctima, es el NNy A, quien grita por sus derechos y reclama justicia.

Principios, reglas, protocolos internacionales, nacionales y provinciales están disponibles, listas para ser usadas. ¿Somos capaces los seres humanos de visualizar un futuro sin violencia? ¿Somos capaces de utilizar todas las herramientas que se encuentran a nuestro alcance para corregir el presente y mejorar el futuro?

Las Naciones Unidas en resolución N° 40/34 de 1.985 ha establecido: "…se ha de entender por víctimas las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. En la expresión víctima se incluye además, en su caso a los familiares o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir su victimización".

Así, tenemos que los principios de la teoría contenida en el derecho, no coinciden con la realidad cuando se trata de niños víctimas de delitos. Es deber del Estado evitar que haya víctimas y mucho más que esas víctimas sean niños, y de compensar su sufrimiento lo mejor posible cuando no ha podido evitarlo.

Podemos afirmar que, como punto de partida de la protección especial que debe tener todo niño víctima de delito, primeramente, se debe reconocer que, dejando de lado el antiguo concepto de: niño como objeto de protección, todo niño es "sujeto pleno de derecho". Esos derechos y garantías deben ser procurados por el Estado el cual debe dar "…efectividad, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas para tal fin…".[550]

Es en el seno de la familia donde muchas veces el niño puede ser víctima de diversas formas de abuso, desde el ejercicio desmesurado del deber de corrección paterno, hasta las formas más graves de violencia, incluyendo el abuso sexual.

Ante ello, el actual análisis de la situación de violencia infantil, marca un atraso importante en la adopción de medidas tendiente a combatirlo y aún más en aquellas para prevenirlo. ¿Cuál es la razón de tan significativa omisión? La respuesta radica en la historia

[550]Fallos 331:2691, considerando 3° del voto de los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zafaroni y Argibay.

misma de la civilización humana, en algunos viejos esquemas patriarcales, donde la imposición de una voluntad autoritaria desde quien tiene el poder, se reconoce como legítima y se naturaliza, tal cual el carácter mismo de la familia como primera organización humana y a su mandatario natural: el padre, explicado bastamente por Aristóteles en su conmemorable obra "La política", o por Thomas Hobbes en su obra "Leviatán", obra ésta última, con gran contenido mítico, prejuicios y tradiciones de las sociedades .

Los grandes avances en la ciencia y tecnología, los cambios político-económicos, ponen a la familia en una situación de riesgo de violencia, agravada en aquellas donde se suman situaciones de necesidades básicas insatisfechas, sin alcanzar un mínimo bienestar.

Entonces, al decir de Humberto Maturana "Hablamos de violencia en la vida cotidiana para referirnos a aquellas situaciones en las que alguien se mueve en relación a otros en el extremo de la exigencia de obediencia y sometimiento… Es la negación del otro que lleva a su destrucción en el esfuerzo para obtener su obediencia…un desequilibrio de poder…"[551]. Este desequilibrio ha comenzado a desarticularse en el orden mundial ante el surgimiento del concepto de igualdad, donde se admite que los niños ya no son menores, son nuestros pares, no son objeto de derechos sino "sujetos de derecho", camino aún difícil pero que estamos transitando lentamente.

1. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑOS Y MARCO LEGAL REGULATORIO INTERNACIONAL.

Si bien existe un "corpus iuris" de los derechos de los niños, integrado por instrumentos regionales y universales, instrumentos no contractuales[552] y tratados internacionales [553]que deben interpretarse y aplicarse en forma coherente, ordenada y armoniosa, la

[551] "VIOLENCIA FAMILIAR Y ABUSO SEXUAL",Editorial Universidad, Ciudad de Buenos Aires, 2.008, pág. 33.
[552] Ellos son: "Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos", aprobadas por la Asamblea Ordinaria de la asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), reunida en República Dominicana el 9 y 10/7/2008. El Procurador General de la Nación Argentina por medio de resolución 174/2008, instruyó a los fiscales a que tengan en cuenta estas Guías para la atención de las víctimas y testigos. "Reglas de Beijin" de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores. Adoptadas por Resolución N° 40/33 del 28/11/1985 de la Asamblea General. "Directrices de Riad" efectuadas por las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, adoptadas por la Asamblea General por Resolución 45/112 de fecha 14/12/1990. "Las Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos", aprobadas por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas por Resolución 2005/20 de fecha 22/07/2005. "Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", elaboradas en la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada del 4 al 6/3/2008.

Convención Americana y la "Convención de los Derechos del Niño" son los pilares fundamentales de ese amplio marco regulatorio en él contenido.

En tal sentido, los artículos 19 y 39 de la CDN, le impone a los Estados partes, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias 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 se encuentre bajo la custodia de los padres o persona que lo tenga a cargo.

Ante esta situación la herramienta indiscutible y efectiva para lograr combatir esta situación de vulnerabilidad en que se encuentran estos niños que han sufrido una situación traumática por ser víctimas o testigos de delitos penales, es la Convención de los Derechos del Niño cuyo articulado más que principios, expresan reglas de oro a seguir, de cumplimiento obligatorio para los Estados partes.

El alcance del artículo 19 de la CDN, abarca conductas punibles para quienes tengan la custodia del niño que pueden ser dolosas: "malos tratos o explotación incluido el abuso sexual", "abuso físico o mental" o culposas: "descuido o trato negligente".

En este orden de cosas en Argentina se han dictado leyes Nacionales como la N° 24.417 de "Violencia Familiar" y la 26.645 de "Violencia contra la mujer". En la provincia de Jujuy se ha dictado la Ley Provincial N° 5.017 de "Violencia Familiar", y la ley Provincial Nº 5.288/2002 de Protección Integral de la Niñez, que contiene normas regulatorias del niño víctima como el inciso e) de si art. 9º que establece: "…el desarrollo de programas destinados a la prevención de adicciones, maltrato infantil, violencia familiar y abuso sexual"; su art. 11: "Todos los niños y adolescente tienen derecho a la integridad corporal, la que comprende a su integridad física, psíquica y moral y conforme este derecho no pueden ser sometidos a torturas, ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El Estado Provincial, la familia y la comunidad deben proteger a todos los niños y adolescentes contra cualquier forma de explotación, maltrato, tortura, abuso o negligencia que afecte su integridad corporal"; su art. 21: "El Estado Provincial garantizará al niño y al adolescente víctima de delitos., la asistencia física, psíquica, legal y social requeridas para lograr su recuperación"; art. 24: "Ningún medio de comunicación

[553] "Convención sobre los Derechos Humanos", "Convención de las Personas con Discapacidad", "Convención contra la Tortura y Otros Malos Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes".

publicará o difundirá informaciones que puedan dar lugar a la individualización de niños y adolescentes; sean infractores o víctimas de un delito".

En relación a este tipo de violencia ejercida sobre NNyA, la Jurisprudencia argentina ha dicho que los padres tienen el derecho-deber de corregir a sus hijos, pero debe ser ejercido moderadamente, quedando excluidos malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los niños, poniendo en cabeza del juez, resguardaros de las correcciones excesivas de los progenitores[554], en consonancia con lo expresado por el Comité sobre los Derechos el Niño, sosteniendo que la orientación de los padres no debe ser violenta o humillante, ya que el niño debe ser protegido de "toda forma de perjuicio físico o mental" y dictando al respecto dos Observaciones Generales al respecto: la N° 8 (Ginebra 2006) "El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas degradantes" y la Observación General N° 13 (Naciones Unidas 2011) "Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia" .

Por su parte, el art. 34 de la CDN, establece la obligación de los Estados partes de proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales, debiendo impedir la incitación o coacción al niño para que se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, su explotación en la prostitución o en espectáculos o materiales pornográficos, muchas veces agravando la victimización de los niños, por provenir de las personas de su entorno de confianza, entre los que pueden encontrarse los responsables de su formación, presentándose en la actualidad por su gran incidencia, como uno de los problemas de vulneración de derechos humanos infantiles más repudiados por la sociedad.

La fatal encrucijada, surge cuando encontramos agresiones, inclusive sexuales, entre los propios niños, como víctimas y como autores, en un vertiginoso aumento de violencia infantil y juvenil, muchas veces incitadas por los medios de comunicación, ante lo cual el Estado Argentino, tiene una dolorosa deuda pendiente.

Así el art. 39, señala la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas apropiadas, para el caso de que el niño ya ha sido víctima de abandono, explotación o abuso, tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o conflictos armados, a los fines de promover su recuperación física, psicológica y lograr su reintegración a la sociedad en un ambiente sano propiciando el respeto por sí mismo y su dignidad.

Finalmente el último elemento que nos ofrece La Convención de los Derechos del Niño, y que complementa a los artículos precedentemente expuestos es el art 3, donde se

[554] Fallo:73-J-266 de la Cámara Penal de Rosario de fecha 12/11/1996 y Fallo N° 5047 de la Cámara Penal de Venado Tuerto de fecha 11/08/1994.

expone ampliamente “El Interés Superior del Niño”, como máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, ya que más que un principio, resulta ser una regla a seguir con carácter obligatorio para los Estados parte y el pivot sobre el cual giran como astros alrededor del sol, todos los derechos posibles de los NN y A.

2.1. NIÑO VÍCTIMA Y PROCESO PENAL

Cuando el niño es víctima de un delito, comienza su proceso traumático o victimización primaria, la cual se manifiesta como un daño irreparable a su integridad física, psíquica y moral, puede decirse que su vida se altera para siempre, gravándose en su consciente y muchas veces en su inconsciente, los hechos traumáticos vividos, muchas veces agravados por haberse cometido por personas de confianza del niño, familiares, pares o personas que debieron cuidarlo o protegerlo.

Al iniciarse el proceso penal comienza la victimización secundaria o revictimización, por la cual el hecho dañoso del pasado vuelve a hacerse presente para que el niño relate en sede penal aquellos sucesos tan dolorosos y abusivos.

Muchas veces la familia y el niño recurren a la justicia pensando que esa es la solución a todo el problema, hasta que a poco andar, advierten que no estaban preparados para transitar por aquel camino tan traumático, donde en el peor de los casos, luego de declarar en cámara Gesell, y soportar amenazas e intimidaciones, el agresor es dejado en libertad, convirtiéndose en una pesadilla que nunca termina.

La persona víctima de esta situación requiere del máximo de cuidado que todos los operadores puedan ofrecer, ya que el niño merece y “se le debe”, esa protección especial por su doble condición: la de “Niño” y la de “ser humano”.

2.2. CAMARA GESELL: DERECHO A SER OÍDO

Este sistema, fue creado por el Dr. Arnold Gesell, psicólogo y pediatra norteamericano, quien se dedicó a estudiar las etapas evolutivas del niño, utilizando la tecnología, a fin de observar su conducta sin que sean molestados por las miradas del observador. Consiste en una habitación separada por una pared divisoria en la que hay un vidrio de grandes dimensiones que permite ver desde otra habitación distinta a la que se lleva a cabo la entrevista, pero no a la inversa.

Esta forma de declarar en un proceso penal de los niños víctima de delitos, ha tenido sus comienzos, ante la necesidad de sistematizar, de alguna forma su abordaje con los

mayores resguardos protectorios de quien resulta ser el más vulnerable de la situación jurídica derivada de un hecho delictivo, logrando reducir el estrés que atraviesan NNyA a lo largo del proceso y optimizar las oportunidades de obtener pruebas válidas, confiables y de calidad para la investigación.

Este hecho se encuentra estrechamente relacionado con el derecho del Niño de ser oído en el proceso penal, tal cual lo establece el art 12 de la Convención.

La participación del imputado y de su abogado defensor deberá ser dentro del marco constitucional del derecho de defensa en juicio (art 18 de la C.N. argentina), pero las preguntas deben ser formuladas a través del psicólogo, siempre que no sean lesivas a la integridad psíquica de la víctima. No podrán ser descalificantes, invasivas de su intimidad u ofensivas.

3. REGULACIÓN LOCAL- PROTOCOLO PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS O TESTIGOS DE VIOLENCIA, ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS.

El sistema de la provincia de Jujuy, cuenta con un Protocolo que ha sido aprobado por acordada N° 200/2012 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, el cual ha receptado los lineamientos generales del Protocolo para acceso a la Justicia de NNyA víctimas o testigos de violencia, Abuso sexual y otros delitos" de UNICEF.

Dicho Protocolo tiene nueve principios generales básicos:

I. Proteger en todo momento la salud psicofísica el bienestar del niño o la niña víctima de delitos.
II. Reducir las posibilidades de revictimización del niño en las distintas instancias del proceso penal.
III. Respetar y propender a una compatibilización armónica entre las garantías constitucionales del imputado y los derechos de los niños y niñas víctimas de delitos.
IV. Asegurar la eficacia del proceso y la obtención de pruebas válidas.
V. Preservar el relato del niño. o de la niña víctima del delito y asegurar su registro adecuado.
VI. Propender a una única declaración testimonial del niño o niña víctima del delito-

VII. Procurar que los actos evaluativos de obtención de evidencia, periciales y de entrevista testimonial sean llevados a cabo por profesionales especialmente capacitados en abuso sexual infantil o victimología infantil.

VIII. Propiciar la centralización en la toma de decisiones, cuyo liderazgo, a los fines del proceso, debe estar en cabeza del Fiscal, con la asistencia de los equipos profesionales que se designen para colaborar con él.

IX. Las acciones destinadas a contener a la víctima y a recibir su relato deben cumplirse en el menor tiempo posible desde el develamiento del hecho.

Estos principios, se aplican acabadamente por parte de los profesionales psicólogos intervinientes, habiéndose logrado en la práctica, optimizar los resultados.

Así, de Febrero a Septiembre de dos mil dieciséis, de cincuenta y tres Cámaras Gesell[555] fijada sólo en una Fiscalía de Investigación Penal de la provincia y notificadas a la Defensoría de Menores Nº 3 del Ministerio Público de Menores e Incapaces de la Provincia de Jujuy, se logró efectivizar el 80% de las mismas, gracias a la aplicación, por parte de las profesionales psicólogas intervinientes, de este protocolo elaborado hace cuatro años, y que ha sido de suma utilidad para reducir, en alguna medida, la victimización secundaria de NNyA., facilitando la recolección de las pruebas, proveyendo a los niños víctimas un trato particularizado, cuidadoso, atento, acorde a las buenas prácticas.

CONCLUSIÓN

Las políticas públicas deberán hacer la diferencia entre el éxito o el fracaso por parte de los Estados, de todo intento por prevenir y/o reparar el daño causado por el delito hacia NNyA. Para ello deberán poner más énfasis en la prevención del mismo, el cual es sumamente difícil, pero no imposible, ya que invirtiendo en la niñez, en mejorar la calidad de vida de las poblaciones, aumentando su presupuesto en salud, educación y disminuyendo la pobreza y marginalidad, se hará menos sinuoso ese camino de progreso y superación de tan detestable flagelo que carcome las entrañas de las sociedades silenciosamente, cual es la violencia infantil, y que de no ser neutralizada nos depara un futuro inmediato oscuro con muchísimos adultos , que actualmente son los niños que han sufrido distintos tipos de abusos.

Mientras tanto desde el fuero penal se debe seguir trabajando en el sistema mismo, mejorando su funcionamiento para contribuir a los siguientes resultados:

[555] Estadística de Registro de Defensoría de Menores e Incapaces N° 3 del Departamento de Asistencia al Menor (Ministerio Público de Menores e Incapaces de la Provincia de Jujuy).

1) Ubicar al Niño y sus necesidades en el centro del proceso penal.
2) Optimizar los sistemas y procedimientos que permitan a los Niños y Adolescentes ejercer sus derechos y tener acceso a la justicia.
3) Reducción del trauma del Niño víctima, mejorando su bienestar físico y psicológico.
4) Obtener evidencia de alta calidad para el proceso.
5) Obtener un testimonio eficaz de niños y adolescentes en juicio.
6) Alcanzar mayor respeto por la dignidad y privacidad de las víctimas y sus familias.
7) Lograr la adecuada y mejor reparación de los derechos violentados de los niños y adolescentes víctimas de delitos.

Entonces, podemos decir, que los principios y las reglas están presentes. Así como lo resultados a alcanzar, pero se hace necesario un proceso educativo y capacitador de todas las personas que interactúan en el proceso penal, principalmente Abogados Defensores, quienes muchas veces en nombre del Derecho de Defensa, logran herir los más profundos sentimientos y dignidad de las pequeñas y vulnerables víctimas, marcando aún más el surco cavado en su psiquis, debiendo intervenir el Fiscal Penal, como responsable de la investigación, y el Ministerio de Menores e Incapaces, como plus de garantías que la Convención y la Ley provincial N° 5.288 y nacional N° 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, así como los profesionales psicólogos, a los fines de lograr el cumplimiento de este Protocolo y que sus resultados se plasmen en el esclarecimiento de la verdad y en un proceso penal que desemboque en la realización de la justicia.

PROPUESTAS

-Revisar los paradigmas culturales (algunos patriarcales) que coadyuvan a la no visualización del niño víctima y educar a la población a fin de romper con los mismos.

-Capacitación de todos los operadores judiciales, extrajudiciales y de la salud, intervinientes en el proceso penal.

-Colocar al “niño víctima de delito” como tema relevante del VIII Congreso de Niñas, Niños y Adolescentes.

-Concientizar a los Estados Miembros, de implementar políticas públicas que prioricen al niño víctima poniendo como objetivo el tratamiento especial que en su doble condición de víctima y niño le es debida, incluyendo programas de acción social, tratamiento con profesionales psicólogos, su seguimiento, servicios de atención telefónica inmediata a la víctima, grupos de autoayuda para personas violentas y de un sistema de seguridad en la que se brinde protección a los denunciantes, al niño y su familia, articulando los sistemas de justicia y acción social.

-Proponer a los Estados la supervisión y revisión regular de los procedimientos y técnicas empleadas en torno al proceso judicial donde existan NNyA víctimas y realizar las modificaciones y actualizaciones que sean necesarias, propiciando la optimización de la respuesta judicial ante las denuncias de delitos contra ellos, informándoles, que pueden ejercer plenamente su derecho de ser patrocinados por su propio abogado, (además de la participación del Ministerio Público de Menores), pueden convertirse en querellantes en el proceso, reclamar daños y perjuicios, intervenir en los distintos actos procesales, interponer recursos que la ley le confiere, como también propender a evitar la duplicidad de Cámara Gesell en un mismo proceso, propiciando que los operadores psicólogos contesten fundada y acabadamente las preguntas legales planteadas para evitar nuevos pedidos, así como la prohibición expresa de que NNyA, declaren en sede judicial sin la participación de profesionales psicólogos que le den la contención que necesitan en estos casos.

BIBLIOGRAFÍA

- **D'Antonio, Daniel Hugo** "CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO" Editorial Astrea, 2° reimpresión, Buenos Aires Argentina Año 2014.
- **Fernández, Silvia Eugenia** "TRATADO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES", Tomo II, Editorial AbeledoPerrot, Buenos Aires Argentina, Año 2015.
- **Fernández, Silvia Eugenia,** "TRATADO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES", Tomo III, Editorial Abeledo Perro, Buenos Aires Argentina, Año 2015.
- **Lamberti-Sánchez-Viar,"**VIOLENCIA FAMILIAR Y ABUSO SEXUAL", Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, cuarta edición Año 2008.
- **Méndez García Emilio,** "PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES", Segunda Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires Argentina, Año 2006.
- **Nino, Mariano Freedman, Diego, Terragni Martiniano, Berlinerblau Virginia, Kamada Luis Ernesto, Pando María Fátima Sbdar Claudia, Dato Mariana, Garvich Mariela, Gato Emiliano, Sámchez Edgardo Leonardo** "ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑO/AS VÍCTIMAS EN LA ARGENTINA" Fondo de las Naciones Unidas para infancia (UNICEF) buenosaires@unicef.org.ar, www.unicef.org.ar/disponible .
- **Página del Pode judicial de Jujuy,** "ACORDADAS"/ "LEYES "disponible en www.jusiticia.gov.ar.
- **Tejerina, Silvana Inés,** "Informe Inédito", Defensoría de Menores e Incapaces N° 3 Poder Judicial Jujuy.

Ponencia 22 – Comisión 4

Título: Violencia estatal desde la ley, la jurisprudencia y las prácticas institucionales: El caso de los niños y niñas que viven en prisión junto a sus madres en El Salvador.

Autor/es: Alex David Marroquín Martínez

Datos y contacto autor:

Msc. Alex David Marroquín Martínez. Magistrado de la Cámara Especializada de la niñez y Adolescencia, con sede en San Salvador, El Salvador. Máster en Administración de Justicia con énfasis en Relaciones Familiares de la Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica. Capacitador a tiempo parcial de la Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador. Catedrático de la Universidad Capitán General Gerardo Barrios de San Miguel, El Salvador, en materia de familia y niñez y adolescencia. Dirección de correo electrónico: abogadosv@gmail.com Teléfono: (503)79243334.

VIOLENCIA ESTATAL DESDE LA LEY, LA JURISPRUDENCIA Y LAS PRÁCTICAS INSTITUCIONALES: EL CASO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS QUE VIVEN EN PRISIÓN JUNTO A SUS MADRES EN EL SALVADOR.

RESUMEN: La presente ponencia quiere evidenciar la situación de los 149 niños y niñas que, en El Salvador, viven junto a sus madres en las cárceles, producto de una autorización que se plantea desde la Ley Penitenciaria y su reglamento, y que se ha legitimado desde la jurisprudencia constitucional y de las prácticas institucionales. Esta situación se plantea como constitutiva de violencia en contra de la integridad física, mental y moral de dichos niños, y niñas, de su derecho a que tanto el padre como la madre se responsabilicen de ellos, y, en suma, del derecho que tienen a vivir y desarrollarse al amparo de una familia, con independencia de su estructura organizativa. Los argumentos en los que se basa tal afirmación giran alrededor de la idea que esas prácticas nocivas, desnaturalizan el principio del interés superior, siguen amparando la lógica patriarcal en el desempeño de los roles en la dinámica familiar para hombres y mujeres, y, con conocimiento de causa, ubican a los niños y niñas menores de cinco años,

en un escenario totalmente inadecuado para su desarrollo. Por eso la tesis central es que dichas prácticas son una forma de violencia, pues a los niños y niñas menores de cinco años se les pone en situación de riesgo en una etapa fundamental para su vida y desarrollo, como lo es la primera infancia.

1. Realidad de los entornos penitenciarios. *"Las cárceles de El Salvador representan una amenaza para la seguridad de la población interna, así como para los habitantes del país, debido a las inadecuadas condiciones en las que se encuentran, tanto en infraestructura como en la cobertura de los programas dirigidos o enfocados para el tratamiento de las personas privadas de libertad. Los recursos con los que cuenta la Dirección General de Centros Penales para la gestión de las prisiones son insuficientes si consideramos la envergadura de la problemática y los niveles de hacinamiento que los centros penales exhiben en la actualidad"*[556]

Con esa lapidante frase inicia el capítulo dos de laúltima investigación sobre la situación del sistema penitenciario de El Salvador, realizada por la Universidad José Simeón Cañas (UCA), del 15 de enero al 31 de agosto de 2015. De acuerdo con dicho informe, en la última década, la sobrepoblación en las cárceles de nuestro país ha sido una constante. De 8,490 reos, que constituye la capacidad instalada del sistema, al año 2015 se ha pasado a albergar 31,148, lo que constituye un 367 % de aumento. Por cada 100, 000 habitantes se tiene 441 reos, lo que a juicio de dicho estudio constituye una de las tasas más altas del mundo[557].

Evidentemente estas condiciones también han generado graves problemas de hacinamiento, insuficiencia de programas destinados a la resocialización y su cumplimiento, un presupuesto totalmente inadecuado en relación a la demanda de servicios y cobertura que exige ese fenómeno de sobrepoblación, originado por una fuerte lógica punitivista, de visualizar la cárcel, las medidas privativas de libertad, como la mejor y única opción ante el problema de delincuencia.

Esto ha traído como consecuencia que el ideal de la resocialización del sistema penitenciario que establece el Art. 27, inciso 3° de la Constitución, se haya convertido prácticamente en una utopía, tomando en cuenta que, frecuentemente, se ha afirmado que las cárceles en El Salvador se han convertido en *"los últimos años en centros de operación del crimen organizado"*[558], y que coexisten en la institucionalidad penitenciaria

[556]El sistema penitenciario salvadoreño y sus prisiones/ Andrade, Laura y Carrillo, Adilio … [et al.]--1ª ed. -- San Salvador, El Salv.: Instituto Universitario de Opinión Pública (Iudop), 2015. 178 p.: Gráficos, Tablas, cuadros y figuras. (col.); 28 cm. (Talleres gráficos, UCA). Pág. 51.
[557]Ibid, PP. 53
[558]Ibid, PP. 156.

estructuras paralelas de poder y criminalidad, a las cuáles, necesariamente deben enfrentarse todas las personas que ingresan a dicho sistema.

En ese escenario, casi tres mil mujeres se encuentran privadas de libertad. Dicha cantidad se ha alcanzado progresivamente desde el año 2005, cuando eran alrededor de 600, hasta el 2015, y constituyen un 400.8% de incremento[559]. También, hay que agregar, que en ese mismo escenario, conviven con sus madres 149 niños y niñas (79 niñas y 70 niños), lo que, simple y llanamente, significa que todas esas precarias condiciones del sistema penitenciario, y los riesgos que conlleva, también son experimentadas por esos niños y niñas.

Si bien, ha habido un giro importante en la situación de esos niños y niñas, que junto a sus madres han sido trasladados, en un porcentaje importante, para lo que se ha denominado Granja Penitenciaria de Izalco[560], departamento de Sonsonate; la idea marco se mantiene: Sin haber cometido delito, sin proceso, sin haberles preguntado, siguen la suerte de su progenitora que ha sido declarada responsable por comisión de delitos, y aunque se haya tratado de mejorar sus condiciones, lo que es real es que siguen sujetas al régimen penitenciario, con las limitaciones a derechos fundamentales que esa situación conlleva.

2. Las normas locales: Ley Penitenciaria y su reglamento. La Ley Penitenciaria en su Art. 70 inciso 3º reza: "*Las mujeres podrán tener en su compañía a sus hijos menores de cinco años. A tal efecto, en los centros de mujeres se organizará un local destinado a guardería infantil…"* Complementando dicha norma, el Art. 156 del Reglamento de dicha ley, señala que *"Las mujeres que ingresen llevando consigo hijos menores de cinco años, se les destinará a un sector especial"*.

Asimismo, el Art. 249 del mismo reglamento prevé que *"Las internas que fuera del Centro Penitenciario tuvieren hijos menores de cinco años que estén bajo su autoridad parental, podrán solicitar al Equipo Técnico Criminológico del Centro se autorice la permanencia del menor en el Centro, previo estudio de la personalidad de la madre y de la situación familiar del menor, y se resolverá la solicitud de forma razonada. En caso de admitir al menor en el Centro, a su llegada será examinado por el pediatra del mismo, a efecto de determinar el estado de salud de dicho menor, y se procederá a ubicar a ambos en el sector materno infantil del Centro. Cuando el Centro no tuviere sector materno infantil, la interna y su hijo serán ubicados en el Centro más cercano que sí cuente con dicho sector."*

[559]Ibid, PP. 72.
[560]Una nueva estructura penitenciaria puesta en funcionamiento a partir de enero del año 2015, y en donde además de esas madres y su hijos e hijas, se encuentran otros reos en fase de semi libertad.

La conclusión es obvia: Desde la ley se propicia que los niños y niñas de cero hasta antes de los cinco años de edad puedan ingresar junto a sus madres al sistema penitenciario. El argumento en que se funda tal decisión legislativa es el mantenimiento de los lazos familiares de la mujer privada de libertad, la preservación de la unidad familiar, y el derecho de sus hijos e hijas a que su madre se responsabilice de ellos. Además, evocando el Protocolo de San Salvador, justifican, convencionalmente, la legalidad de esa solución o alternativa familiar.

Esto merece ser analizado desde una doble perspectiva, teniendo como marco central la situación actual de las cárceles en el país: Por un lado, en lo que implica el análisis abstracto de la ley y de los supuestos favorecedores de tal posibilidad normativa, y, por otro lado, la realidad del sistema penitenciario, una vez se hace el ingreso.

Desde el primer aspecto, me parece que hay claramente una apuesta legislativa por privilegiar los intereses de la madre adulta; es una forma de bajarle intensidad a las condiciones en que debe cumplirse la pena, y se utiliza al niño o niña, como mecanismo, temporal (sólo hasta los cinco años según la ley) para concretar que la mujer madre logre compensar un tiempo su carestía familiar.

A mi juicio se constituye una especie de fraude en la ley respecto del goce de los derechos de los niños y niñas. El derecho a que el padre y la madre se responsabilicen de sus hijos e hijas, a que se relacionen con ellos, a que les proporcionen todos los recursos económicos, afectivos, de cariño, de protección, de asistencia no es una cuestión temporal, en lo inmediato, sino que es una obligación que la ley ha otorgado e impuesto al padre y a la madre, precisamente, para que sus hijos e hijas alcancen el pleno desarrollo de la personalidad, y está pensada en un periodo de tiempo que implica el logro de la madurez suficiente para poderse valer por sí mismos (18 años).

Me parece que el daño sería mayor, o con repercusiones más negativas, cuando se le permite, en esas condiciones tenerlo por espacio de cinco años, pero luego viene un rompimiento brusco, importante, que termina agravando la situación, pues el cumplimiento del resto de la pena se configurará en un verdadero acto de ausencia en la vida de los niños y niñas. Es fundamental la presencia de la mujer madre en la vida de los niños y niñas, pero no a cualquier precio. Cuestionamos en ese sentido el mecanismo, el escenario donde se quiere posibilitar dicha presencia.

Hay en esa modalidad legislativa una desnaturalización del significado de la responsabilidad parental. El Código de Familia, en su Arts. 206 y siguientes, plantea las reglas que deben observarse en el desarrollo de la función parental, tanto de lo que es la titularidad como su ejercicio. Dicho cuerpo normativo prevé las reglas de excepción al

ejercicio conjunto de la función parental, y de acuerdo al Art. 207 de dicho código, una de dichas excepciones lo constituye el caso de imposibilidad para el ejercicio: Una condena penal sería uno de tales casos.

Sin embargo, en la Ley Penitenciaria y su reglamento, hay una inversión de la excepción dicha. El caso es que la regla, establecida en el Código de Familia, dice que no ejercerá la función parental el padre o madre que esté imposibilitado, pero en la Ley Penitenciaria, la persona que está imposibilitada será la que ejercerá, aunque sea temporalmente, la función parental. Esto además, configura un significado muy restringido del concepto de familia, pues prácticamente lo hace recaer en la idea de tener una madre, olvidando que, modernamente, por familia entendemos una realidad mucho más diversificada, más pluralista, que admite distintas formas de organización, y en la cual no siempre puede haber un padre o una madre.

El ejercicio de la función parental conlleva los aspectos de cuidado, alimentación, educación, orientación y dirección, e implica la toma de decisiones en el día a día, en la cotidianeidad de la vida de los hijos e hijas. Por eso es que el régimen de una mujer privada de libertad la imposibilita para ejercer esas funciones. Hay una restricción evidente.

Ahora bien, eso es distinto a no permitir el contacto directo, la comunicación de esta mujer con sus hijos e hijas, pues la administración penitenciaria debe favorecer esa comunicación, que minimizará los efectos negativos que de por sí, por la responsabilidad de la mujer, se generarán. Además, si bien hay una restricción en el ejercicio de la función parental, no se está eliminando la titularidad de la misma, la cual sólo puede ser desplazada mediante el respectivo proceso de pérdida de la autoridad parental. Por eso es que la regla debe ser buscar alternativas para la mujer privada de libertad, para que, con las restricciones obvias que implica su situación, no tenga un desarraigo familiar tan intenso: Arresto domiciliar, régimen de comunicación flexible, un régimen de semi libertad en esos primeros cinco años, etc. Esta podría ser la solución, el mecanismo mediatizador, ante el planteamiento de un escenario de tensión entre los principios e la CSDN y la CEDAW.

Desde el segundo aspecto, la situación es mucho más delicada. Con los datos que nos da la realidad, es innegable que en El Salvador el sistema penitenciario es inoperante, inefectivo, generador más bien de riesgos, de peligros, para los derechos de los niños y niñas, particularmente en sus derechos de protección y al desarrollo. El abandono estatal del sistema, la falta de recursos, el hacinamiento, la situación descontrolada de

criminalidad en sus recintos, vuelven paradójico el pensar en esos escenarios como mecanismos de desarrollo para los niños y niñas.

Por ello me resulta muy desalentador y extraño que ni de parte del Comité de los Derechos del Niño[561], de las Relatorías de Naciones Unidas para laspersonas privadas de libertad, del sistema interamericano de protección de derechos humanos[562], ni de las organizaciones vinculadas a esas realidades, como UNICEF, hayan habido pronunciamientosmás firmes, categóricos, contundentes, sobre la inidoneidad de los establecimientos penitenciarios para que niños y niñas puedan estar ahí, sobre todo en un periodo de su vida tan fundamental en su desarrollo, como lo es la llamada primera infancia.Más bien parece que el cuestionamiento serio sobre el particular ha venido de las academias, de las universidades[563].

Lo que se ha dicho de parte de esa institucionalidad internacional, configura una suerte de legitimidad de dichas prácticas, de conformidad con el sistema[564], siempre y

[561]En larevisión de losinformes cuarto y quinto de México, el Comité, en el año 2015, parece estar de acuerdo con esas prácticas. En esa ocasión dijo: *"43. El Comité destaca que niñas y niños de hasta seis años de edad puedan permanecer con sus madres en prisión y que el Estado parte esté revisando los lineamientos relacionados con niñas y niños que viven con sus madres en estas condiciones para asegurar sus derechos. Le preocupa, sin embargo, la adopción oportuna de estos lineamientos y las insuficientes alternativas a la detención de las madres.*
44. El Comité recomienda al Estado Parte a que considere todas las posibles alternativas a las medidas y penas privativas de la libertad de las madres. También debe completar la revisión de los lineamientos relacionados con niñas y niños que viven con sus madres en prisión y que los implemente de manera efectiva para asegurar que sus condiciones de vida, incluyendo el acceso a alimentos, salud, higiene y educación, sean los adecuados para el desarrollo físico, mental, moral y social de niñas y niños, y que sean protegidos de todo tipo de violencia.

[562]A pesar de losreclamos, de las advertencias sobre esta situación, no se ha generado, por ejemplo, unaopinión consultiva que proporcione luz a los Estados en estamateria. En el resumen de la 156 periodo de sesiones, de finales de 2015, se dijo sobre el particular: *"También se evidenciaron retos en la protección de la niñez cuando los niños permanecen en la prisión con sus madres. Los solicitantes enfatizaron la invisibilidad de la problemática, la falta de datos oficiales y de estudios sobre la realidad que enfrentan estos niños que permitan el diseño de políticas públicas que integren al sistema judicial, penitenciario y el de protección de la niñez, y que tome en consideración el principio del interés superior del niño*".

[563]En las XII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencias Políticas Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho, realizadas del 14-17 de Noviembre 2012, se planteó, en un artículo denominado "NIÑOS Y MADRES QUE PERMANECEN EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS: ESCENARIOS DE CONFLICTO", de Laura Noemí Lora, lo siguiente: "En los ambientes carcelarios, aunque las mujeres son minoría, es cierto que, la mayoría de las mujeres encarceladas son madres, de manera que encarcelar una mujer puede significar, además de eventuales violaciones a sus derechos, la violación de los derechos de sus hijos, que pueden vivir en la prisión con ella o pueden quedarse 'afuera' y vivir separados de ella. Eso porque, "en el ámbito carcelario, las niñas y niños deben enfrentar las mismas dificultades que sus madres en cuanto al aseguramiento de sus derechos en materia de educación, salud y vínculos con el exterior, pero con un mayor grado de vulnerabilidad

[564]Se ha propiciado debates sobre el tema, pero hay que decir que parecen muy recientes (2010-2011), pero no hay unapostura uniforme que desaconseje su uso, y más bien se establezcan como reglas otras alternativas familiares. Se queda en el nivel de recomendación y ello desde luego genera mucha discrecionalidad de los Estados, que a la larga vulnera el principio de igualdad. Ver. Documento denominado: Convictos colaterales:niños y niñas de progenitores presos. Recomendaciones y buenas prácticasdel Comité de la Naciones Unidassobre los Derechos de la Niñez,en el Día de Debate General 2011, deOliver Robertson; y Reglas de Bangkok, de 2010, específicamente regla 64.

cuando se desarrolle en determinadas condiciones que garanticen el interés superior de los niños y niñas.La pregunta obvia es ¿A ver, si luego de décadas del mantenimiento de esa situación caótica en los centros penitenciarios, particularmente de América Latina, donde esas condiciones nunca han cambiado significativamente, y más bien lo que se ha observado es un progresivo y más intenso deterioro de la realidad de las cárceles, y un futuro nada alentador, dada la vigente y cada vez más fuerte política punitivista, se puede seguir sosteniendo un discurso de tolerancia con estas prácticas, y sólo exigiendo, retóricamente, mejores condiciones para los niños y niñas que viven en las cárceles junto a sus madres?

Me parece que son insostenibles dichos argumentos. Creo que la milenaria e inveterada tradición patriarcal en la asignación de roles socio familiares entre hombres y mujeres sigue permeando fuerte en la dinámica familiar vinculada al cuido, protección, asistencia y desarrollo de los niños y niñas. La responsabilidad más intensa recae, como siempre ha sido, en la madre. Este punto de la responsabilidad penal de la mujer madre nos hace volver al esquema patriarcal; a pesar de la existencia de la CEDAW, a pesar del discurso de derechos humanos muy de moda, en un aspecto muy sensible de la realidad familiar, nos revela aun la fuerza de un modelo que responsabiliza a la mujer madre de las tareas de la realidad doméstica, cotidiana de las familias.

3. Impugnación en sede constitucional: Argumentos de reclamo. Se planteó[565], en sede constitucional, una demanda de inconstitucionalidad de los Arts. 70, inciso 3° de la Ley Penitenciaria, y 156 y 249 de su reglamento. El argumento principal es que violentaban el contenido de los Arts. 34 y 35 de la Constitución, en el sentido que los niños y niñas tienen el derecho a vivir en condiciones familiares, y ambientales que les permitan un desarrollo integral, y para lo cual tendrán la protección del Estado, el cual velará por su salud física, mental y moral y garantizará su derecho a la educación y a la asistencia.

4. Decisión. La Sala de lo Constitucional determinó que los artículos impugnados, de la Ley Penitenciaria y su reglamento, no adolecían de la inconstitucionalidad alegada, y tomó en cuenta, para fundar su decisión, la postura coincidente del Presidente de la República, del Fiscal General de la República, y de la Asamblea Legislativa, sobre las razones que hacían viable y constitucional la permanencia de niños y niñas menores de

[565]Un grupo de universitarios, a requerimiento de su profesor de derecho procesal constitucional, que les había dejado una tarea evaluada, consistente en presentar una demanda de inconstitucionalidad, decidieron hacerlo en cuanto a la Ley Penitenciaria y su reglamento, que favorecía,una vulneración de derechos para los niños y niñas de cero a cinco años. La demanda la presentan en el mes de octubre de dos mil trece, y el día ocho de mayo de ese año, se las admiten e inician el trámite respectivo. Fue resuelta dos años y cuatro meses después, el día veintiocho de septiembre de dos mil quince. La referencia de la sentencia constitucional es Inc. 128-2012

cinco años en el sistema penitenciario junto a sus madres, declaradas responsables penalmente por el cometimiento de delitos.

a) Argumentos del Presidente de la República. El presidente, al corrérsele traslado manifestó que el acto de incorporar a los niños y niñas con su madre, en un centro penitenciario, no era un acto que dependía de ella, ni mucho menos irreflexivo, que había un procedimiento ante el equipo técnico criminológico, que analizaba la personalidad de la madre, su ambiente familiar, y que una vez se aprobaba el ingreso de sus hijos e hijas, lo examinaba un pediatra, y se le ubicaba en el sector materno infantil de la cárcel. Esto, decía era expresión de la potenciación de un derecho supra-fundamental que era para el niño y la niña convivir con la madre. Justificó, asimismo, la importancia de la lactancia materna y la creación de una identidad socio familiar que tenía dicho acto.

b) Argumentos de la Fiscalía General de la República. El Fiscal recordó la importancia de la CSDN en el reconocimiento de derechospara los niños y las niñas, así como el interés superior, que debe ser entendido *"como un término relacional o comunicacional"* que significa que ante conflicto de derechos de igual rango primarán los derechos de los niños y niñas afectados. Señaló la importancia de que estas personas crezcan bajo el amparo y responsabilidad de los padres, rodeados de afecto, seguridad moral y material que les permita en el futuro vivir su vida con madurez.

Agregaba, en su análisis, que diversos estudios psicológicos demostraban que las relaciones familiares y el entorno en que se desarrollaban los niños y niñas contribuían a su desarrollo físico, social, emocional y cognitivo, y que los vínculos afectivos se fortalecían en la primera infancia.

c) Argumentos de la Asamblea Legislativa. Destacaba que los infantes eran vulnerables en esa etapa, y que por ello, buscando minimizar esa situación, se buscaba el contacto con la madre y que ello lograba alcanzar una finalidad doble: Por un lado, que se cumpliera la pena privativa de libertad, y, por otro, que se asegurara la protección y cuidado necesarios que los padres deben dar a sus hijos e hijas. Agregaba que, a menos que no existan razones realmente fuertes para separar a *"los menores"* de sus madres, debe entenderse que no se pueden separar de ellas.

Se fundamentó en la teoría del apego, según la cual la primera relación del infante con su madre no se orienta sólo a la satisfacción de necesidadesbiológicas y alimenticias, sino que le permite el acceso al mundo mediante una relación incondicional de cariño, protección y afecto. Separarlos de su madre generará sentimientos dolor, indefensión, sufrimiento y desarraigo que generarán déficit de atención, trastornos y problemas psicológicos graves.

d) Los argumentos centrales de la decisión. Tres son los argumentos que se evidencian en la decisión de la Sala de lo Constitucional. El primero de ellos está referido ala función resocializadora del tratamiento y el régimen penitenciario. La idea es que se procure superar las situaciones carenciales, económicas, laborales, educativas, que han tenido incidencia en el delito. No obstante ello, es consiente el tribunal constitucional de lo que se denomina sub cultura carcelaria y que las cárceles se terminan constituyendo en instituciones totales, que impone una lógica distinta al ideal resocializador y con ello más bien desocializa al que la sufre.

La población carcelaria sufre el progresivo distanciamiento de su núcleo familiar, además de que el sistema carcelario privilegia una visión androcéntrica, ignorante de las diversas carencias afectivas, emocionales y sociales de las mujeres. Ese desplazamiento familiar y las condiciones de encierro provocan en ellas sentimientos encontrados de angustia, desorientación y otros trastornos afectivos que a la larga afectan su salud mental. Por eso la reintegración social implica necesariamente un proceso de comunicación e interacción entre la cárcel y la sociedad, y es importante, en ese sentido, que la administración penitenciaria solvente esas necesidades de la maternidad.

El segundo argumento está orientado al interés superior de los niños y las niñas. La Sala entiende, recordando el Art. 3.1 de la CSDN, que es un criterio interpretativo decisivo en lo que esa tiene a las decisiones estatales, particularmente restrictivas, en el ejercicio de los derechos fundamentales de estas personas. Este interés debe observarse en el diseño y ejecución de políticas públicas orientadas a dicho sector de población.

Expresa la Sala que el Art. 12 LEPINA es un principio jurídico de aplicación preferente en todas aquellas decisiones que pretendan limitar o incidir en el ejercicio efectivo de los derechos de niños y niñas, y que está fundamentado en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y niñas y la necesidad de procurar el desarrollo de estos, como lo dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión consultiva 17/2002.

Finalmente, la Sala arguye que es un principio ponderativo que permite tomar decisiones ante la existencia de colisiones de derechos, y que en dichos escenarios es preciso hacer un análisis integral delos derechos en juego, y de los que podrían resultar afectados, debiéndose optar por aquella medida que satisfaga o genere la máxima satisfacción de derechos, debiendo atender a la importancia de la situación del niño o niña.

El tercer argumento de la Sala gira alrededor del desarraigo familiar que produce la estancia en prisión, así como al hecho de que las relaciones que se producen entre la

mujer que vive en prisión con su núcleo familiar no se brindan en entorno óptimamente normalizado. De ahí que la Sala evoca el principio XVIII de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, que detalla el derecho de las privadas de libertad a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, con sus parejas y con sus hijos e hijas.

Debido a esa necesidad de evitar el deterioro afectivo, emocional, de la privada de libertad, considera la Sala que el legislador previó, en la Ley Penitenciaria y su reglamento, la posibilidad de que los hijos e hijas de las internas, menores de cinco años, pudieran estar en su compañía en la cárcel, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales que garanticen que ese entorno penitenciario es adecuado para estas personas.

El Estado salvadoreño ha optado por hacer prevalecer la relación madre hijo y adecuar las condiciones de su estancia en la prisión, hasta donde sea posible, a un ambiente semejante a las que corresponde a una vida fuera de la cárcel. Dijo la Sala que no había intereses contrapuestos o colisión de derechos, en este caso, sino más bien había complementariedad desde la óptica de la salvaguarda del vínculo familiar, y donde la madre tiene un rol protagónico en cuanto a la crianza y cuidado del niño.

La única excepción para que esto no se dé, es cuando la permanencia del referido vínculo se presenta nocivo para el normal desarrollo del niño o representa un peligro para su integridad personal, como sucede en los casos de maltrato. Termina la Sala recordando el contenido del principio X de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, que establece que *"(…) En los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz"*.

A raíz de todo ese análisis, muy coincidente con lo afirmado por el Presidente de la República, el Fiscal General y la Asamblea Legislativa, la Sala de lo Constitucional determinó que no existía inconstitucionalidad en las normas de la Ley Penitenciaria y su reglamento cuestionadas.

5. Análisis de la decisión a la luz del principio de interés superior. La argumentación de la Sala de lo Constitucional es contradictoria y revela además un carácter marcadamente eufemístico, desnaturaliza el principio de interés superior y la finalidad del sistema nacional de protección, y favorece la vulneración de los derechos de los niños y niñas a la protección, a su integridad física, mental y moral. A partir de ello, me parece que es viable afirmar que desde el Estado, a través de la ley, de la jurisprudencia y de las prácticas institucionales se genera violencia contra la niñez menor de cinco años.

Se desnaturaliza completamente el principio de interés superior. El análisis de las instituciones requeridas por la Sala, así como sus propios argumentos, si bien, hablan de que dicho principio sirve para realizar una interpretación favorecedora de derechos de los niños y las niñas, y que sirve además para ponderar los conflictos en juego, en realidad están visualizando el principio en sentido inverso. Es la situación de la madre el parámetro fundamental, es partir de su situación concreta, que se analiza la unidad de la familia, su fortalecimiento, los vínculos afectivos, y el desarraigo que produce su responsabilidad penal.

Si la situación fáctica de las cárceles, suficientemente documentada por décadas, evidencia sus precarias condiciones, su falta de infraestructura, su falta de presupuesto, su dificultad para cumplir la finalidad resocializadora, su constitución como institución total que termina condicionando a su lógica desocializadora a las mujeres privadas de libertad, y constituyéndose más bien en un riesgo para ellas mismas, no encuentra sentido el análisis de que los niños y las niñas estarán bien en dichos lugares, ni mucho menos que ello sea en beneficio de su interés superior.

Hay claramente una apuesta reiterada por seguir legitimando la lógica de la asignación de roles y funciones en la relación familiar entre hombres y mujeres, que ha impuesto, en el proceso socializador, el esquema patriarcal. La mujer, en esa idea, es la única que puede ejercer adecuadamente el rol del cuidado de los hijos, la única que puede proporcionar los elementos necesarios para que los niños se desarrollen en forma adecuada. Es tan grave que ese condicionamiento histórico, en el ejercicio de dichos roles, que la tiene que acompañar hasta en la cárcel, pues no existe manera en el mundo de sustituirle y sólo ella lo puede ejercer. El hombre, en cambio, en ese modelo está legitimado para asumir un papel meramente de proveedor.

El análisis del principio de interés superior está descontextualizado, es abstracto, sin ninguna vinculación con la realidad fáctica con la que debe contrastarse: Si hay evidencia empírica de la deshumanización que implica la racionalización, por todos los aspectos involucrados, decir que corresponde al interés superior la permanencia de niños y niñas junto a sus madres en la cárcel, es en realidad ignorar dicho principio, aplicarlo en forma inversa, seguir legitimando la desigualdad en el ejercicio de la función parental.

Es contradictoria la argumentación de la Sala, y del resto de instituciones, pues en el ejercicio de ponderación que pregonan, el resultado no es el que se sostiene en la doctrina y jurisprudencia ordinariamente aceptados, esto es, la idea de garantizar la máxima satisfacción de derechos, y por el mayor tiempo, o la mínima restricción, por el menor tiempo. En realidad, la apuesta es restringir, sin razón, los derechos de los niños y

niñas, pues a pesar de la gravedad y riesgos que representa el sistema penitenciario, se les permite estar ahí, sólo para el efecto de satisfacer la situación de la madre privada de libertad, que es la "única que puede ejercer la función de cuidado, de brindar cariño y protección".

5. Conclusiones. En El Salvador, desde la ley, la jurisprudencia constitucional, y las prácticas institucionales, se ha generado violencia hacia los niños y niñas menores de cinco años. En una etapa fundamental para su vida y desarrollo, como lo es la primera infancia, se les conmina a vivir en la cárcel, la cual está muy lejos de ser un escenario ideal para desarrollarse integralmente.

El principio de interés superior sigue siendo susceptible de interpretaciones discrecionales, sin contenido material real, sin vinculación efectiva con las circunstancias fácticas que plantea la realidad socio familiar, institucional, ignorándose que el actual Art. 12 LEPINA proporciona criterios para valorar en cada caso concreto la toma de decisiones que respeten y favorezcan el ejercicio efectivo de derechos de los niños y las niñas. En realidad en la decisión de que estas personas permanezcan en la cárcel junto a sus madres, lo que prima es el interés, las condiciones, de la madre privada de libertad. Si se pensara en el niño y niña, se buscaran alternativas a la prisión de esta madre en ese periodo de tiempo (primera infancia) como el arresto domiciliar, o en el caso más restrictivo, la posibilidad de salir frecuentemente para concretar lactancia materna, o de permitir un sistema de visitas flexible, en condiciones de tiempo y modo.

6. Propuestas. Para potenciar los derechos de los niños y niñas, en su primera infancia, cuando sus madres han sido declaradas responsables penalmente, es preciso:a) Un rediseño del sistema penitenciario, a nivel legal, estructural y de funcionamiento, que privilegie las medidas alternativas a la prisión de todas aquellas mujeres privadas de libertad, que tengan hijos o hijas menores de cinco años. Dentro de esa medidas, por ejemplo, deben considerarse el arresto domiciliar, un sistema flexible de visitas o salidas de los recintos penitenciarios, para posibilitar el contacto entre madre e hijos.

b) Debe buscarse, en lo inmediato, otras alternativas familiares, dentro de las posibilidades que señala la CSDN, la LEPINA y el Código de Familia, para esos 149 niños y niñas que se encuentran en prisión junto a sus madres. El mecanismo procesal sugerido es la acción de protección por intereses colectivos.

c) Es preciso un protagonismo más contundente y decisivo de los organismos internacionales, encargados de velar por la situación de la niñez, que no legitime la discrecionalidad de los Estados en materia de legislación penitenciaria, de infraestructura, y de modalidades de régimen penitenciario vulneradoras de derechos para niños y niñas

de la primera infancia; sobre todo atendiendo que la realidad de las cárceles en América Latina, y particularmente en Centroamérica, no ha cambiado significativamente en décadas, y que más bien sigue emergiendo como un escenario desocializador.

Ponencia 23 – Comisión 4

Título: Funcion del asesor de menores en casos de violencia

Autor/es: Elizabeth Ornat

Datos y contacto autora:

Asesora de Menores de Incapaces de la Ciudad de Mendoza, Argentina.

Magister en Magistratura y Gestión Judicial

Especialista en Magistratura y Gestión Judicial

Especialista en Docencia Universitaria

Diplomada en Derecho Civil y Comercial

Profesora de Derecho Civil Parte General

eornat@hotmail.com

FUNCION DEL ASESOR DE MENORES EN CASOS DE VIOLENCIA

I.- INTRODUCCIÓN.

La violencia que se encuentra instaurada en nuestra sociedad y que no deja de sorprendernos con casos aberrantes y dolorosos nos interpela a todos los ciudadanos y, especialmente a quienes trabajamos en áreas relacionadas con esta problemática, por la búsqueda de soluciones.

Las investigaciones sobre violencia doméstica señalan el grave daño psicológico que sufren los niños inmersos en dichas situaciones y alertan sobre el riesgo a su vida y su salud al que están expuestos ya sean que los golpes o malos tratos se dirijan directamente hacia ellos o sean testigos de situaciones referidas a algún miembro de su familia, especialmente en los ataques hacia sus madres. Aunque la violencia no vaya dirigida específicamente a las hijas e hijos les causa sufrimiento, perjuicios en su salud, bienestar y

desarrollo. Un padre que ejerce violencia contra la madre de sus hijos no los está cuidando, los está dañando.

Entiendo que el Asesor de Personas Menores de Edad o con Capacidad Restringida, en la ciudad de Mendoza, Argentina, se encuentra dotado de facultades que lo convierten en una pieza muy importante para evitar o impedir la prolongación de situaciones de violencia que dañen a las personas por las cuales actúa.

Esta figura, integra el Ministerio Público encargado de la defensa de las personas menores de edad o incapaces que preveía el art. 59 del Código Civil de la Nación –Ministerio Publico Pupilar- y ha ido adquiriendo mayor importancia, especialmente en las últimas décadas debido a la consideración de la necesidad de brindar una mayor protección a las personas más vulnerables y por el respeto de sus derechos fundamentales. Esta revalorización registra su último peldaño con la configuración que le confiere el Código Civil y Comercial de la Nación y puede preverse que su protagonismo irá incrementándose en la medida que aumente voluntad social por brindar mayor protección jurídica a aquellas personas que son consideradas más débiles por sus aptitudes personales y se aprecie la necesidad de no vulnerar los derechos que se derivan del reconocimiento de la dignidad de todas las personas humanas.
En efecto, el primer artículo del nuevo código que –como uno de sus propios redactores sostienen-, *es la base de todo el sistema*[566], expresamente incorpora como fuente del derecho a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos.

El propósito de la presente ponencia es destacar la importancia del Asesor de Personas Menores de Edad o con Capacidad Restringida cuando un niño o adolescente se encuentra inmerso en una situación de violencia, ya sea que el mismo sea víctima en forma directa o presencial de las agresiones, lo que le resulta tan perjudicial como en el primer caso aunque los golpes o los insultos no se dirijan a él sino a algún miembro de su grupo conviviente.

Además, el Asesor no sólo juega un rol fundamental para el menor de edad en tanto trata de sustraerlo de esa situación sino que, con el objetivo de fortalecer el vínculo con sus padres o guardadores procurando el interés del niño, muchas veces toma medidas que redundan en beneficio de los adultos que asumen su cuidado. Tal es el caso, cuando solicita que estos últimos realicen tratamiento psíquico o sean incluidos en algún programa de atención a víctimas.

---

[566] Lorenzetti; Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti; T I; p. 27; Ed. Rubinzal Culzoni; Santa Fe; 2.014.

Asimismo, propongo a quienes desempeñan esta función que tomen una actitud activa y sugiero algunas funciones o formas de proceder que se encuentran fundadas en la legislación vigente de esta jurisdicción y que resultan útiles para proteger a los niños de este flagelo que los acecha.

A su vez, el estudio abarca cualquier situación de violencia, ya sea esta doméstica u de otra índole y ya sea que el problema se presente en una causa judicial o fuera de ella, ya que, como se verá más adelante, estos magistrados llegan con sus competencias a todos los ámbitos.

II.- EL ASESOR DE PERSONAS MENORES DE EDAD O CON CAPACIDAD RESTRINGIDA.

La Constitución de la Nación Argentina, en la Segunda Parte, estructura las autoridades de la Nación, y, dentro de ellas, en el Capítulo referido al Poder Judicial prevé el Ministerio Público.

En su Artículo 120 dice que *"El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado or un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones."*

El Procurador es el jefe del Ministerio Público Fiscal y su función es ejercer la acción penal pública y fijar políticas de persecución penal y está reglamentado por la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, N° 27.148.

Por su parte, el Defensor General de la Nación es la máxima autoridad del Ministerio Público de la Defensa, previsto por la Ley N° 27.149 que le asigna como misión la Defensa de personas en situación de vulnerabilidad, ejercida por los Defensores Públicos y Defensores Públicos de Menores e Incapaces.

La función de estos últimos es la protección integral de niños, niñas y adolescentes y personas respecto de quienes haya recaído sentencia en el marco de un proceso referente al ejercicio de la capacidad jurídica o de implementación de apoyos y salvaguardias.

Un sistema similar se replica en la Provincia de Mendoza pero lo nombra como Asesor de Menores e Incapaces. Como esta denominación no resulta adecuada a la normativa nacional e internacional referida al tema, en este trabajo me referiré a él como Asesor de Personas Menores de Edad o con Capacidad Restringida, que es la que estimo adecuada.

El día quince de noviembre de 2.016, la Provincia de Mendoza dictó la Ley de Ministerio de Defensa y Pupilar, que en su artículo dieciséis les confiere la denominación de Asesores de Personas Menores e Incapaces.

III.- ATRIBUCIONES DEL ASESOR.

Las leyes citadas y otras más le confieren a este magistrado una serie de obligaciones y facultades pero la norma fundamental que lo delimita es el art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, sancionado en octubre de 2.014 y que entró en vigencia el uno de agosto de 2.015.

Este Código, en el Titulo I, referido a la Persona Humana, Capítulo 10, sección 1, referido a la representación y asistencia de la misma dispone que:. Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí. (ARTICULO 100); Son representantes: a) de las personas por nacer, sus padres; b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe; c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre (ARTICULO 101); Las personas con capacidad restringida y las inhabilitadas son asistidas por los apoyos designados en la sentencia respectiva y en otras leyes especiales. (ARTICULO 102)

ARTICULO 103.- Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.
a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. b) Es principal: i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los

representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

a) Intervención conjunta con los representantes legales

En el ámbito judicial debe intervenir en forma conjunta con los representantes legales: padres, tutores o curadores. Su función entonces es de control y deberá suplir la defensa defectuosa hecha por los representantes o complementarla en la forma que considere más adecuada.

b) Intervención Directa en el ámbito judicial

En estos casos, el Ministerio Pupilar debe asumir la intervención principal o autónoma ya que los representantes legales (padres, tutores, guardadores, curadores o apoyos con facultad representativa) no amparan los derechos de las personas o los bienes del representado, por inacción, exceso o defecto de la intervención. Su función entonces es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; alimentos a los progenitores; daños y remoción del tutor o curador. Cuando carecen de representante legal, deben solicitar la urgente designación al juez [567]

Debe exigir a los representantes de las personas con capacidad restringida y los curadores cumplan con los stándares internacionales de derechos humanos y el régimen legal previsto.

c) Intervención Directa en el ámbito extrajudicial

El Código reconoce explícitamente la posibilidad de que el Ministerio Público actúe extrajudicialmente cuando haya ausencia, carencia o inacción de los representantes legales y se encuentren comprometidos derechos sociales; económicos o culturales de personas menores de edad, incapaces o con capacidad restringida.

Se considera que estos derechos –alimentación; vivienda; salud; agua y saneamiento; seguridad social- requieren una mayor inversión por parte del Estado, mientras que en los civiles y políticos, en general basta con que el Estado de abstenga de realizar alguna acción.

[567] Angeles Burundarena, en Cód. Civ. y Com. De la Nación, dirigido por Lorenzetti; t. TI, p 456.

IV.- IMPORTANCIA DE SU ACTUACIÓN

Como se dijo al inicio, el primer artículo del nuevo código que –como uno de sus propios redactores expresa-, *es la base de todo el sistema*[568], expresamente incorpora como fuente del derecho a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos. Este llamado bloque de constitucionalidad es fuente directa –a través de las normas que rigen las relaciones jurídicas- e indirecta ya que incorpora los principios generales de este sistema que han adquirido una función de integración de las normas y de control axiológico. Entre los principios que sigue esta el de dar una mayor protección a las personas consideradas más débiles y su acceso a la Justicia de una manera efectiva y eficaz.

Una aplicación clara de lo dicho se advierte en la regulación integral de los derechos de la personalidad y la enfatización del concepto de dignidad de la persona humana (art. 51 y 52), así como en la tutela diferenciada de las personas vulnerables, entre los que se encuentran los niños y las personas con capacidades diferentes.

El Asesor de Personas Menores de Edad o con Capacidad Restringida se erige, entonces como una pieza clave para garantizar el respeto por esos derechos fundamentales.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia argentina reiteradamente cuando ha destacado la intervención del Ministerio Pupilar como parte esencial en los procesos judiciales para garantizar la defensa de los derechos y los niños y de las personas con discapacidad. En este sentido, recientemente el Superior Tribunal de la Provincia de Buenos Aires consideró la intervención del Asesor de Menores como *derivada de la necesidad de garantizar condiciones de igualdad en el acceso de sus derechos a través de la atención especializada del Asesor de Menores (v. en su correlato el art. 706, 2º párr. en su mención al modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables).*[569]

Vale señalar la opinión el Máximo Tribunal de la Provincia de Mendoza sobre la actitud comprometida que se espera de los jueces, criterio que entiendo, también se extiende a los Asesores. La Corte dijo que cuando se advierten comprometidos derechos fundamentales de niños involucrados en la causa, como seres más vulnerables del conflicto, el Poder Judicial se erige no sólo en garante de tales derechos, sino en partícipe activo en la protección de los mismos. Los jueces no pueden cerrar los ojos ante la realidad y mirar para otro lado cuando se les exhibe una afectación significativa de los derechos de los niños entrampados en una problemática familiar compleja, por lo que

---

[568] Lorenzetti; Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti; T I; p. 27; Ed. Rubinzal Culzoni; Santa Fe; 2.014.

[569] CSJBA, Expte. Nº 117.505, "M., M. N. d. C. y otros contra 17 de Agosto S.A. y otro. Daños y perjuicios". La Plata, 22 de abril de 2015.

deben desempeñar un rol activo y comprometido en la causa. Téngase presente que el art. 2°, in fine, de la **ley 26.061**, establece enfáticamente que los derechos y garantías consagrados en esa normativa son de "orden público", "irrenunciables" e "intransigibles". En consecuencia, claro está que es un deber que asiste a la judicatura de intervenir de oficio en este tipo de cuestiones. Aún cuando ello no haya sido solicitado por las partes, o no haya sido objeto de debate en las instancias inferiores, la naturaleza de los derechos en juego, imponen a este Tribunal la adopción de las medidas que estime necesarias. [570]

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisamente en referencia a la necesidad de actuación del Asesor de Menores y el alcance en su determinación, "reitera que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas en el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. El tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor..." [571]

V.- DERECHO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA.

En Argentina podemos citar como normas tendientes a garantizar este derecho fundamental –en forma escueta para no exceder el objeto del presente trabajo- las que se enuncian a continuación.

a) CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER "CONVENCION DE BELEM DO PARA"

Artículo 1

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

---

[570] Expte.: 104405 - G.R., S.A.L. P.S.H.M. V.S.G.R. EN J° 510/10/6F/35.838 DYNAF SOLICITA MEDIDA CONEXA S/ INC; 08/04/2014.

[571] "Caso Furlan y Familiares vs. Argentina", sent. del 31 de agosto de 2012

Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

b) **CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.**

Articulo 1

A los efectos de la presente convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

c) CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Artículo 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. Esas medidas de protección deberían 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.

d) LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES; Nº 26.061

Articulo 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.

Articulo 9° — DERECHO A LA DIGNIDAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

e)LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LOS ÁMBITOS EN QUE DESARROLLEN SUS RELACIONES INTERPERSONALES, Nº 26.485

Articulo 4º — Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

f) PROTECCION CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR, Nº 24.417

ARTICULO 1º — Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho.

ARTICULO 2º — Cuando los damnifica dos fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el

ministerio público. También estarán obligados a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor. El menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al ministerio público.

Además, la doctrina y la jurisprudencia ha sentado los siguientes criterios:

- **En los casos de víctimas de violencia, éstas deben gozar de una consideración y atención especial por parte del Estado**. [572]
- La violencia domestica y la violencia de genero, se caracterizan por presentar a un sujeto activo varón que aparece ejerciendo todo su poder en relación a una víctima que convive con él, en una relación convivencial que tiene por víctima a una mujer, a la que intimida y trata con violencia, en virtud de la relación vital en que se halla. [573]
- **La violencia de genero y domestica ha merecido especial amparo a nivel supranacional** a través de la "convención interamericana para prevenir y sancionar la violencia contra de la mujer" ; ley para protección integral de la mujer, prevenir y [574]erradicar la violencia contra la mujer en los ámbitos donde desarrollen sus relaciones interpersonales. [575]

---

[572] Expte.: 109029 - FISCAL C/COSTA WEINERT, PETER P/ABUSO SEXUAL AGRAVADO REITERADO S/CASACION; 26/05/2014 - SUPREMA CORTE DE MENDOZA- SALA N° 2ón: LS466-118

[573]Expte.: 105001 - FISCAL C/MARAVILLA, JULIO ALBERTO; VIDELA, ROSANA PETRONA POR ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR LA GUARDA Y POR LA CONVIVENCIA REITERADO EN CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR LA GUARDA Y POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE REITERFecha: 30/08/2012 - SENTENCIATribunal: SUPREMA CORTE - LS442-014

[574] Expte.: 105001 - FISCAL C/MARAVILLA, JULIO ALBERTO; VIDELA, ROSANA PETRONA POR ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR LA GUARDA Y POR LA CONVIVENCIA REITERADO EN CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR LA GUARDA Y POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE REITER; 30/08/2012: SUPREMA CORTE - SALA N° 2: LS442-014

[575] Expte.: 105001 - FISCAL C/MARAVILLA, JULIO ALBERTO; VIDELA, ROSANA PETRONA POR ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR LA GUARDA Y POR LA CONVIVENCIA REITERADO EN CONCURSO REAL CON ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR LA GUARDA Y POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE REITER 30/08/2012 SUPREMA CORTE - SALA N° 2 LS442-014

- **Una de las principales características de la violencia doméstica y violencia de género, es el tiempo de victimización,** porque a diferencia de otros delitos, aquí la víctima sufre reiterados comportamientos agresivos, una violencia cada día más agravada, con mayor riesgo, caracterizada por su duración, multiplicidad y aumento de gravedad. [576]
- *"…. **Precisamente, por ser conscientes de que las mujeres parejas tienen un vínculo emocional con los hombres con los que conviven. De ahí que consideran perfectamente que el conseguir emanciparse de esta persona es un proceso".***: "*Precisamente por la comprensión de que este proceso es lento y gradual y sobre todo, debe ser emprendido por la propia mujer, es por lo que numerosas mujeres que trabajan en la práctica con mujeres víctimas de malos tratos no han sido nunca especialmente partidarias de que el sistema penal intervenga" [577]*
- *Por ello, la responsabilidad puede faltar también porque, pese a la adecuada recepción de la motivación, el sujeto se encuentre en el momento del hecho en unas condiciones psíquicas que obstaculicen la normal eficacia determinante de aquella, sea por razones personales (…) o situacionales (causas de no exigibilidad), o por la posible concurrencia de ambas (…). Todo ello redunda en una inferior capacidad del sujeto para cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente...[578]*
- ***La violencia psíquica aparece inevitablemente siempre que hay otro tipo de violencia** … Supone amenazas, insultos, humillaciones, desprecio hacia la propia mujer, desvalorizando su trabajo, sus opiniones... Implica una manipulación en la que incluso la indiferencia o el silencio provocan en ella sentimientos de culpa e indefensión, incrementando el control y la dominación del agresor sobre la víctima, que es el objetivo último de la violencia de género"* [579]
- **El ciclo de la violencia –acumulación de la tensión, desahogo de la misma, luna de miel- y se explica en torno a la fase denominada "Luna de Miel",** que: "*En la tercera fase, denominada de "Luna de Miel" o Arrepentimiento, el agresor pide*

---

[577] (Larrauri, Elena, "Mujeres y Sistema Penal. Violencia doméstica. B de F. Buenos Aires. 2008. Pág. 246 y sgte.).

[579] García Hernández, Concha, "Violencia de Género", Psicoterapeutas.com, www.psicoterapeutas.com/violencia_de_genero.html.

disculpas a la víctima, le hace regalos y trata de mostrar su arrepentimiento. Esta fase va reduciéndose con el tiempo, siendo cada vez más breve y llegando a desaparecer". Se concluye, afirmando: "*Este ciclo, en el que al castigo (agresión) le sigue la expresión de arrepentimiento que mantiene la ilusión del cambio, puede ayudar a explicar la continuidad de la relación por parte de la mujer en los primeros momentos de la misma*" [580]

IV.- COLOFÓN.

Entiendo que, en el marco de una situación de violencia en la que se vea envuelto un menor de edad o una persona con capacidad restringida, se pueden presentar las siguientes situaciones:

1.- Si se encuentra debidamente resguardado por los cuidados y representación de las personas legalmente obligadas, el Asesor deberá controlar que esa función sea desempeñada correctamente y denunciar si advierte descuido, inoperancia o conflicto de intereses.

2.- Si la persona encargada de la protección del menor de edad o persona con capacidad restringida es el agresor o se encuentra envuelto en una situación de violencia, como víctima de la misma de manera que le impida arbitrar los medios necesarios para garantizar la integridad psicofísica de su tutelado, la figura del Asesor adquiere una especial relevancia porque es el encargado de impulsar las acciones judiciales o de otra índole que sean necesarias para proteger a esta persona.

Así, podrá.

a) Instar la acción penal en los casos que sea necesario y en el proceso penal podrá incorporar prueba y plantear todos los recursos propios de su calidad del parte del proceso.
b) Denunciar la situación a los organismos administrativos encargados de prestar asistencia a la persona y hacer el seguimiento del cumplimiento efectivo de las mismas.
c) Pedir medidas judiciales de protección como exclusión del hogar o prohibición de acercamiento. Una vez dictadas estas medidas puede realizar un seguimiento a fin de constatar que se cumplan.

[580] García Hernández, Concha, "Violencia de Género", ídem

d) Si la medida no se cumple, puede realizar la denuncia penal por incumplimiento de una orden judicial.
e) Si queda demostrado que la persona encargada del cuidado del menor de edad o persona con capacidad restringida no son aptos para hacer cumplir la orden judicial, deberá iniciar las acciones civiles tendientes a reemplazar a esta persona y nombrar a otro que sea idóneo.

En consecuencia, estimo que debe destacarse la función que le cabe al Asesor de Personas Menores de Edad o con Capacidad Restringida cuando un niño o adolescente se encuentra inmerso en una situación de violencia, de cualquier tipo y ya sea que el mismo sea víctima en forma directa o se encuentre en un ambiente de violencia que lo ponga en peligro psicofísico ya que su intervención resulta fundamental cuando las personas responsables de su cuidado son sus victimarios o padecen también la violencia, de manera que su voluntad se encuentra disminuida y, en consecuencia, no pueden protegerlos debidamente.

Además, su accionar puede redundar en beneficio de estos adultos en la medida en que la mejoría de la situación de los niños dependa del fortalecimiento del vínculo con los mismos.

Por último, cabe exhortar a quienes desempeñan esta tarea a adoptar una actitud de alerta y compromiso con la problemática de la violencia.

Ponencia 24 – Comisión 4

Título: Procedimientos ante la Violencia en

Juicios de Familia

Autor/es: Adriana B. Rodríguez

Contacto:

Domicilio: Granaderos n° 21. Ciudad de Mendoza. (5500). Argentina

E-mail: adrianabrodriguez@jus.mendoza.gov.ar

PROCESOS JUDICIALES DE FAMILIA EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA

En Mendoza y en varias provincias argentinas, se está trabajando sobre reformas legislativas de índole procesal a fin adecuar las normas de fondo con las normas adjetivas teniendo en vista el nuevo CCyC (año 2015), protección integral a las mujeres (ley 26.485) y la ley 26061 (ley de protección integral) y sus decretos reglamentarios.

Más allá de la diferenciación de competencia propuestas (jueces de familia por un lado y jueces de violencia familiar por otro) lo cierto es que existiendo pautas de violencia en el entorno familiar y afectivo, y determinados diversos grados de vulnerabilidad en las víctimas mayores o menores de edad, luego de la denuncia se despachan medidas de protección en el marco de un procedimiento abreviado como autosatisfactivas.

Sin embargo, con posterioridad a las medidas de protección, los jueces deben pronunciarse sobre acciones de índole civil vinculados a los efectos del desmembramiento del grupo familiar respecto de los adultos o de los hijos menores de edad.

Que por aplicación de leyes de violencia (locales y nacionales) se han generalizado protocolos de actuación que limitan la posibilidad de que victima y victimario sean citados, convocados o reunidos en un mismo espacio (judicial) para tratar soluciones acordadas ante el Juez “indicándose que las audiencias deben realizarse por separado” – cuando los abogados no han logrado acercar las pretensiones entre las partes en un

conflicto que los involucre a ellos o sus hijos - generándose con ello situaciones de distinta índole (edilicios, procesales, económicos, revictimización, etc,) que trasuntan en: aumento significativo del conflicto, neutralización de acuerdos en pos de los hijos, dificultades de los adultos para posicionarse como padre o madre, dificultades para garantizar el goce o atribución de la vivienda familiar, etc. Sin embargo, las reformas planteadas, promueven más audiencias de conciliación, preliminares, etc. con la finalidad de resolver el conflicto respectivo (cuidado personal, alimentos, régimen de comunicación, atribución de la vivienda, etc.).

Los jueces en tales casos se encuentran ante un obstáculo concreto, cuando son las mismas personas que han sido víctima de violencia quienes solicitan las conciliaciones, y las instituciones que se ocupan del acompañamiento de la mujer ante situaciones de violencia se oponen a dichos procedimientos y plantean la imposibilidad de acuerdos válidos, lo que genera no pocas tensiones.

El contexto descripto me ha provocado interrogantes en el ejercicio de mi función jurisdiccional y fundamentalmente ¿cómo garantizar a mujeres y niños una vida libre de violencia cuando los dispositivos procesales mismos parecieran presentar algunas discrepancias o contradicciones internas y a la vez cómo trabajar las prácticas desde la función judicial para no incumplir con la manda constitucional (art. 75 inc. 22 CN)?

Al respecto indagué por posibles respuestas, y encontré al menos tres. La primera está dada por el Derecho Convencional Internacional (*Convención Belén Do Pará, la CEDAW y CIDN*); la segunda la encontré en el corpus iuris que analiza la Dra. Graciela Medina[581] en un artículo publicado en el año en curso donde además de poner en valor la importancia de la jurisprudencia internacional que condena la violencia contra las mujeres y su obligatoriedad para los jueces nacionales[582], analiza casos que tuvieron pronunciamiento de la CIDH[583] y del Comité para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer en el marco de la CEDAW[584]; y la tercera en normativa nacional, art. 52 del nuevo Código Civil y Comercial (2015).

---

[581] Medina, Graciela. El valor de la jurisprudencia internacional para evitar la violencia contra la mujer. Decisiones de la ONU, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos.. LA LEY 06/05/2016. **Cita Online:** AR/DOC/1313/2016.

[582] La Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Giroldi" (Fallos: 318:514).

[583] Informe N° 54/01, Caso 12.051 Maria Da Penha Maia Fernandes, Brasil 16 de abril de 2001

[584] CEDAW c/58/d/47/2012. Caso. Angela Gonzalez Carreño c/España.

II.- LINEAMIENTOS PARA OPERADORES JURDÍDICOS: DERECHO CONVENCIONAL INTERNACIONAL, DOCTRINA CSJN Y CCYC

a.- Haciendo un breve recorrido por los instrumentos internacionales que orientan a los operadores jurídicos en materia de violencia contra los sujetos vulnerables como mujeres y niños, se tendrán especialmente en consideración los arts. 2, 3, 5 y 19 de la CEDAW, art. 7 de la Convención de Belén do Pará y arts. 8, 18 y 19 de la Convención Internacional de derechos del Niño.

b.- En el marco del Sistema de Protección Interamericano de Derechos Humanos a través de distintas sentencias la CIDH se ha pronunciado interpretando los Convención Americana y otros tratados de Derechos Humanos, condenando a los Estados Partes que no han respetado las normas de los referido Tratados.

Es de resaltar que la CSJN ha sostenido la obligatoriedad de las decisiones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben servir de guía en el control de convencionalidad, aun cuando la Argentina no sea parte. Ello ha sido establecido a partir del caso "Giroldi" (Fallos: 318:514) y en consonancia con ello el artículo 68.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, expresa:los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. Si un Estado no es parte, la jurisprudencia de la CIDH constituye una "insoslayable" o "imprescindible" pauta de interpretación.

Por lo tanto, el fallo dictado en el caso María Da Pehna ya citado es aplicable en nuestra jurisdicción y del mismo puede extraerse:

- los gobiernos deben entender que la violencia acaecida en el ámbito privado pasa a ser un ilícito público porque se discrimina a la mujer cuando se la tolera implícitamente
- los órganos estaduales deben comprender que violan la Convención de Belém do Pará , no solo cuando no toman medidas para evitar la violencia de género, si no también si estas no son eficientes para luchar contra la violencia integral contra la mujer
- la inefectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de Discriminación Contra la Mujer en el caso Carreño c. España definió el criterio de análisis: "si las autoridades aplicaron principios de debida diligencia y tomaron medidas razonables con miras a proteger a la Sra. Carreño y su hija de posibles riesgos en una situación de violencia doméstica continuada".

Y bajo ese criterio consideró que:

- en asuntos relativos a la custodia de los hijos y a los derechos de visita el interés superior del niño debe ser una consideración esencial, y que cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica.
- la decisión de permitir las visitas no vigiladas fue tomada sin las necesarias salvaguardas y sin tener en consideración el esquema de violencia doméstica que caracterizó las relaciones familiares durante años.
- consideró que España había violentado la Convención porque no defendió la igualdad del hombre y de la mujer sino que benefició al padre en el régimen de visitas sin tener en cuenta el contexto de violencia doméstica. Por lo tanto formuló al Estado español las siguientes recomendaciones:
  - Otorgar a la Carreño una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos
  - Llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección de la Sra. Carreño y de su hija
  - Tomar medidas adecuadas y efectivas para: a) que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y de visita relativos a los hijos, y b) para que el ejercicio de los derechos de visita o de custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos.

b.- Art. 52 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (texto 2015)

Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Titulo V, Capítulo I.

El art. 52 del CCyC introduce la posibilidad de reclamos por prevención o reparación de los daños sufridos[585], y entiendo que ello habilita también a las víctimas de violencia a demandar no solo a su agresor por los daños sufridos, sino también a los operadores judiciales o administrativos que con su accionar inadecuado hayan afectado la dignidad de las víctimas de violencia ya sea por acción u omisión.

APLICACIÓN DE LOS LINEAMIENTOS EN PROCEDIMIENTOS Y PRÁCTICAS JUDICIALES (… Y SUS REFOMAS)

Resultando entonces aplicable toda la Jurisprudencia de la CIDH en materia de Violencia contra las Mujeres y en relación a niños, y en el entendimiento de que es compromiso del Estado Argentino erradicar los patrones socioculturales que promueven la violencia de género y de las niñas, niños y adolescentes en el marco de sus relaciones familiares, se

[585] Comentario Art. 52 CCyC. "Toda afectación a la dignidad, en la medida que reúna los requisitos de la responsabilidad civil, podrá ser objeto de prevención y reparación, conforme a lo dispuesto en el Capítulo 1, Título V, Libro Tercero, que regula todo lo relativo a esta responsabilidad por danos. Es decir, el titular del derecho lesionado tiene derecho a accionar para reclamar la prevención o la reparación de los daños. El artículo en análisis contempla expresamente la posibilidad de motorizar mecanismos judiciales de prevención o de tutela inhibitoria del daño futuro y previsible en relación a derechos personalísimos. Esto es importante porque en este ámbito el resarcimiento o indemnización nunca logra reparar el perjuicio y no existe reparación en especie. Por último, cabe destacar que el art. 1738 en consonancia con el art. 52, prevé que la "*indemnización (…) Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida"*. Codigo Civil y Comercial de la Nación Comentado. Marisa Herrera, Gustavo Caramelo. Martín Picasso. Edit INFOJUS Sistema Argentino de Información Jurídica, pag. 131.

convierte en un deber jurídico revisar e interpretar los procedimientos judiciales (y sus reformas) asi como aquellas prácticas que constituyan un obstáculo para el cumplimiento efectivo de los instrumentos internacionales y las sentencias y recomendaciones de los organismos internacionales a los Estados.

Es por ello que propongo como **PONENCIA**

> ***"Los procedimientos judiciales deben considerar en sus reformas legales y sus prácticas, dispositivos que permitan detectar o advertir la existencia de pautas de violencia entre las partes del respectivo proceso familiar que se encuentre tramitando, exista o no plan de parentalidad, para cumplir con lo dispuesto en el art. 7 de la Convención Belén Do Pará, arts. 2, 3, 5 y 19 de la CEDAW y arts. 8,18 y 19 de la CIDN y así garantizar la efectividad de los derechos humanos de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad en contextos de violencia".***

Con el afán de identificar estos dispositivos, entiendo que;

a.- independientemente del tipo de proceso familiar de que se trate, además de las oportunidades de audiencias de conciliación o preliminares que pueden llevarse a cabo y donde pudieran detectarse la existencia de pautas de violencia, la instrumentación del procedimiento debería estar precedido por formularios, declaraciones juradas o códigos que permitan advertir a los operadores jurídicos administrativos o judiciales de que existe alguna pauta de violencia instalada, de modo que sin violar la intimidad o privacidad de las partes, el juez, mediador, consejero o asesor o defensor de menores, pueda realizar hacer el abordaje integral de la situación teniendo en cuenta el contexto de violencia, y de este modo garantizar la efectividad de la intervención estatal en el marco del cumplimiento de los pactos internacionales y así efectivizar los derechos de mujeres y niñas, niños y adolescentes.

b.- sin perjuicio de que el abordaje en situaciones de violencia de género la regla consista en la atención por separado de víctima y de victimario en los procedimientos judiciales, en algunos casos como son los que involucran plan de parentalidad (cuidado personal, régimen de comunicación, alimentos, atribución de vivienda), guardas y autorizaciones de salida del país u otras referidas a la organización familiar, y cuando de las constancias de los expedientes surgiere que ambos reúnen condiciones para arribar a soluciones

acordadas y/o las características del caso lo requiere, el juez podrá por vía de excepción convocar a las partes a una audiencia común con patrocinio letrado.

c.- promover a través de las distintas organizaciones u oficinas de la institución judicial (ej. OVD (Oficina de Violencia Doméstica CSJN; Dirección de la Mujer, Oficinas de Derechos Humanos, etc.) mecanismos que permitan enlazar a través de tecnologías apropiadas la información en relación a casos vinculados con violencia familiar o de género en los que existan ordenadas medidas de protección del juez de familia o de violencia y aquellos en los se encuentra iniciada la acción penal por hechos de violencia – aún cuando la denuncia fue levantada o discontinuada por la víctima- , y generar bases de datos con acceso a los jueces que intervienen en las causas, con una finalidad preventiva.

Ponencia 25 – Comisión 4

Título: Abuso sexual contra menores. Cómputo diferenciado de la prescripción penal. Retroactividad de la ley penal más benigna para las víctimas.

Autor/es: Raquel Martinez

Contacto:

AUTORA: MARÍA RAQUEL MARTÍNEZ

Dirección: Tycho Brahe N° 5529, Villa Belgrano, Córdoba, CP 5021 (dato no público)

Tel: 351 - 7480031 (dato no público)

Email: tuque2711@gmail.com

mrmartinez@justiciacordoba.gob.ar

IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL

RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS BENIGNA

"Mis brazos siguen siendo del mismo tamaño de hace más de veinticinco años,

delgados y frágiles" (Diego Fernández)

SÍNTESIS

En diciembre de 2015, la ley penal argentina admitió el cómputo diferenciado de las acciones penales que surgen del delito de **Abuso Sexual Infantil,** entendiendo que la prescripción, en estos casos, operaba no como una garantía para la seguridad jurídica sino con el efecto contrario, esto es, el de asegurar la impunidad para los agresores sexuales de niñ@s.

De este modo se instaló un importante avance en cuanto a la protección de los derechos humanos fundamentales de las mujeres, y se colocó al Estado argentino en una situación jurídica de excelencia, honrando los compromisos internacionales que le exigen actuar diligentemente estableciendo lo necesario para lograr la prevención, investigación, integral reparación y adecuada protección a las víctimas de la Violencia contra las Niñ@s.

Sin embargo, existe un paso más, indispensable para cumplir acabadamente con ese fin, y para esto es necesario que los Tribunales reconozcan, en cada caso concreto, la retroactividad de la ley penal más benigna para las víctimas de Abuso Sexual Infantil.

Se propone una nueva mirada sobre la protección de derechos que asegure la Equidad, promoviendo la protección de los derechos de las víctimas como prevalentes a los derechos de los delincuentes, asegurando para las Mujeres y l@s Niñ@s una vida libre de violencia.

El caso Diego Fernández

Diego sufrió Abusos Sexuales con Acceso Carnal durante su tierna infancia, cuando contaba entre 6 y 8 años de edad. No pudo nunca, por el dolor y la vergüenza que le provocaba, siquiera verbalizar su pedido de auxilio, hasta que la adultez le proporcionó el valor suficiente para hacerlo público y pedir justicia, movilizado, sobre todo, por la culpa que le producía ver que su agresor se paseaba tranquilamente por la ciudad donde ambos vivían, llevando invariablemente de la mano a otros pequeños víctimas como él.

Diego es, en la actualidad, docente y artista plástico, y vive en la ciudad de Río Cuarto, en la Provincia de Córdoba, Argentina. Pero en mi estima es, por sobre todo, un sobreviviente de un horror tan íntimo y visceral que no se nombra; de un huracán tan devastador que muchos niños no logran salir nunca. Es que el abuso sexual es, en palabras de autorizada doctrina, un "disparo en la personalidad".

Un buen día, siendo ya un hombre adulto, por razones que tal vez nunca logre comprender cabalmente, Diego despertó de su dolorosa parálisis y buscó justicia. Formuló la denuncia penal correspondiente pero, además, tuvo el enorme valor de escribir su crónica vital plasmando su dolor en un libro cuyo título hace referencia el lugar donde ambos –víctima y victimario- vivían en la época en que ocurrieron los abusos: *"El Pasaje. 25 años después. Crónica de un niño abusado"*.

En palabras de Diego: *"Cuando uno es víctima de una violación, la vida te cambia rotundamente, siempre y cuando puedas tener el valor de seguir viviendo. No todos pueden convivir con este gran dolor; es un gran quiebre en tu vida, es un trauma que volvés y volvés a revivir día a día. Por más que tus heridas físicas desaparezcan, seguís sintiendo en tu cuerpo los olores, sus líquidos, la voz del violador y la sensación en tu piel de continuar estando sujeto a sus manos asquerosas, como cuando durante mucho tiempo tenés un gorro y te lo sacás, por más que ya no lo tengas, aún sentís como que el gorro continúa en tu cabeza, con la diferencia de que esto dura unos instantes; en cambio, la violación te dura toda la vida (…)*

Siempre me había costado mirarle a los ojos, el miedo siempre estuvo presente; es la peor enfermedad que pueda sufrir alguien; una vez que entra en uno, se torna muy difícil extraerlo. En lo personal, me costó más de veinticinco años de luchas diarias, que en realidad continúa, porque hasta que esto no salga a la luz el miedo seguirá manejando los tiempos.

Cada vez que lamentablemente debí cruzármelo, el miedo me paralizaba; mi cuerpo dejaba de responderme, sufría una fuerte tensión; las piernas se me aflojaban; mi corazón se aceleraba y las imágenes caían como baldes de agua fría.

Cuando no lo veía, estando solo con mis pensamientos, me sentía fuerte, capaz de cualquier locura; pero cuando me lo encontraba me seguía sintiendo el mismo niño de hace más de veinticinco años. Aún sigo sintiendo a este pedófilo, a este violador, tomándome con sus asquerosas manos, apretándome y respirándome al oído. Mis brazos siguen siendo del mismo tamaño de hace más de veinticinco años, delgados y frágiles".

"A medida que iba creciendo iba tomando conciencia de lo que me había pasado: mi vergüenza fue en aumento, acompañada del miedo y la depresión. Hasta que de algún modo, no sé cómo, el destino o alguna fuerza desconocida, opté por observar y tomar todo lo grandioso que tenía a mi alrededor: los amigos, la familia, el amor y el arte (…)

El día 29 de noviembre de 2012 fue un día muy especial e importante en mi vida (…) ya que tuve la valentía de hacer la denuncia por violación en la policía. Valor que no puedo explicar cómo llegó a mí, ni cómo se mantuvo firme ante el manoseo burocrático de lo que conlleva realizar este tipo de denuncia (…)

Sólo recuerdo despertar a primeras horas de la mañana con la plena determinación de no dejar pasar un día más. Ya he perdido mucho tiempo por culpa de los miedos y la vergüenza, permitiendo a ese pedófilo, a ese violador, llevar una vida normal, manejándose por las calles con total impunidad, impidiendo el crecimiento normal de los niños".

Cuando el dolor no tiene fin.

El caso Diego es el de miles de niños y niñas de todo el Continente: luego de un doloroso proceso personal, tramitado durante un lapso vital importante (diferente para cada víctima conforme su personalidad) una persona joven, que ha sido abusada en su niñez, logra reunir el valor suficiente para actuar en su propia defensa, y entonces se presenta,

ya adulto, ante los estrados judiciales, y pide que se condene a la persona que abusó de ella hace ya muchos años.

Ello equivale a solicitar que su derecho a la reparación tenga tanto peso jurídico como el de su agresor. Este peso específico encuentra anclaje en la declaración originada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que en 2008 elaborara las denominadas "Reglas de Brasilia" desarrollando los principios recogidos en la "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano" (Cancún, 2002) específicamente los ap. 23 a 34. En este instrumento nuestro país ratificó que el sistema judicial se debe configurar como un instrumento para la defensa de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, ya que poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener su tutela.

Esta importante pieza de *soft law* que integra el Sistema interamericano de Derechos Humanos, formula postulados que pueden sintetizarse en que, si bien la dificultad para garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de las políticas públicas, esta afectación es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad, dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio.

Por ello se postula que el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo su cohesión a través de una actuación más intensa de los organismos estatales, orientada a vencer, eliminar o mitigar estas limitaciones.

Así, las Reglas no se limitan a establecer bases de reflexión sobre los problemas de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen **recomendaciones para los órganos públicos**, entre ellos **el sistema judicial**. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también se destaca la **importancia de que el Poder Judicial colabore** con los otros Poderes del Estado en la **mejora del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad**[586]**.**

La prescripción es anticonvencional y contraria a derecho.

[586] Párrafos anteriores, en un todo conforme el Preámbulo de las Reglas de Brasilia cit.

A esta altura del desarrollo jurisprudencial en nuestro país, es claro que los decisiones jurisdiccionales que se dictan ignorando la normativa que protege **derechos humanos indisponibles** debe ser considerada como **contraria a derecho** y, por lo tanto, anulada, en orden a garantizar la tutela judicial efectiva de todo sujeto habilitado para ejercer su defensa en juicio y, especialmente, aquellos perteneciente a un colectivo particularmente vulnerable, en cumplimiento de los compromisos contraídos por el Estado argentino [587].

De este modo, las acciones penales que nacen de los delitos de **Abuso Sexual Infantil** deben exceptuarse de las reglas generales de la Prescripción debido a que, en respeto al principio de igualdad ante la ley, se toman en consideración las especiales características del ilícito de que se trata, por lo que deberían haber sido declaradas **imprescriptibles[588].**

La ley argentina.

Ya desde el año 2011, la ley penal argentina admitió un cálculo diferenciado en el curso de la prescripción de los delitos de Abuso Sexual contra Menores. La denominada "Ley Piazza" (Ley Nº 26.705/11) (así llamada porque fue impulsada por ese famoso modisto argentino), dispuso la interrupción del curso de la prescripción para esta clase de delitos hasta que la pequeña víctima hubiera alcanzado la mayoría de edad[589]. La Ley Piazza fue un excelente comienzo, pero no fue suficiente.

En el camino de honrar los compromisos *pro homine* contraídos internacionalmente, en 2014 se presentó el Proyecto de Ley que llevó el N° S-2288, que postuló la necesidad de declarar imprescriptibles los delitos cometidos contra la Integridad Sexual de Menores de edad.

Esta idea, clara y simple, hubiera contribuido a proclamar el carácter indisponible de los derechos en juego. Sin embargo, luego de la labor parlamentaria, esta idea no prosperó. En su lugar, se aprobó un cálculo diferenciado de la prescripción para esta clase de delitos, disponiéndose que comenzará a correr desde el día en que la víctima, ya adulta, estuviera en condiciones de efectuar la denuncia penal correspondiente.

La Ley 27.206 vio la luz en Diciembre de 2015. Se trata de una *Ley ex post facto,* expresión que se utiliza para referirse a una norma que retroactivamente cambia las consecuencias jurídicas de un acto cometido con anterioridad a su dictado.

Es que cerrar anticipadamente el proceso a favor del imputado, sin que la víctima esté en

---

[587] CSJN, G. 61. XLVIII., Recurso de Hecho, "Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa nº 14.092", 23/04/2013; TSJ, Sala Penal, "Moser", S. Nº 413 del 17/12/13; "Arriondo", S. Nº 399 del 9/12/13; "Balladarez", S. Nº 414 del 17/12/13; Conf. Fallos 330:4498; 332:1115; 333:1152 y 334:419, y causa L.429.XLVII, "L., S.G. y otros", S. del 10/4/2012, y S. del 27/12/2012 en autos "D., c R., L.M. s/reintegro de hijo", AJ nº 107 p. 2231.

[588] Así lo decía el Proyecto de Ley N° S-2288/14, que incorporaba como art. 62 bis a la Ley 11.179, Código Penal:

"art. 62 bis: En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 –in fine- y 130 –párrafos segundo y tercero- del Código Penal, cuando la víctima fuere menor de edad la acción penal será imprescriptible".-

[589] Art. 63 del Código Penal argentino según la "Ley Piazza" (Ley N° 26.705/11): En los delitos … (correspondientes a las diferentes figuras de Abuso Sexual), cuando la víctima fuera menor de edad, la prescripción comenzará a correr desde la medianoche del día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad".

condiciones de pedir su juzgamiento, vulnera el Derecho de acceso a la justicia de la víctima, consagrado en el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuya principal manifestación radica en el deber de los jueces de posibilitar el acceso de las partes a juicio sin restricciones irrazonables; conculca la posibilidad de la tutela judicial efectiva que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado en numerosos precedentes jurisprudenciales y recogida específicamente en nuestro *soft law* en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad Cap. I ap. 5 y 8 y Cap. II Secc. 2°.1 y 2, Sección 4° 1. y 2.

Su condición de **Mujer o Niñ@, Víctima de Abuso Sexual durante su menor edad,** reúne dos factores de vulnerabilidad que, combinados, formalizan una intersección que aumenta su grado de victimización primaria, y exigen que la protección estatal se refleje en el respeto de todas las características de su posición procesal dada su involuntaria participación en la causa, como **política pública de acción positiva amparada en el art. 75 inc. 23 de la CN**, en función de la aplicación de los Estándares Jurídicos establecidos por la CIDH [590], en un todo conforme a las previsiones de los arts. 96 CPP de Córdoba, 39 CDN, art. 7 apartados b), f), g) y en especial h) de la Ley 24.632 que incorporó a la pirámide supralegal argentina la Convención de *Belém Do Pará,* que resguardan la **igualdad ante la ley** prevista por la Ley Suprema (art. 16 CN) mediante la garantía del derecho, de raigambre fundacional, a recurrir el fallo adverso (DUDH, 8; CADH, 8 ap. 1 y 25; CN, 75 inc. 22).

De este modo, el núcleo del debate se centra en el alcance del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belem do Pará", aprobada por la ley 24.632), recordando que prescribe que los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.

Entre sus postulados dispone que el Estado debe incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, y tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia a la tolerancia de la violencia contra la mujer (inc. c y e).

De otro modo, estaríamos admitiendo que **los derechos de los infractores a la ley son superiores al de sus víctimas**, consagrándolos como **preferentes** dentro de una pirámide legal donde debemos hacer prevalecer los de aquellos ciudadanos que no han incurrido en

[590] *Estándares*… cit.

violación a la ley en modo alguno, sino que son **partícipes necesarios e involuntarios del proceso penal** debiendo soportar el peso del mismo en su condición de víctimas.

Los Estándares Jurídicos de la CIDH.

Las leyes argentinas, de este modo, reconocen que la violencia contra las mujeres y los niñ@s constituyen una violación a los derechos humanos que no puede ser tolerada por el Estado.

En ese sentido, los Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género formalizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establecen claramente la vinculación del problema de la discriminación con el abuso sexual y el acceso a la justicia de las víctimas, señalando que el Estado tiene obligación de prevenir, investigar y sancionar estos hechos como parte del compromiso asumido al aprobar dicha Convención, en los términos expuestos en ella.

El Sistema Interamericano ha desarrollado dichos estándares centrándose en los principios de igualdad y no discriminación consagrados en los arts. 1.1. y 24 de la Convención Americana; en el art. II de la Declaración Americana; en las distintas disposiciones de la Convención de Belém do Pará; y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; mostrando el fuerte vínculo entre violencia sexual y discriminación contra las mujeres y el deber de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos actos, en varias de sus decisiones de fondo, informes temáticos y de país, así como en las decisiones de la CIDH, concentrando sus esfuerzos en definir el alcance de ese vínculo, y aunando las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar estos derechos en el marco de su obligación general consagrada en el art. 1.1. de la Convención Americana.

Retroactividad de la ley penal más benigna para la víctima.

En la Argentina ya contamos con la primera Sentencia[591] que aplica la equiparación de derechos de las víctimas de Abuso Sexual Infantil. En un caso de características similares al de Diego Fernández, la denuncia fue realizada cuando la víctima ya había cumplido 22 años y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal de la Capital había sobreseído al encausado por prescripción de la acción penal en atención al tiempo transcurrido desde el momento de los hechos.

[591] Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, "A., J. s/Recurso de Casación", Causa N° CCC 191/2012/CFC1, Sentencia dictada el 22 de Marzo de 2016.

El juez Gustavo M. Hornos, con la adhesión del juez Mariano Hernán Borinsky, consideró que a la fecha de comisión de los delitos imputados ya se encontraban vigentes los principios jurídicos fundamentales a los que el Estado Argentino se comprometió, como Estado Parte, en convenciones internacionales de rango constitucional, y que inspiraron la posterior reforma que dispone que la prescripción se suspende hasta que la víctima habiendo cumplido la mayoría de edad formule la denuncia (artículo 67, 4to párrafo, del C.P., según ley 27.206, del año 2015).

Valoró el juez Hornos que resulta claro que una niña de seis años, abusada por su propio cuidador, pareja de su abuela, bajo cuyos cuidados y convivencia la dejaba su madre, no tuvo en su oportunidad acceso efectivo a la justicia, al menos hasta que alcanzó la mayoría de edad y pudo ejercer las acciones legales por sí misma.

Concluyó que resolver la prescripción de la acción penal con motivo de que la reforma legislativa operada en cumplimiento del compromiso asumido por la República Argentina varias décadas atrás, fue dispuesta con posterioridad al agotamiento del plazo de extinción de la acción contenido en el artículo 62, inciso 2, del C.P., implicaría contrariar las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer" así como Interés Superior del Niño, al que debe atenderse con carácter primordial según lo dispone la Convención sobre los Derechos del Niño.

CONCLUSIÓN.

La causa "Diego Fernández" sigue esperando una resolución favorable en los Tribunales de la ciudad de Río Cuarto, Córdoba, Argentina, donde vive y trabaja.

Mientras tanto Diego sigue produciendo belleza, pintando, esculpiendo, enseñando en la escuela, y sanando su dolor a través del arte y del amor.

Su fuego arde con una fuerza enorme, avasalladora, impulso vital abriéndose paso a través del espanto, buscando desesperadamente Vida.

Y esperando, después de tantos años, nada menos que Justicia.

PROPUESTA:

Puntualmente en Derecho penal rige el principio de irretroactividad de la ley, que busca proteger a los ciudadanos de que se les pueda sancionar *a posteriori* por un acto que

cuando fue realizado no estaba prohibido. También se aplica el principio de irretroactividad cuando, durante el proceso, se dicta una ley más gravosa para el imputado, en cuyo caso la ley derogada mantiene su vigencia por ser más benigna. A esto último se lo denomina ultractividad de la ley penal.

Dicha irretroactividad, sin embargo, no es absoluta, ya que sólo afecta a aquellas normas que perjudiquen al imputado, acusado o condenado, pero no a aquellas que le beneficien. Por lo tanto, si un delito es derogado por una ley posterior, o recibe una pena menor, se puede y se debe aplicar la normativa que le sea más beneficiosa.

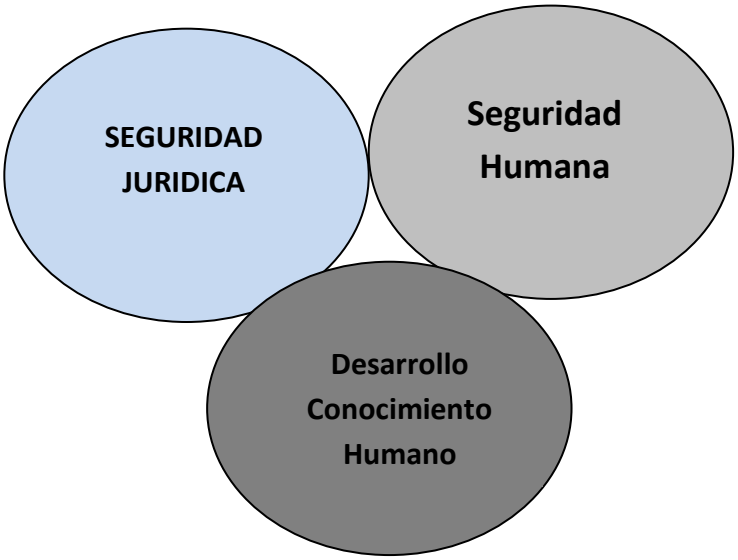
Se propone que, respetando que el Interés de los Menores es preferente y tiene un grado Superior a cualquier otro, los Tribunales argentinos apliquen, de oficio, la normativa que admite el cómputo diferenciado de la prescripción de los delitos de Abuso Sexual Infantil (Ley 27.206/15), aplicando retroactivamente la ley penal más benigna para aquella parte del proceso cuya posición resulta más débil, es decir, las víctimas.

TALLERES

Taller 3: Medios de Comunicación y Niñez, Adolescencia y Familias

Título: Sistema de gestión judicial de calidad, con sentido de conciencia social

Autor/es: Osvaldo Carabajal Sepúlveda



VISIÓN ESTRATÉGICA. PARA CONSTRUCCIÓN DE FUTUROS CON METODOLOGÍA PROSPECTIVA SOCIAL

Autor: Osvaldo Carabajal Sepúlveda. CPN. Evaluador del Premio Nacional a la Calidad (2004-2009)

R.A. Mendoza, Septiembre 21 de 2016

Seguridad Jurídica. Seguridad Humana y Desarrollo Conocimiento Humano

¿Cuál es el fin de estos trabajos sobre gestión judicial de calidad con sentido de excelencia?

*1 En principio este **trabajo de investigación** ha sido para presentarlo en el VIII° Congreso de la Alamfpyonaf. En Cartagena, Colombia en el **modo de taller**, explicando el valor de un modelo de gestión judicial de la calidad con una serie de fortalezas como son el trabajo por equipos y la profesionalización en el puesto de trabajo, que ha de permitirles reconocer el valor de innovar un modelo tradicional, que le posibilite ser un actor importante en la sociedad del conocimiento, pero que aun no incorpora totalmente los beneficios de la 4ª Revolución industrial que nos ponga en la sociedad del conocimiento usando la inteligencia artificial, y los de la 5ª. Revolución industrial producidos por resultados de las investigaciones en las neurociencias, para prestar servicios de justicia que incluya la mejora continua, con sentido de excelencia, por plantearse mejorar el servicio, y lograr productividad en el gasto, y con ello economías de esfuerzos para mejorar la capacidad de convivencia social en una sociedad del conocimiento, bajando el nivel de conflictividad, atacando las causas y no los efectos.*

*2 Debemos recordar que este tema de hacer gestión judicial de calidad con sentido de excelencia y usando el modelo de autoevaluación del premio nacional a la calidad ley 24.127/ 94, nos remite a necesariamente a usar metodología de la prospectiva social, porque el tema central es contribuir a hacer realidad el objetivo estratégico del Estado, de **Pobreza Cero**, posibilitando para ello la reunión de expertos, y tener en cuenta que esto solo se puede realizar mediante un cambio cultural, y asumir hoy mismo, que puede llevarnos todo este siglo. Por ello se explica porqué usar el taller con expertos de diferentes áreas relacionadas al tema niñez, adolescencia y familia, para enriquecer nos mediante el dialogo sumando la voluntad y los deseos de la sociedad que se ha visto empobrecida desde los años 60s sin políticas de estado para crear una sociedad mejor preparada para afrontar el futuro, tal como se planteó en **Los límites al crecimiento del M.I.T. para el Club de Roma. (1972)** donde se estableció como limite el periodo de 100 años a partir de esa fecha.*

*3 Dada la complejidad del tema de la pobreza, esta amerita la **formación de observadores** que sigan posteriormente trabajando en **consulta a expertos,** para lograr definir cursos de acción virtuosos a futuro, y acordar una serie de acciones eficaces y coordinadas para*

llegar a conceptualizar por lo menos tres escenarios probables, y uno deseable el ***de apuesta*** *en el tiempo, (a 10, 20,30 y más de 50 años)****.*** *Es propio de un evento como este* ***VIII° Congreso****,* ***informar e invitar a construir el futuro****, con lo cual lograr resultados positivos en una sociedad plural, y acordar nuevos encuentros de modo presencial u online, favoreciéndose por el uso extendido de esta metodología reconocida por las Naciones Unidas PDNU, como la más eficiente para llevar adelante cambios de cultura en una sociedad que necesita de la formación y la cooperación de todos los* ***líderes sociales*** *y de los actores sociales en cada país.*

4 La ***Alamfpyonaf****, propone en principio tomar conciencia y luego llevar a cabo un movimiento nacional y regional como el citado, a nivel de entes públicos y privados. Cuando este está motivado en principio por la existencia de una* ***amenaza severa contra la seguridad jurídica y seguridad humana,*** *por que peligra la actividad más frágil de la sociedad el* ***desarrollo del conocimiento humano,*** *en pos de erradicar las causas origen de la pobreza y debilidades en el pleno goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes quienes hoy han caído bajo la línea de pobreza y que se avizora que a futuro se les privará sistemáticamente la satisfacción de las necesidades básicas, por dos factores: la* ***falta de dominio de competencias(derechos humanos, seguridad humana y desarrollo humano) del personal del Estado****, y otra también por mostrar f****alta de dominio de competencias en el uso de prospectiva social en muchas corporaciones,*** *motivadas principalmente por sus políticas de dividendos, que focalizan la actividad de las mismas solo en el corto plazo, para brindar utilidades usando información de corto o mediano plazo, prescindiendo de informar a los stockholders (accionistas y partes interesadas sobre futuribles) como es lo que sucede hoy con los escenarios a futuros, cuando vemos que la riqueza ha quedado reducida al poder de no más de 150 personas, por procesos de concentración las industrias tienen no más de 10 protagonistas principales, todos ellos sin plantearse interrogantes como son justificar el origen de las externalidades positivas, ni tampoco dar explicaciones del origen de las externalidades negativas en su horizonte de planeamiento a 50 a 100 años. Entendiéndose como beneficios a las externalidades positivas derivadas de la calidad del capital humano, y como externalidades negativas, la pobreza derivada del desalojo de actividades que hasta hoy pueden hacer aquellos con baja formación profesional, por no haber accedido a la educación formal e informal.*

5 Es un deber para todas las organizaciones de este Siglo XXI, anticiparse y tener conocimiento cual es el horizonte de todas las organizaciones aun no cibernéticas, cuando estamos en condiciones de poder predecir el futuro probable, con el uso de bases de datos inteligentes y de la modelización reconocer hoy mismo, cual es el impacto en el presente y en el futuro de los cyborgs desalojando a los actuales protagonistas de la actividad económica, es decir cómo han de ir perdiendo empleos quienes tienen menos aptitudes y

siguiendo luego a los más calificados, dejando mucha gente fuera del sistema, por eso es que planteamos la necesidad a quiénes pueden lo mas, puedan lo menos, como es predecir el costo social para todos los contribuyentes de la falta de educación, y de futuros aportantes al sistema jubilatorio nacional y medir cual ha de ser el efecto en la falta de recursos para cubrir el sistema de reparto de un país legal y jurídicamente organizado, de los niños, adolescentes y adultos de hoy, imaginando sus respectivos futuribles en el peor de los escenarios, con más pobreza y sin inclusión efectiva por la ausencia de recursos genuinos.

6 Ante la realidad descripta todos tenemos que aunarnos en una visión compartida. Y esto será reconocer que hay que dar un paso necesario, como es mejorar las organizaciones dotándolas de mejores sistemas de control(legalidad y de la calidad) algo que solo se puede cumplir con los modelos país de excelencia, y que todas las organizaciones se ajusten a modelos de trabajo similares, que les permitan llegar a estándares de productividad, y con las economías que se obtengan poder retroalimentar se para atacaren principio las causas de la pobreza infantil, y a su vez lograr que el sistema de innovación social y tecnológica, los incorporen a la sociedad del conocimiento, un logro anhelado pero que no llega a toda la sociedad, si no se usa el conocimiento para hacer a las organizaciones más efectivas en el cumplimiento de su misión, y que faciliten el ascenso social de nuevos líderes de la gente más humilde.
Es propio que esta propuesta sea parte del cambio cultural, y reconocer que como tal muchas veces no sean bien recibidas, por la resistencia al cambio, pero principalmente por la falta de participación y asimetría en el uso de la información estratégica, algo que hoy no es verdad, cada vez hay más información disponible que nos permite construir un mapa de la realidad, y definir cuáles son las debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades, y como podemos construir entre todos otra realidad, porque como es en nuestro caso, proponer para todos los juzgados de familia la innovación, instruyendo a todos los actores implicados y a la sociedad con el lenguaje de la calidad, para mejorar la aplicación de los derechos de niños, niñas y adolescentes, el desarrollo humano y la seguridad humana. Y mejorar los sistemas de brindar información a todos aquellos que no están familiarizado con ella, es como lograremos nuevas alternativas, que unan derechos de niños, niñas, y adolescentes, con cuestiones fundamentales como es lograr para sus familias empleos decentes en una economía sustentable, y para ello cuenten con un resguardo brindado por la seguridad humana. Por lo tanto deseamos materializar algo que hoy es parte del capital humano, como es el desaprovechar los sueños y la creatividad de los jóvenes adolescentes, para que sean ellos mismos los gestores de proyectos, y quienes consigan la Visión con propósito de vida, y que se apliquen para su logro ajustándose a la ley y al efectivo uso un sistema de valores.

7 Esto como trabajo de prospectiva social, importaría usar una serie de herramientas que nos facilita la metodología, donde convergería primero el trabajo de todos los juzgados de familia, organizados como equipos, para que comprendan que si ellos dan el buen ejemplo de buscar transparencia y mejoras en los servicios, estaríamos dando el primer paso, que es que la comunidad judicial, vea una estrategia superadora en el uso de la ***calidad total****, y que la misma se manifieste cuando sean los mismos usuarios, y partes interesadas los que participen aportando soluciones sustentables, a cada lugar donde se presten servicios de justicia aplicando los derechos de niños, niñas y adolescentes. Existe un modelo de autoevaluación, que necesita por lo menos un periodo de 3 a 5 años, para que el mismo muestre los verdaderos resultados, como es lograr productividad, porque se han de incorporar mejoras en los códigos procesales y leyes de procedimiento, que observen objetivos jurídicos legales, y de desarrollo sustentable y de seguridad humana.*
Lograr esta etapa, pensando que con ello estamos buscando ***mejores niveles de excelencia en la calidad laboral****, es pensar y hacer mejoras en lo que se conoce como* ***Capital Humano****, y esto se materializa en casos de mejoras e innovación aportados por los actuales operadores en todos los niveles de la justicia de familia, y en las organizaciones proveedoras de servicios a estos juzgados.* ***Técnicas de Escenarios****. Además para lograr este trabajo de base, es necesario redactar una serie de papers, que nos muestren claramente el escenario base, y en este debe indicarse el nivel de capacidad humana, el grado de expertisia, y como se hace para mantenerlo, en horas de trabajo más horas de estudios y uso de herramientas de la calidad, para introducir la mejora continua, a todo lo que se viene haciendo en cumplimiento de la ley.*
Herramientas de la calidad. *Por otra parte es necesario, descubrir aquellos procesos claves y las variables que nos permitan seguirlas en el futuro, para proceder a mejorarlas, usando para ella el auxilio de la inteligencia artificial, para crear modelos cibernéticos de proyección a futuro.*

8 Si bien el sistema jurídico legal de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, concluiría cuando estos se transforman en adultos, a partir de su adultez deberán estar protegidos por los derechos humanos, por eso debemos pensar que todos ellos en un futuro han de ser adultos mayores y aspiran legítimamente a jubilarse para acceder a niveles de calidad de vida aceptable, existiendo un riesgo calculado para que esto pueda ser posible, si caen los empleos que hoy vemos. Así entonces el paso de niñez, a potencial jubilado transcurrirá en un periodo de 65 años, según la ley, pero durante todo este proceso, si los niños, jóvenes y adultos no ***reciclan sus competencias, ni mejoran sus conocimientos****, las probabilidades que logren su jubilación, pueden llegar a peligrar.*

La principal causa de ese peligro, es que los gestores del estado no tienen una visión compartida, y en cada organización no propendan a proteger el empleo decente,

ese que contribuye a las cajas de jubilaciones, y que permite llegar a tener una base activa suficiente que soporte a los jubilados de hoy y a quienes se han de sumar mañana.

No se conoce si existe un escenario no deseado y se han tomado anticipativamente medidas , o si en cambio hay un escenario de apuesta, hoy respaldado por políticas de estado, que observen como se concatenan los objetivos demográficos, lo sistemas educativos y productivos, con el sistema jubilatorio de reparto ni es demandado ni considerado convenientemente a nivel de los actores sociales, y en cambio es dejado a las autoridades del Ansess, pero estos no disponen de la mejor información, porque sus fines son recaudatorios y de pago, y no son los que proponen leyes para crear y proteger los puestos de trabajo, o renovar los puestos de trabajo con innovación tecnológica con sentido prospectivo estratégico, con anticipación de no menos de 100 años. Vale la pena recordar que el cambio tecnológico provocará en opinión de dos consultoras que han elaborado, en colaboración con la Universidad de Oxford, un ranking con los puestos más propensos a desaparecer y adelantan que el 50% de los trabajos serán obsoletos en 2025.

En este aspecto hoy es observable, que los sindicatos solo se interesan en contar con mas afiliados, para que sostengan el sindicato, y por el uso de las tecnologías muchos de esos empleos hoy deben considerarse como caducos, por el uso de la robotización. Nunca ni el Estado ni los Sindicatos han tenido disponibilidad de suficiente datos de futuros, como para imaginar que esta sociedad actual en 50 a 100 años, no va a ser igual, y que el posible colapso de las cajas recaudadoras ya no es un hecho probable, sino un hecho posible porque no hay políticas de estado que observen variables demográficas con variables de la formación profesional de los grupos etarios.

Este escenario nos exige a todos aprender nuevas herramientas, como las que propone el modelo estratégico de autoevaluación de la ley 24.127/94, hasta ahora muy poco usado debido al paradigma autoritario vigente hasta el presente, y por falta de creación de equipos de observadores y de trabajo no solo interdisciplinarios y transdisciplinarios, para observar el valor de la biodiversidad en la innovación con creatividad que ya nos propone hoy la neuroeconomía.

9 Esta Propuesta de Cartagena para la **Alamfpyonaf**, nos invita a destinar parte de nuestro tiempo, para consagrarnos al prójimo, e informarlo, invitándolo a formar líderes sociales, para poder cumplir con los **Objetivos de Desarrollo del Milenio** que se establecieron en el año 2000 con el fin de alcanzar ocho objetivos de lucha contra la pobreza para 2015. Por eso basados en los resultados de los 8 Objetivos de Desarrollo del

Milenio, las Naciones Unidas se ha planteado una nueva **agenda de desarrollo sostenido**, que fuera presentada el viernes 25 de septiembre de 2015.

Objetivos de Desarrollo del Milenio en el año 2030.

Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible propuestos son: #ONU #La economía hoy

1 Erradicar la pobreza en todas sus formas en todo el mundo

2 Poner fin al hambre, conseguir la seguridad alimentaria y una mejor nutrición, y promover la agricultura sostenible

3 Garantizar una vida saludable y promover el bienestar para todos para todas las edades

4 Garantizar una educación de calidad inclusiva y equitativa, y promover las oportunidades de aprendizaje permanente para todos

5 Alcanzar la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas

6 Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos

7 Asegurar el acceso a energías asequibles, fiables, sostenibles y modernas para todos

8 Fomentar el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos

9 Desarrollar infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible, y fomentar la innovación

10 Reducir las desigualdades entre países y dentro de ellos

11 Conseguir que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles

12 Garantizar las pautas de consumo y de producción sostenibles

13 Tomar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos (tomando

nota de los acuerdos adoptados en el foro de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático)

14 Conservar y utilizar de forma sostenible los océanos, mares y recursos marinos para lograr el desarrollo sostenible

15 Proteger, restaurar y promover la utilización sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar de manera sostenible los bosques, combatir la desertificación y detener y revertir la degradación de la tierra, y frenar la pérdida de diversidad biológica

16 Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles

17 Fortalecer los medios de ejecución y reavivar la alianza mundial para el desarrollo sostenible.

*Finalmente debemos imaginar y repetirnos, "¿**Por qué no? Porqué no debiera ser el personal de los juzgados de familia quienes planteen esta sentida necesidad, por estar rodeados de problemas y conflictos de pobreza humana**" ¿**Por qué no?** También el personal del poder judicial, de donde surjan voces y trabajo responsable para contribuir a hacer realidad la lucha contra la pobreza mental, y lograr **Pobreza Cero**. Recordando siempre esa sentencia que guía a la gente del derecho, y que dice **"a quien más sabe, más le duele perder el tiempo"** Dante Aligheri.*

Propuesta de Cartagena
Sistema de Gestión de la Calidad Judicial usando Modelo País ley 24.127/94

Honrar la Vida. Las respuestas a estas preguntas son claves para deducir que los magistrados desean hacer mejora continua.

1. ***¿En qué se evidenciará el impacto social en los servicios de Justicia, si incluimos la calidad total con sentido de excelencia?***

2. ***¿Si introducimos los beneficios de la revolución del conocimiento, como es la inteligencia artificial, mejoraremos la visión interna y externa del sistema jurídico legal del país?***

3. ***¿Será un sistema de excelencia la mejor herramienta para descubrir buenas prácticas en el saber hacer de los "códigos procesales"?***

4. ***¿Por la división de poderes, podrían los magistrados y funcionarios de la justicia descubrir cuál es la legislación indubitable que contribuye a prestar un servicio de excelencia con calidad?***

5. ***¿Si a la Justicia se le reconoce su función de servicio de excelencia, podrá preservar los logros reconocidos por su excelencia, como manifestación genuina de su capital humano para recrearse y dar sustentabilidad al sistema?***

6. ***¿Ante la queja que la justicia es lenta, para agilizarla y que sea justa, preguntemos nos si no es el momento de incorporar logros obtenidas de las neurociencias, para instruir y formar nuevos jueces, como de los equipos de excelencia para mejorar la producción de evidencias validas y suficientes?***

<u>PARTE A.1.</u> El propósito de hacernos estas preguntas individualmente y grupalmente es para avanzar resolviendo problemas sobre los que nadie habla, casi siempre por cuestiones de la "cultura tradicional" heredada.
Citaremos cuatro puntos que definirían, la naturaleza del cambio con el modelo anterior.

1 ***En principio contribuir a darle credibilidad al sistema republicano, con división de poderes,*** *haciendo foco en el servicio de la gestión pública que necesita la innovación y la mejora continua, por ello debemos dejar de usar el anacrónico término "administración", vocablo que antes era usual, pero que hoy por el desarrollo de la* ***ciencia de la gestión*** *se lo reemplaza por* ***gestión,*** *y así en la misma se incluyen* ***normas de calidad****. Por lo tanto es correcto reconocer a la gestión judicial de calidad, como aquella que comprende:* ***ejecución, dirección, planeamiento, y control****, a la cual para ser de* ***excelencia*** *se le ha introducido la* ***"mejora continua"*** *de procesos y sistema. Esto contribuye a darle confiabilidad a todo el sistema judicial. Una no sutil diferencia con el modelo tradicional, es que en el* ***modelo de calidad con excelencia****, aunque se siguen respetando los niveles de*

autoridad (por ley), el proceso vertical, y se introducen los procesos horizontales, correspondientes al proceso de "prestación del servicio de calidad y el feed back"

2 ***Introducir la Investigación aplicada*****, para r*****ecuperar para los sistemas de justicia, la capacidad humana de autoevaluarse y aprovechar el error para mejorar, usando para ello la sindéresis.*** *Porque los procesos se han horizontalizado, hoy vemos que hay equipos de gente que atiende a la gente (usuarios), y que para disminuir el riesgo de no hacer justicia, estudian y se esfuerzan, porque no desean cometer errores o faltas derivadas de la baja calidad laboral originada por los cambios en las ciencias y en las tecnologías y el poco tiempo disponible para reciclar sus conocimientos. Por ello se advierten déficits, no tanto en el saber-saber, sino en el saber-ser y saber- hacer, por varias causas, pero principalmente por no haberse introducido la medición y evaluación al personal, a los procesos y al sistema. Hoy todo el personal deberá ser evaluado tanto al ingreso, como durante la prestación del servicio, por los usuarios, en el dominio de las competencias para estar en la justicia, siendo estas: saber-ser, saber-hacer y saber-saber, usando el modelo 360°.*

3 ***Reconocer que a similitud del cuerpo humano, las organizaciones tienen su propio cerebro, para adaptarse y crecer en el medio ambiente, en que se desarrollaron****. El cerebro, está dotado de neuronas, que son las que le permiten pensar y ejecutar sus funciones vitales, pero en las organizaciones su cerebro tiene los "observadores". Por esto no tenemos dudas que "si entendemos cómo funciona la mente, podemos vivir mejor", cuando estamos convencidos que solo se mejora el servicio público de justicia, invirtiendo (tiempo y recursos) no solo en tecnologías como es común hacerlo, sino primero capacitar a los observadores (equipos de trabajo y todo el personal), y luego hacerlo en tecnologías, principalmente para contribuir a transparentar la acción de la justicia, diseñando nuevos servicios, sin provocar daño al capital humano, con despidos innecesarios. Y con ello comprender, cómo aprovechar la mejora de la "inteligencia artificial ampliada" estructurada en bases de datos inteligentes, de los actores sociales, y en las redes sociales del conocimiento.*

4 ***Propender al "cambio cultural" usando la calidad total, con los modelos de excelencia país, que tienen por objetivo comprometernos con el habito de medir el grado de satisfacción de los clientes, considerado como el aporte de los protagonistas en el juicio****, y con ello contribuir a la mejora continua. Otro tanto cuando sean todos los actores sociales quienes usen el mismo los principios del modelo de excelencia., respondiendo encuestas, y por ello logrando darle sustentabilidad a todos los servicios públicos, no solo a los de la justicia. Y creando con ello, nuevos servicios para beneficiar al cliente interno y*

externo, contribuyendo siempre a la mejora de la eficiencia y eficacia del sistema ***(productividad****). Y lograr con el tiempo, que la calidad madure en los protagonistas, para obtener sustentabilidad de los servicios. Esto es el cambio cultural hacia la cultura de la calidad total, que importa crear conciencia social, propendiendo mediante el buen ejemplo a invitar a quienes hayan tomado conciencia, que un objetivo estratégico del sistema republicano de gobierno es que todos los ciudadanos y habitantes reciban servicios de alta calidad. Y que ello se produzca porque todos los actores sociales, repitan el modelo, y eduquen a su factor humano, en el uso de la terminología y conceptos de la calidad total. Y en especial en los sistemas educativos, para que comprendan el valor de entregar servicios a todos de igual nivel de excelencia, para que los educandos aprendan con el ejemplo y que sientan incluidos en* ***la política de calidad total*** *para el país, usando el Modelo Nacional de la Calidad.*

PARTE A.2. Descubrir en un sistema judicial actual, cuales son las oportunidades y fortalezas, usando un modelo y criterios para descubrir hechos portadores de futuros, para una sociedad en crisis.

1 Implantar el modelo de autoevaluación como metodología, en principio contribuyendo a dar credibilidad al sistema republicano. Existe en Argentina el Modelo del Premio Nacional a la Calidad, Modelo de Autoevaluación ley 24127/94, cuya aplicación hoy no es obligatoria, de acuerdo al *state of arts,* pero en la medida que "hayan graves hechos que ameriten hacer gestión de calidad total, es importante tener una ley que respalde el sistema de gestión actual, para todas las organizaciones públicas y privadas del país" ; para ello observamos la no vigencia plena de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que parten de una situación de pobreza, con carencias presupuestarias, que van desde la trata de niños, niñas y adolescentes hasta de violencia hacia los niños, niñas y adolescentes.

Consideramos que dados los actos de corrupción, generadores de un alto grado de desempleo de los progenitores, también ello constituye causas suficientemente significativas para fundamentar su implementación, no solo por sentido común, sino de justicia.

El modelo hasta ahora de carácter reactivo, necesita que se forme una dirigencia proactiva en todos los actores sociales, porque el problema hoy puede que sea del Estado, pero mañana y siempre ha de ser de la Sociedad en su conjunto, que no ha logrado desarrollar su capacidad prospectiva, una función ejecutiva del cerebro, que nos permite ser capaces de aceptar la innovación, el trabajo por equipos, la incorporación al sistema de control de

legalidad, los beneficios del sistema de control de calidad y lograr resultados, con los cuales operar con la mejora continua, introduciendo indicadores de cumplimiento y de la calidad.

Así es que particularmente por la existencia de ciertos indicadores de entes privados, como es la Universidad Católica Argentina, el Estado no mantiene indicadores actualizados y validos sobre la pobreza infantil, los que a la luz de ellos observamos que los mismos permanecen invariables por la falta de políticas de Estado, como viene a ser la Política de la Calidad que le da sentido y dirección a la gestión de los escasos recursos de la sociedad, pudiéndose mejorar cualitativamente tanto el gasto público, como la acción mancomunada de la sociedad en su conjunto, para mejorar los indicadores que a continuación destacamos con algunos datos alarmantes, y muy significativos de la falta de conciencia social, según el Informe Pobreza y Desigualdad del Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina UCA: *El informe "Infancias con derechos postergados. Avances, retrocesos e inequidades a finales del Bicentenario (2010-2015)" será presentado por Ianina Tuñón y los comentarios estarán a cargo de Elena Duro y Dalile Antúnez, además contará con la moderación de Juan Cruz Hermida.*

*La investigación, **sobre las condiciones de vida de la infancia en la Argentina** en el período 2010-2015, indica que:*

a) *"El 19,5% de los niños y adolescentes de las zonas urbanas padecieron inseguridad alimentaria en 2015, y el 7,7% en niveles graves, advirtió el último informe sobre "Infancias con derechos postergados" del Observatorio de la Deuda Social Argentina, de la Universidad Católica Argentina (UCA*
b) *La situación de **inseguridad alimentaria** afectaba en 2015 al 19,5% de la infancia y adolescencia urbana y al 7,7% en niveles graves.*
c) *El 48% de los chicos y chicas en la Argentina urbana tienen como única opción para la atención de su salud el sistema público.*
d) *En 2015 el 49,9% de la infancia y adolescencia urbana en la Argentina vivía en un medio de vida insalubre, tanto por problemas de contaminación ambiental como a consecuencia de la cercanía de fábricas o basurales, proximidad a lugares de quema de basura o existencia de plagas.*
e) *Se calcula que el 42% de la infancia y adolescencia reside en viviendas con problemas de saneamiento (no accede en su vivienda a cloacas, o a la red de agua corriente, o no tiene inodoro con descarga de agua).*
f) *En 2015, la calidad de la construcción de la vivienda resulta deficitaria para el 18,9% de la población de niños y niñas y adolescentes. La situación de hacinamiento afectaba al 18,5%.*

g) *Se estima que, en 2015, el 18,7% de los chicos y chicas compartía cama o colchón para dormir, y si bien dicha incidencia trepa al 30,5% en los hogares de estratos más bajos, también se presenta en el 10% del estrato medio profesional o medio alto.*

h) *A 4 de cada 10 niños de 0 a 12 años de edad no les suelen leer cuentos o no tienen libros infantiles en su hogar.*

i) *En cuanto a las formas de disciplinar a los niños y adolescentes, la propensión al uso de la violencia física en 2015 afectaba al 19,9%. Asimismo, 5,7% de los chicos pertenecen a hogares donde se utiliza la agresión verbal como método de disciplinamiento.*

j) *El 58,1% de los chicos entre 5 y 17 años no realiza actividad física extra-escolar, 86,4% no realiza ninguna actividad artística o cultural.*

k) *El 86,3% de los chicos de 5 a 12 años no concurre a colonias de vacaciones.*

l) *La enseñanza de música, plástica y educación física no se cubre en el 21,5% de los estudiantes de primaria en al menos una de las asignaturas.*

m) *Se estima que el 23% de los adolescentes se encuentra en situación de déficit educativo (no asiste o lo hace con sobreedad). El déficit es del 40% en el estrato social muy bajo y del 35% en villas o asentamientos urbanos.*

n) *Se estima que el 25% de los estudiantes secundarios no tiene enseñanza de computación, y que el 12% carece de enseñanza de idioma extranjero.*

o) *El 12% de los chicos de 5 a 17 años trabajaba en actividades domésticas intensivas (4,3%) o en el mercado (9,5%).*

Observamos que si seguimos con estos indicadores solo nos servirán para comprender que lo que hemos destruido y seguiremos destruyendo es el **capital humano**. Los economistas del paradigma financiero, podrán cerrar muy bien sus cuentas públicas, al cierre de los presupuestos, pero como nunca adjuntan a su vez un Informe de Calidad sobre cómo toda la sociedad ha contribuido con sus impuestos a disminuir las víctimas del alto grado de inseguridad de niños, niñas y adolescentes, seguramente, no se hace porque los sistemas estadísticos, hoy no se han diseñado para que sea fácil hacerlo, aunque solo sea una vez por año, computando las cifras que cada ente descubre como debilidad, y con ello contribuir a las bases de datos inteligentes, para que el sistema de preservación del **capital humano**, tome decisiones inteligentes y pertinentes, y si estas cifras son suficientemente elocuentes, animarse a crear el sistema que hoy no existe.

2 Investigación aplicada para recuperar para los sistemas de justicia, la capacidad humana de autoevaluarse, usando para ello la sindéresis. Es decir la discreción, que nos permita estar atentos para observar, lo que está bien y aquello que está mal. El término sindéresis se refiere a la capacidad del alma para distinguir el bien del mal, para captar y reconocer los primeros principios morales. Hoy en desuso, el término fue utilizado por los filósofos escolásticos para defender que el ser humano, en general, está capacitado para

reconocer el bien (al que daban un valor absoluto) y distinguirlo del mal, de un modo intuitivo (por naturaleza, pues), del mismo modo que está capacitado para reconocer los primeros principios del razonamiento, como el principio de no contradicción. En los sistemas de calidad total, lo que ha logrado es que la calidad sea por escrito, que la misma se pueda auditar (auditores de la calidad), y además que pueda ser evaluable, usando criterios de evaluación, más un sistema de evaluadores y jueces de la calidad. La calidad total está constituida por calidad humana, calidad laboral, calidad de procesos y sistemas y calidad ambiental, con lo cual las organizaciones desarrollan una acción horizontal a cargo de líderes de procesos, quienes son responsables ante la gente, por el buen funcionamiento de los sistemas.

Precisamente por comprometer al sistema de justicia, los recaudos cuando son sobre derechos humanos, deben ser considerados como fundamentales, porque va de ello la libertad humana. Por esto creemos que es pertinente recordar, también de las neurociencias, un testimonio ilustrativo, que compromete a un país como EEUU, quienes han vulnerado los derechos humanos, en juicio, y por falta de autoevaluación de sus debilidades e inmediata acción correctiva, y corrieron "el riesgo" que todo el sistema pudiera caer en falta de credibilidad.

(*)Aunque es precisamente desde U.S.A, es de donde citaremos las enseñanzas de la revisión de lo que alguna vez se hizo erróneamente, fue el Profesor Facundo ***Manes*** *(INECO) quien nos relata que "en Estados Unidos se hizo un estudio entre 297 supuestos autores de homicidios. Eran personas que habían sido condenadas y estaban presas. Con el tiempo se supo que esa gente era inocente, a través de material genético en las escenas de crimen que se rescató luego de la condena: ninguno había cometido el crimen. El 70 % había sido condenado por testimonios de testigos. Hoy sabemos que la memoria humana no es algo fotográfico. Cada vez que se evoca, se reconstruye: la memoria no es un fiel reflejo de aquello que pasó, sino más bien un acto creativo. Hoy sabemos también, por ejemplo, que los jueces muchas veces deciden por las emociones. Todas estas investigaciones producen dilemas morales y éticos que no pueden quedar restringidos a los laboratorios de los científicos y neurólogos. Hay que debatir qué hacemos con esto, porque las guerras del futuro podrían producirse poniendo en jaque la mente de los individuos. Otro dilema es el que plantean los estados vegetativos: ¿lo desconectamos o no? Los avances en las neurociencias cognitivas modernas están generando dilemas que no los vamos a poder resolver ni los debemos resolver nosotros, los científicos. La sociedad debe conocerlos y va a tener que involucrarse aunque no le guste en estas cosas".*

3 ***Reconocer la similitud con el cuerpo humano, las organizaciones también tienen su propio cerebro, para adaptarse y crecer en el medio ambiente, en que se desarrollaron, y***

en vez de neuronas tienen observadores, que cumplen las funciones ejecutivas*. También desde las neurociencias, hemos considerado relevante la opinión del experto en neurociencia argentino* ***Estanislao Bachrach****, cuando nos advierte que el cerebro humano, tiene límites para poder observar su propio entorno, y actuar eficazmente en consecuencia. Este como doctor en biología molecular y experto en neurociencias señala la* ***necesidad de construir capital humano*** *algo que se consigue, teniendo una idea (visión estratégica) de la organización y luego formando equipos de trabajo de excelencia.* Bachrach habla de neurociencias aplicada al ámbito laboral. En otras palabras, de cómo el conocimiento del cerebro puede ayudar a generar cambios profundos en las corporaciones que buscan salir de las crisis, mejorar o simplemente seguir el ritmo a un mundo dinámico. Según cuenta el también experto en innovación aplicada a los negocios, autor del *bestseller* **AgilMente** y docente e investigador de universidades como Harvard, la neurociencias es "la" ciencia del siglo XXI y las "empresas" como organizaciones, comienzan a entender que no pueden cambiar para bien, si sus empleados no lo hacen. Pero antes, tienen que comprender cómo funcionan sus cabezas. Para Bachrach, es difícil que las personas cambien, pero que no es imposible.

Es necesario derribar algunos mitos, acerca del cerebro, que nos revela la ciencia, como son*:* ***1. Usamos todo el cerebro****. Se creía que* apenas usamos una ínfima parte del cerebro y que en parte es eso lo que lo convierte en uno de los órganos más enigmáticos. Pero "usamos todo el cerebro", aclara Bachrach. Lo que sucede, explica, es que solo podemos usar un 2% al mismo tiempo. Por eso, cuantas más actividades queramos meter en la cabeza, "tenemos que apagar otras". Cuando las actividades son más de las que este órgano puede soportar, surge el estrés, explica el experto. A su vez, cuando el cerebro está estresado "pierde la noción de las urgencias", algo que se relaciona con el córtex frontal del cerebro. "En general, está estudiado que cuando tenés más de cuatro cosas muy urgentes que hacer, empiezan a perder eficiencia todas", dice. Por eso lo recomendable es "priorizar-priorizar".

2. El multitasking no existe. La valorada capacidad de realizar múltiples tareas al mismo tiempo simplemente "no existe", asegura Bachrach, quien explica que el cerebro humano no puede concentrarse en más de una cosa al mismo tiempo. "Lo que hacés cuando hacés dos cosas al mismo tiempo es hacer una, apagarla; hacer otra, apagarla; y así sucesivamente", explica haciendo la mímica de estar accionando un interruptor. Intentar practicar el *multitasking* es la primera causa del cansancio y las equivocaciones: "La sensación es la de ser más productivo, pero es una sensación", aclara. Usar múltiples pantallas o estar hiperconectado, por ejemplo, lo que en realidad hace es "desconectarte", asegura el científico: "Es lo que se llama atención continua parcial, estar muy atento a algo, pero con la antena parada por si viene otra cosa". Eso es lo que genera

cortisol y adrenalina, responsables del estrés. En la misma línea, Bachrach explica que el cerebro no presta atención todo el tiempo. Durante una conversación, una clase, una conferencia, por ejemplo, está atento al principio y al final. "En el medio, no se sabe": tal vez lo haga, tal vez, no. Por eso recomienda que, al exponer, hay que empezar por lo más importante y reiterarlo al final. **3. Reaccionar no es responder.** Por lo general, frente a los estímulos negativos las personas reaccionan, no responden. "Al cerebro le es más barato reaccionar", dice el doctor en biología molecular, quien ilustra con un ejemplo típico en el ámbito empresarial: molestarse con un superior por un malentendido, reaccionar escribiéndole un mail y finalmente adentrarse en lo que se llama "espiral negativo". "Es imposible no reaccionar si no ponés una pausa", dice Bachrach.

Para poner un alto al cerebro, es necesario, en primer lugar, cambiar el estímulo visual. En este caso, cerrar la casilla de correos, apagar la computadora, irse a caminar. La neurociencias lo explica así: "Más del 90% de las personas son visuales. El 25% del cerebro está conectado con los ojos". Por eso es mejor cortar con el estímulo visual negativo, explica el investigador. **4. Respirar profundo y enderezar la espalda hace bien.** Suena a lugar común, pero cuando alguien está tenso, nervioso o ansioso y se le recomienda "respirar profundo", el consejo podría ser muy útil. "Cuando respiramos profundo el oxígeno entra en el cerebro, creando más venas y arterias. Si no hay venas, las neuronas se mueren (por eso se dice que el ser humano no sobrevive más de dos minutos sin respirar)", aclara Bachrach. Es que el cerebro es el órgano más tóxico del cuerpo y las venas y arterias son fundamentales para desintoxicarlo. Una recomendación del mismo estilo es igual de útil: sentarse o caminar con la columna derecha. "Esto hace que los neurotransmisores circulen de forma más eficiente", explica Bachrach. **5. Cambiar el comportamiento no es cambiar.** "Maximizar el placer y minimizar el dolor" es el objetivo constante del cerebro, un órgano "muy egoísta", dice el especialista. "Solo le importa pasar bien" y "no sabe que hay un mañana", agrega. Por eso es importante lo que la persona pueda hacer con la mente, el "software, donde están los pensamientos", dice Bachrach. El cerebro es como el "hardware, donde está el cableado, las neuronas", dice en una analogía con la informática. Por ejemplo, si una persona es pesimista y todos los días, todo el día, piensa de forma negativa, muy difícilmente se levantará una mañana sintiéndose optimista. Lo que va haciendo es "cablear" el cerebro para que piense en negativo. Pero esto se puede cambiar, aunque sea difícil y requiera trabajo, aclara el experto. "El cerebro está como en piloto automático", es decir que, si no se lo detiene, "sigue solo", con su único objetivo de sobrevivir. Pero el cambio, para la neurociencia, no se resume en modificar la forma de actuar o de comportarse, sino de pensar. "El verdadero cambio está en la cabeza", dice Bachrach. Como estas transformaciones implican un gasto de energía importante para el

cerebro, recomienda "cambiar cuando nos está yendo bien, que es cuando hay más recursos".

6. Es posible evitar las acciones involuntarias."El libre albedrío casi que no existe", afirma Bachrach, quien explica que la mayoría de nuestras acciones son involuntarias o, al menos, se generan sin que tomemos una decisión previa sobre ellas. Sin embargo, las personas tenemos lo que se llama "poder de veto", la posibilidad de decir "no" a las órdenes que da el cerebro. Estudios recientes en neurociencia demuestran que cuando vamos a realizar un acto involuntario (por ejemplo, mover la mano mientras hablamos), el cerebro envía la orden 0,5 segundos antes. En 0,3 segundos, la persona puede darse cuenta de que la orden llegó, por lo que "tiene 0,2 segundos para decidir no hacerla", explica Bachrech. Este nuevo conocimiento se aplica hoy a las personas con trastornos obsesivos-compulsivos, a quienes se les explica que su problema es que el cerebro envía esas señales con demasiada frecuencia. Así, se les enseña a reconocer esos 0,2 segundos y sustituir la acción que les manda el cerebro (por ejemplo, lavarse las manos cada poco tiempo) por otra (por ejemplo, tomarse un vaso de agua).

7. La mayoría de nuestras decisiones son emocionales. Contrario a lo que podría creerse, la razón no es la que manda al momento de decidir en la mayoría de los casos. De hecho, "más del 90% de nuestras decisiones son emocionales", incluso aunque no nos percatemos de ello, afirma Bachrach. En un mismo sentido, la interacción social es una cuestión "de vida o muerte" para el cerebro: “Las necesidades sociales (para este órgano) son tan importantes como el agua o la comida", asegura el experto. Tal es así que existe evidencia científica de que las personas solitarias tienen una expectativa de vida de entre 5 y 10 años menos que aquellas que interactúan con otras. "Y esa relación no la sustituye la televisión, el celular ni la tableta", aclara Bachrach.

4 A propósito de los puntos precedentes, creemos que es necesario generalizar los estudios de las neurociencias, *principalmente por los hallazgos realizados en cuanto a tres factores 1. Cómo funciona el cerebro humano,*

2. Cómo funcionan las memorias, y los beneficios que se pueden lograr

3. Conciencia social.

Con lo cual todo ello nos pueden aportar datos significativos para analizar cómo construir un sistema de calidad con sentido de excelencia, para una sociedad del conocimiento que aprecie la formación de capital humano, y que tenga conciencia social, para construir organizaciones que sean de alta productividad y puedan alcanzar altos niveles de sustentabilidad.

Una manifestación de esa inteligencia, imaginamos que sería comenzar medir para 1) bajar el gasto público y privado en procesos judiciales, considerando a los

mismos, como gastos improductivos en muchos de los casos, por estar orientados a lograr algún objetivo aun no medido;

2) precisar el costo por la reivindicación de derechos, de mejorar la convivencia en paz;

3) precisar el costo social, por contribuir a la seguridad humana que permita la vigencia de los derechos humanos,

4) brindar datos para bajar el nivel de complejidad de los conflictos (judicializados o no) y del impacto neto en el PBI;

5) Medir el grado de litigiosidad de una sociedad, generada por: a) la no estricta observancia de la legislación, b) por la ambigua interpretación de esta, y c) por errores propios de la misma cultura judicial.

*Por **conciencia social,** todas estas mediciones tienen por objeto, obtener datos comparables en el tiempo, para poder autoevaluarnos, con nosotros mismos, y con otros sistemas judiciales, con problemáticas similares y que formalizan la mejora continua, haciendo benchmarking. Y dotar de datos de la realidad a los sistemas de formación de recursos humanos.*

PARTE. B. ¿Podríamos descubrir debilidades y amenazas, en el sistema judicial, sin llegar a constituir a la Justicia, en victima de la sociedad ya victima de la corrupción por falta de transparencia usando solamente el control de legalidad?

Propuesta de para incluir la visión estratégica del sistema de servicios de calidad con sentido de excelencia.

Modelo País de Autoevaluación de Gestión de la Calidad de la ley 24.127/ 94

Los primeros pasos para implantar este modelo, es introducir las llamadas Buenas Prácticas, para comenzar a dialogar con los protagonistas, en este caso jueces, magistrados y personal como es un sistema de calidad total. En este orden mental, deberíamos hacer un esfuerzo, para mirar a los servicios de Justicia, desde varias perspectivas, salir de ella es construir la Visión compartida.

1. **Visión Estratégica de jueces y funcionarios, usando un modelo de gestión de la calidad del servicio**. Decimos que esta visión es estratégica, porque es importante y que nos ha de tomar cierto tiempo- más de un par de años- porque va de ello un cambio de hábitos, para reemplazarlos por aquellos que nos permitan mejorar internamente y externamente la convivencia social.

2. **Objetivo Estratégico**. Incorporar a los códigos procesarles, la mejora del saber-hacer.

   Incorporando el glosario de la calidad a los códigos procesales de la justicia, como son las definiciones de calidad, sobre los requisitos que tienen que ver con la calidad de vida de los usuarios y de los prestadores de servicio en la justicia.

   Originado por la aplicación de los derechos humanos, los derechos de niños, niñas y adolescentes, conceptos sobre desarrollo humano y sobre seguridad humana, dando lugar al dominio de un lenguaje propio para formular y ejecutar **controles de legalidad y de la calidad** como requerimientos para el goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (derechos humanos), como del cumplimiento del desarrollo y de la seguridad humana.

3. **Política de la Calidad, elaborar una declaración que permita incorporar el cambio cultural para capacitar.**

   Visión interna al sistema de servicios

   a Formación de Formadores, con conciencia social y conciencia colectiva. Uso de modelos de educación para niños, niñas, y adolescentes alineados a la ley de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

   b Manual de Buenas Prácticas para los progenitores, y los docentes de Escuelas y establecimientos educacionales, como sistemas de seguridad policial.

   c Elaboración y formulación de Cuestionarios a los protagonistas de los juicios donde se encuentre imputados o como actores a los niños, niñas y adolescentes, sus progenitores (litigantes, adoptantes), quienes se encuentran con capacidad para cooperar en la mejora continua, desde el sistema jurídico a transferir Datos útiles al Sistema Educativo formal e informal.

   Visión externa al sistema de servicios- clientes externos.

   a Elaborar protocolos para educar al cliente – externo
   Modo Didáctico, podemos considerar como clientes directos en la justicia de familia a los progenitores, responsables de sus hijos.

   “Educar a los hijos, hijas y nuestros descendientes que deben tener como meta formarse para construir familias con conciencia social y conciencia colectiva, que conozcan el sistema jurídico legal que los protege, cuando y en qué circunstancias.

Educar y educarnos a ser parte de equipos que se nutran de confianza mutua, basada en el respeto, y que este se gana con esfuerzos, con el sacrificio en pos de objetivos sociales de la familia, y de la sociedad de pertenencia.

Educar para aprender a practicar ser creativos, es ser auténticos para desalentar el uso de la mentira y el pleno cumplimiento de las normas, o apegarse a la ley, que entre todos contribuyan a mejorar la competencia consigo mismo, y desterrar la competencia con el prójimo, porque todos son diferentes, y esta es la verdadera fortaleza de los equipos de excelencia, y alta performance.

Este es el gran desafío, que todos tenemos y que desde un principio es importante tenerlo claro, como eso de sentir orgullo de pertenecer a algún equipo exitoso, a una familia exitosa, un barrio éxitos, un club exitoso, y una comunidad exitosa.

Educar que esto se logra cuando todos se nutren en el buen ejemplo, propio de seres humanos plenos y exitosos con su propia existencia, por haber aprendido a vivir donde nadie sea más que nadie, sino que la familia, o el equipo sea el ganador y la razón de ser de cada uno de los miembros.

Tener conciencia individual y conciencia social, son los grandes desafíos de cada padre y madre que tienen primero que aprenderlo, para educar a cada uno de sus hijos e hijas a desempeñar el rol.

Reconocer que existen varios modelos de convivencia familiar, pero que a los efectos de educar con el ejemplo, se deberá aprovechar este trabajo de carácter estratégico del Programa Honrar la Vida, aceptando por lo menos que existen 3 a 5 grupos de familias con progenitor (es) a cargo.

a. Familias a cargo de progenitores, donde se instruye inconscientemente en un sistema de valores compartidos, orientados a formar futuros padres y madres responsables de sus vidas y la de sus propios descendientes, regidos por la cultura convergente de culpa y vergüenza;
b. Familias a cargo de un solo progenitor, donde no se instruye conscientemente en un sistema de valores pero si se da el buen ejemplo siguiendo y ocupándose de cada hijo/ descendiente con responsabilidad de formador de futuros padres y madres responsables de sus vidas y la de sus propios descendientes,, regidos por la cultura de la vergüenza ;
c. Familias sin progenitores presentes, donde no se instruye pero inconscientemente se transfieren dis valores, por falta de tutores en la formación para vivir en una sociedad con responsabilidad social, regida por la cultura de la culpa;

d. Familias o grupos humanos sin progenitores responsables, donde el grupo se adhiere a un sistema de valores que no riñen con las buenas costumbres sociales, y donde se percibe el concepto de familia porque el grupo se sustenta en los afectos, que se auto protegen y establecen sus propias reglas de juego, sin colisionar con modelos de vida virtuosos, se rigen por la cultura de la vergüenza;

e. Familias o grupos humanos sin progenitores responsables, donde el grupo se adhiere a un sistema de disvalores que riñen con las buenas costumbres sociales, y donde se percibe el concepto de familia porque el grupo se sustenta en la complicidad y que se auto protegen y establecen sus propias reglas de juego, para medrar en la sociedad de pertenencia y no conocen la cultura de la vergüenza.

3. **Liderazgo Estratégico social y tecnológico.**

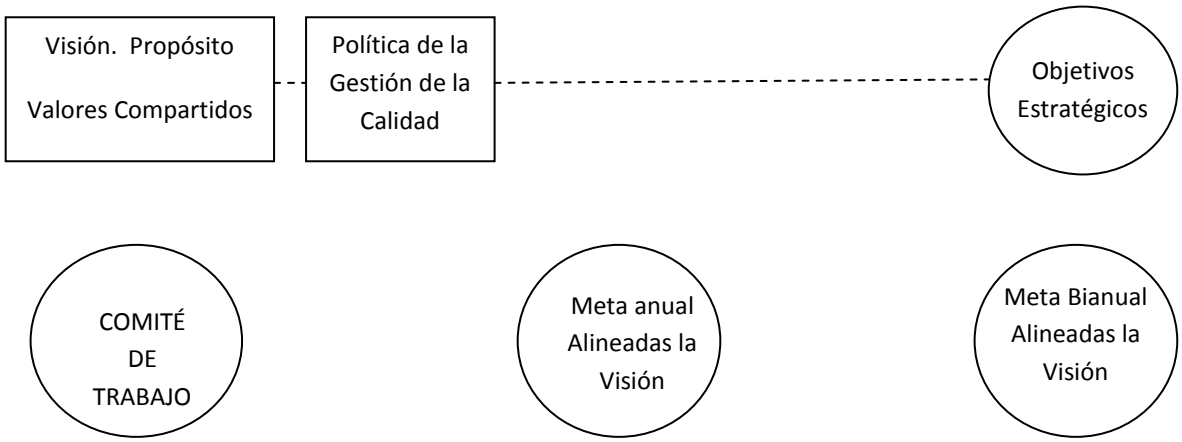
Calidad Humana. Saber-Ser. Dominio del buen comportamiento de quienes prestan servicios de excelencia, establecido en códigos de ética, modelo de valores de Unicef...

Calidad laboral. Dominio de las competencias del saber hacer y saber-saber sobre Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Derechos Humanos). Seguridad Humana, Desarrollo Humano.
Calidad de Procesos y Sistemas. Para anticiparse al futuro y construirlo con gestión de calidad, usando el Modelo del Premio Nacional de la Calidad que es un modelo para el país. Informarse en este link.

http://www.exc.org.ar/premio-nacional-a-la-calidad-edicion.../

Estudios de futuros, para descubrir en los actores sociales aquellos responsables, los observadores

Chart 1.



Misión. Ley que rige y sostiene los servicios de justicia

Aprendizaje del Saber-Hacer Calidad, todo el personal de juzgados reunidos en comité

Para ejercitarse y aprender la terminología de los códigos procesales, incluyendo actividades para servicios de justicia con calidad de excelencia, por su sentido social

GESTION DE LA CALIDAD. ENFOQUE EN PROCESOS.

MANUAL DE BUENAS PRACTICAS. Siguiendo los 8 principios de gestión de la calidad ISO 9000, que son los siguientes:

Principio 1: Enfoque en el Usuario (al Cliente)

"Las organizaciones dependen de sus clientes, y por lo tanto deben comprender las necesidades actuales y futuras de los clientes, satisfacer los requisitos de los clientes y esforzarse en exceder las expectativas de los clientes".

La organización debe tener claro que las necesidades de sus clientes no son estáticas, sino dinámicas y cambiantes a lo largo del tiempo, además de ser los clientes cada vez más exigentes y cada vez está más informado. Por ello, la organización no sólo ha de esforzarse por conocer las necesidades y expectativas de sus clientes, sino que ha de ofrecerles soluciones a través de sus productos y servicios, y gestionarlas e intentar superar esas expectativas día a día.

Principio 2: Liderazgo

"Los líderes establecen la unidad de propósito y la orientación de la organización. Ellos deberían crear y mantener un ambiente interno en el cual el personal pueda llegar a involucrarse totalmente en el logro de los objetivos de la organización".

El liderazgo es una cadena que afecta a todos los directivos de una organización, que tienen personal a su cargo. Si se rompe un eslabón de esa cadena, se rompe el liderazgo de la organización.

Principio 3: Participación del personal

“El personal, a todos los niveles, es la esencia de una organización y su total compromiso posibilita que sus habilidades sean usadas para el beneficio de la organización”.

La motivación del personal es clave, así como que una organización disponga de un plan de incentivos y de reconocimientos. Sin estas dos acciones, difícilmente una organización podrá conseguir el compromiso del personal.

Principio 4: Enfoque basado en procesos

“Un resultado deseado se alcanza más eficientemente cuando las actividades y los recursos relacionados se gestionan como un proceso”.

El cambio reside en la concepción de “organización”. Ha dejado de ser una organización por departamentos o áreas funcionales para ser una organización por procesos para poder crear valor a los clientes.

Principio 5: Enfoque de sistema para la gestión

“Identificar, entender y gestionar los procesos interrelacionados como un sistema, contribuye a la eficacia y eficiencia de una organización en el logro de sus objetivos”.

El fin último que se persigue es el logro de los objetivos marcados. Para ello será necesario que la organización detecte y gestione de manera correcta todos los procesos interrelacionados.

Principio 6: Mejora continua

“La mejora continua del desempeño global de una organización debería ser un objetivo permanente de ésta”.

Esa mejora continua de los procesos se consigue siguiendo el ciclo PCDA del Dr. E. Deming: Planificar – Desarrollar – Controlar – Actuar, para mejorar.

Principio 7: Enfoque basado en hechos para la toma de decisión

“Las decisiones se basan en el análisis de los datos y la información”.

Lo que no se puede medir no se puede controlar, y lo que no se puede controlar es un caos. Esto no se puede olvidar.

Principio 8: Relaciones mutuamente beneficiosas con el proveedor

“Una organización y sus proveedores son interdependientes, y una relación mutuamente beneficiosa aumenta la capacidad de ambos para crear valor”.

Es necesario desarrollar alianzas estratégicas con los proveedores para ser más competitivos y mejorar la productividad y la sustentabilidad. En las alianzas, gana tanto la organización como los proveedores.

La adopción de un sistema de gestión de la calidad (y de sus principios) debería ser una decisión estratégica que tome la dirección de cada organización. E**l diseño y la implementación de un sistema de gestión de la calidad de una organización está influenciado por la naturaleza de cada organización, por sus necesidades, por sus objetivos particulares, por los servicios que proporciona, por los procesos que emplea y por el tamaño y la estructura de la misma**. El éxito de una organización se logra mediante la **implantación y mantenimiento de un sistema de gestión de calidad** diseñado para mejorarlo continuamente.

La aplicación de los principios de la gestión de la calidad no sólo proporciona beneficios directos sino que también hace una importante contribución a la **gestión de costos y riesgos**.

GLOSARIO.

DERECHOS HUMANOS

http://www.jus.gob.ar/derechoshumanos/los-derechos-humanos/%C2%BFque-son-los-derechos-humanos.aspx

http://www.jus.gob.ar/derechoshumanos

DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

file:///F:/2016.%20Honrar%20la%20vida/Ley_de_proteccion_integral.pdf

CALIDAD. Definición.

"Es el grado en el que un conjunto de características inherentes cumple con los requisitos", según se detalla en la norma **ISO-9000**. Asegurar la calidad en los procesos de producción de una organización es fundamental para evitar que el producto final sea defectuoso.

SEGURIDAD HUMANA. Concepto. La seguridad humana es un marco normativo dinámico y práctico para hacer frente a las amenazas de carácter intersectorial y generalizado con que se enfrentan los gobiernos y las personas. Dado que las amenazas a la seguridad humana presentan grandes diferencias en el plano nacional e internacional y a lo largo del tiempo, la aplicación del concepto de seguridad humana requiere una

*evaluación de las **inseguridades humanas** que sea amplia, centrada en las personas, específica para cada contexto y orientada a la prevención. Este planteamiento ayuda a centrar la atención en las amenazas existentes y emergentes para la seguridad y el bienestar de las personas y las comunidades.*

Asimismo, al determinar cuáles son las necesidades concretas de las poblaciones afectadas, la seguridad humana afecta directa y positivamente a la vida diaria de las personas amenazadas en su subsistencia, medios de vida y dignidad. Como consecuencia de ello, la promoción de la seguridad humana produce resultados más inmediatos y tangibles que abordan integralmente las causas fundamentales de esas amenazas; determina cuáles son las prioridades en función de las necesidades reales, la vulnerabilidad y la capacidad de los gobiernos y las personas; y pone de relieve posibles discordancias entre las políticas y las respuestas nacionales, regionales e internacionales. La combinación de esos elementos ayuda a fortalecer las medidas adoptadas por los gobiernos y otros agentes en apoyo de la seguridad humana.

La aplicación del concepto de seguridad humana es en gran parte resultado de un marco normativo basado en dos pilares que se refuerzan mutuamente: la protección y el empoderamiento. La aplicación de ese marco permite disponer de un enfoque amplio que combina normas, procesos e instituciones concebidos en sentido descendente con instrumentos de carácter ascendente, en el que los procesos participativos apoyan la importante función que desempeñan las personas como agentes en la definición y el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Además, al integrar las respuestas de los agentes pertinentes de un modo más coherente y eficaz, la seguridad humana se basa en las capacidades existentes de los gobiernos y los pueblos mediante respuestas integradas y amplias que aprovechan las ventajas comparativas de una gran variedad de agentes, lo que asegura la coherencia en la asignación de recursos, objetivos y responsabilidades entre los distintos agentes a nivel local, nacional, regional e internacional, eliminando la duplicación de tareas y promoviendo respuestas focalizadas, coordinadas y eficaces en función del costo.

Por último, la seguridad humana queda mejor salvaguardada con la adopción de medidas proactivas y preventivas ante las amenazas actuales y nuevas. Al examinar la forma en que las distintas amenazas a las personas y comunidades pueden traducirse en factores de inseguridad más amplios, la seguridad humana promueve el desarrollo de mecanismos de alerta que ayudan a mitigar los efectos de las amenazas actuales, y, de ser posible, evitar que se produzcan amenazas en el futuro.

http://www.un.org/humansecurity/es/content/el-concepto-de-seguridad-humana

NEUROCIENCIAS. El cerebro, la mente, graficas. La Inteligencia múltiple. Lenguaje y terminología

LIDERAZGO ESTRATEGICO. La adopción de un sistema de gestión de la calidad (y de sus principios) debería ser una decisión estratégica que tome la dirección de cada organización. E**l diseño y la implementación de un sistema de gestión de la calidad de una organización está influenciado por la naturaleza de cada organización, por sus necesidades, por sus objetivos particulares, por los servicios que proporciona, por los procesos que emplea y por el tamaño y la estructura de la misma**. El éxito de una organización se logra mediante la **implantación y mantenimiento de un sistema de gestión de calidad** diseñado para mejorarlo continuamente.
La aplicación de los principios de la gestión de la calidad no sólo proporciona beneficios directos sino que también hace una importante contribución a la **gestión de costos y riesgos**.

EQUIPOS DE TRABAJO.
El "grupo o equipo de trabajo" es un conjunto de personas asignadas o autoasignadas, de acuerdo a sus habilidades, conocimientos y competencias específicas, para cumplir una determinada meta bajo la conducción de un coordinador. ...

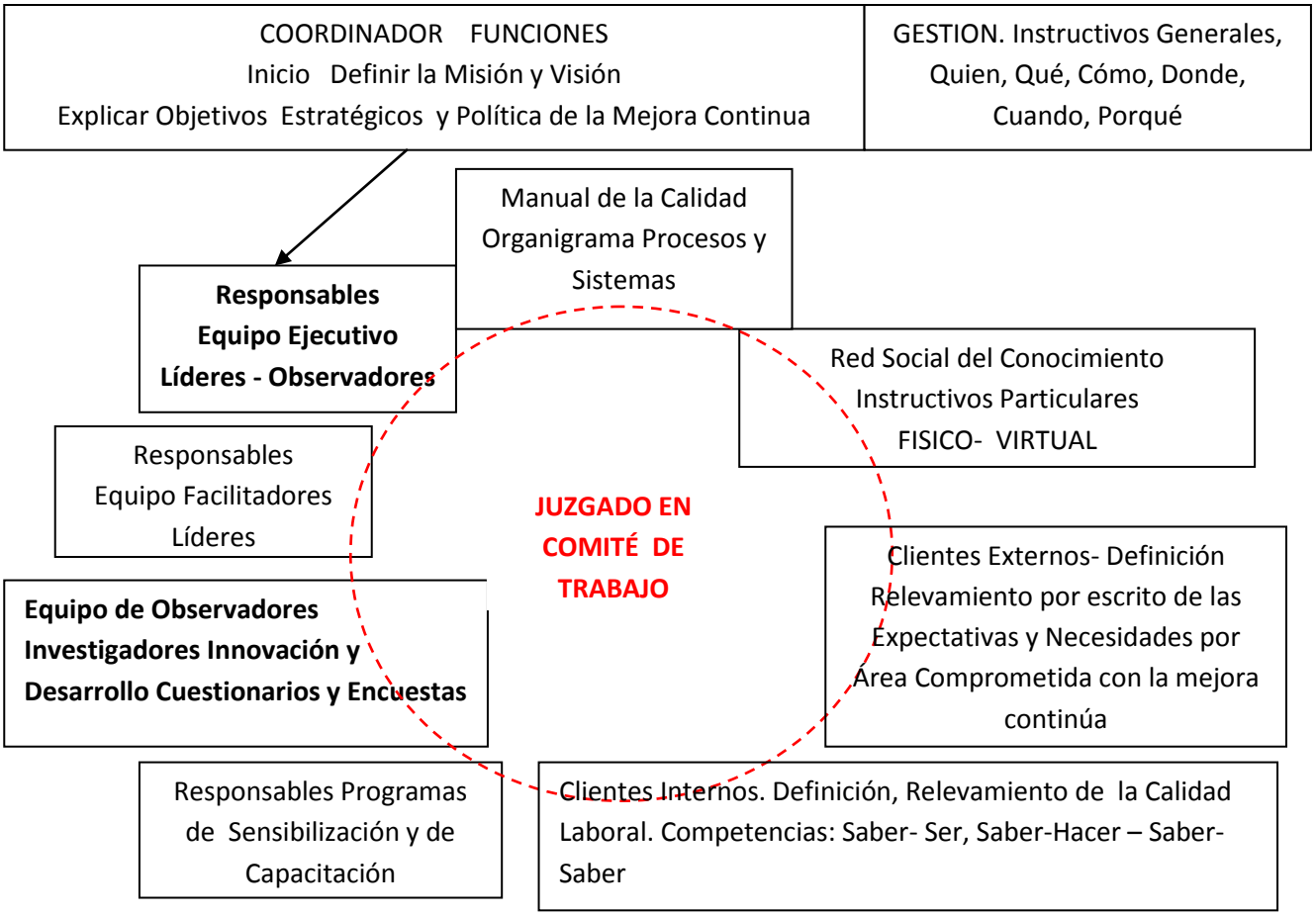
http://es.wikipedia.org/wiki/Equipos_de_trabajo

PROCESOS HORIZONOTALES. Gente que atiende a gente.

Ayuda Gráfica del comportamiento humano, en organizaciones horizontales.

DIAGRAMA DEL MODELO DE TRABAJO EN EQUIPOS.

Chart 2.



Este grafico – **chart 2** – debe servir para visualizar el trabajo de equipos, para tratar temas complejos, para lo cual se convocan a todos los expertos, y dirigidos por un líder (coordinador) para reunir información de otros líderes de procesos. En este modelo didáctico, para la Justicia de Familia usamos un modelo de trabajo grupal, como es el Comité de Trabajo del Juzgado.

Los gráficos – **chart 3 y 4** – deben servir para visualizar la **responsabilidad social del servicio** de justicia en el grafico superior con los protagonistas directos del proceso judicializado, y el grafico inferior para visualizar los interesados más allá del proceso, pero que en una medida, sin ser partes, son también responsables para que la justicia sea un servicios de justicia para mejorar la transparencia.

Chart 3. Líder de Procesos, modelo de gestión procesal y de la calidad

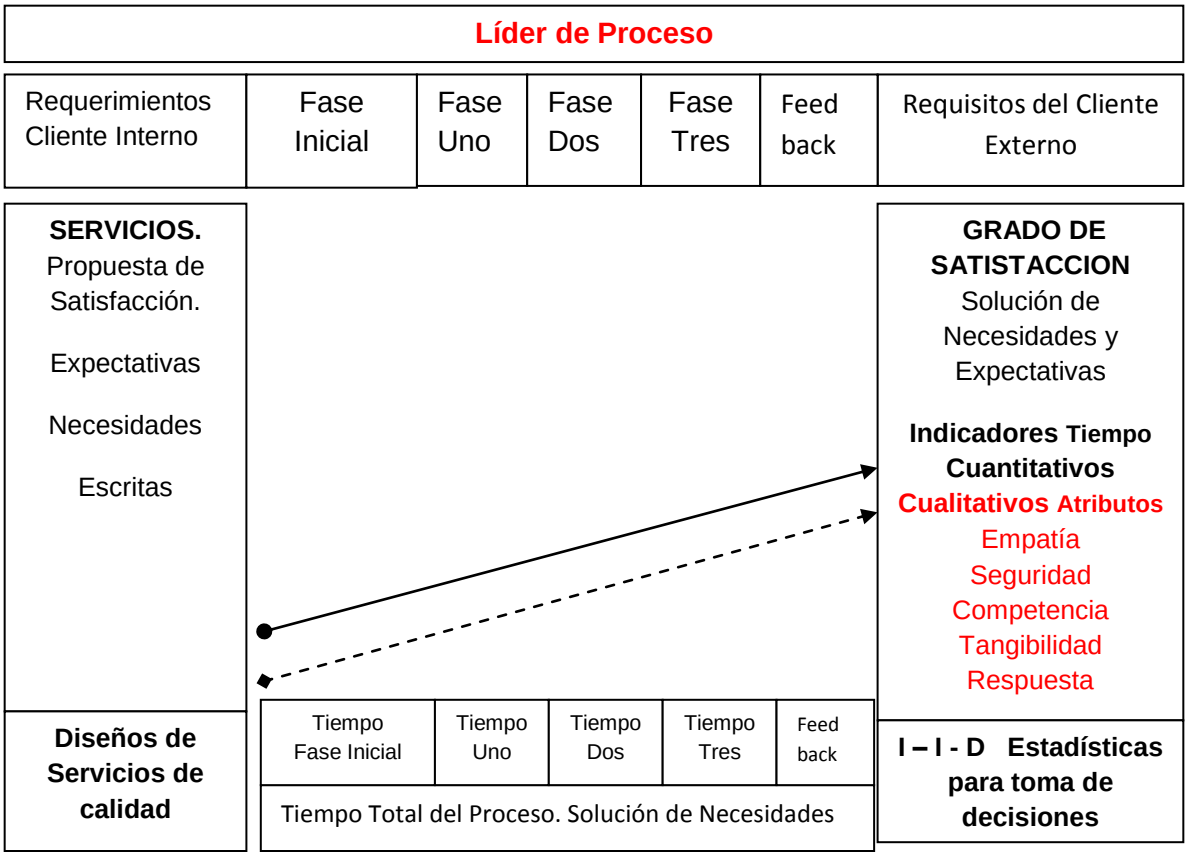
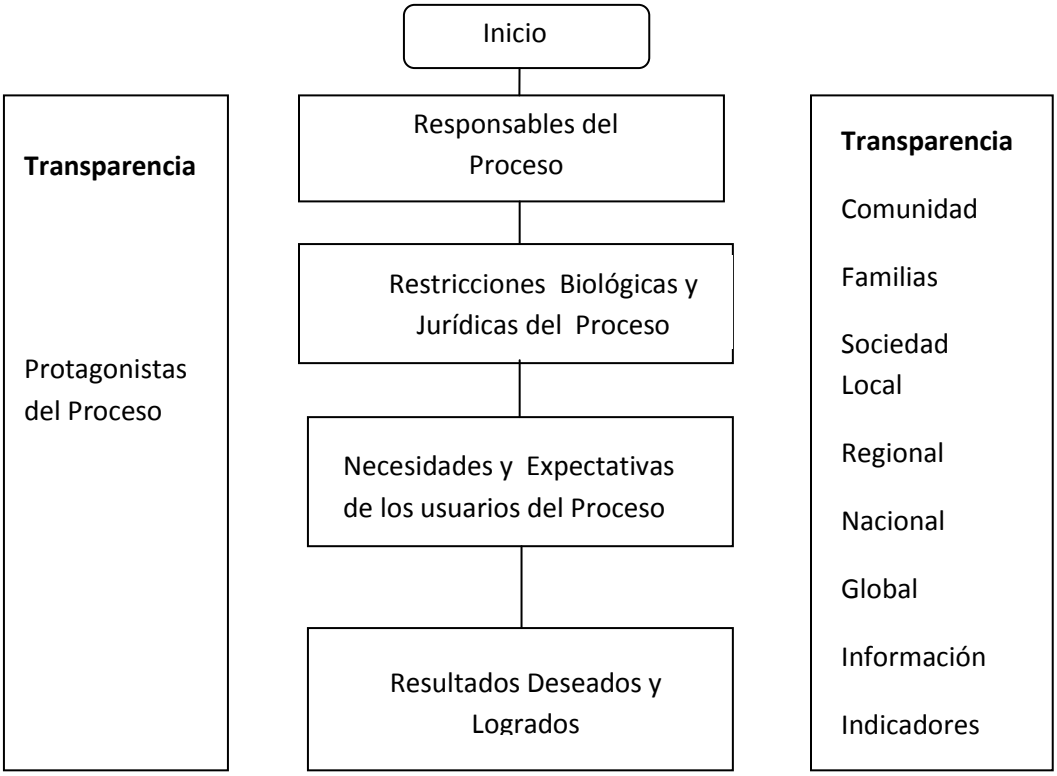


Chart 4. Proceso Clave. Algoritmo.



PARTE C. Tópicos del Modelo de la Comisión Iberoamericana de Calidad para la Justicia. CICAJ

CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA

COMISION IBEROAMERICANA DE CALIDAD EN LA JUSTICIA

COMITÉ DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CALIDAD DE LA JUSTICIA IBEROAMERICANA

-DOCUMENTO DE TRABAJO- -Resumen Ejecutivo-

Preparado por:

Ricardo Monroy Church Comisionado CICAJ Magistrado Sala Administrativa Consejo Superior de la Judicatura Colombia

MÉXICO, MARZO DE 2014

1. **OBJETO:**

Impulsar el intercambio de experiencias entre los países miembros de la RED IBEROAMERICANA DE GESTIÓN E INVESTIGACIÓN PARA LA CALIDAD DE LA JUSTICIA-RIGICA JUSTICIA, para que cuente con estudio comparado que le permita la evaluación, promoción, recomendación y ejecución de políticas públicas de "calidad", así como la estructuración de un Banco de Buenas Prácticas en la Administración de Justicia y la evaluación y promoción del cumplimiento del DECÁLOGO IBEROAMERICANO PARA UNA JUSTICIA DE CALIDAD.

2. FASES:

El proyecto de desarrollará en las siguientes fases:

2.1. FASE I: Especificar el concepto y el alcance de calidad enmarcado dentro de:

a) Sistema de Gestión de Calidad; b) Sistema Integrado de Gestión de Calidad; c) Sistema de Gestión y Control de Calidad; d) Sistema Integrado de Gestión y Control de Calidad;

Determinando en todos los casos, las diferencias, coincidencias y características conceptuales de cada uno de ellos.

2.2. FASE II: Determinar el modelo gerencial público en la administración de justicia, que subyace en cada uno de los países miembros de la Red Iberoamericana de Gestión e Investigación para la Calidad de la Justicia (RIGICA- Justicia), en torno a la calidad.

2.3. FASE III: Determinar los fundamentos legales que sustentan el modelo de calidad de los países miembros de la Red Iberoamericana de Gestión e Investigación para la Calidad de la Justicia (RIGICA- Justicia).

2.4. FASE IV: Realizar un estudio comparado de los fundamentos normativos de calidad en cada uno de los países miembros de la Red Iberoamericana de Gestión e Investigación para la Calidad de la Justicia (RIGICA- Justicia).

2.5. FASE V: Realizar un estudio comparado de los desarrollos conceptuales de calidad que sustentan el modelo de calidad e cada uno de los países miembros de la Red Iberoamericana de Gestión e Investigación para la Calidad de la Justicia (RIGICA- Justicia).

2.6. FASE VI. Determinar a partir del análisis comparado las implicaciones organizacionales de la calidad y la gestión del conocimiento en los países miembros de la Red Iberoamericana de Gestión e Investigación para la Calidad de la Justicia (RIGICA-Justicia).

3. METODOLOGÍA:

Para poder dar respuesta a los objetivos y fases que nos proponemos, la metodología de este estudio se basa en el análisis de contenido de un conjunto de trabajos y documentos oficiales publicados en las áreas de gestión, calidad y derecho.

Posteriormente se seleccionará la información por jerarquización de criterios, con fundamento en una matriz base de variables concurrentes y divergentes, que determinen el campo de la gestión de la calidad en el contexto específico de la Red Iberoamericana de Gestión e Investigación para la Calidad de la Justicia (RIGICA- Justicia).

4. NECESIDADES DE COOPERACIÓN:

Para el desarrollo de la investigación es fundamental contar con el apoyo de los Países Miembros de la RED IBEROAMERICANA DE GESTIÓN E INVESTIGACIÓN PARA LA CALIDAD DE LA JUSTICIA (RIGICA- JUSTICIA), a partir del intercambio de información para óptimo desarrollo de las fases de la investigación y así se solicitará en la reunión de Presidentes de Cumbre en Santiago de Chile.

Se requiere también la presentación y socialización de los resultados de investigación, a través de eventos internacionales que se realicen en los países miembros de la RED.

Igualmente resulta necesaria la cooperación de Organismos Multilaterales y de Cooperación, con el fin de facilitar el intercambio de experiencias de investigación en torno a los sistemas de calidad que gestionan y generan conocimiento.

5. INDICADORES:

La Comisión de Análisis e Investigación de los Sistemas de Calidad de la Justicia Iberoamericana, aprobó la estructuración de indicadores correspondientes a cada uno de los principios y objetivos del DECÁLOGO IBEROAMERICANO PARA UNA JUSTICIA DE CALIDAD, así:

INDICADORES DE CUMPLIMIENTO DEL *DECÁLOGO IBEROAMERICANO PARA UNA JUSTICIA DE CALIDAD* Y PARA EL FOMENTO DE LAS BUENAS PRÁCTICAS EN LA ADMINISTRACIN DE JUSTICIA		
FORMULACIÓN	**TIPO DE INDICADOR**	**UNIDAD DE MEDIDA**
Reconocer a la persona usuaria como razón de ser de la Justicia	EFICIENCIA	Número de planes estructurados para favorecer al usuario / Número de planes ejecutados que favorecen al usuario.
Garantizar el acceso a una Justicia de calidad como derecho fundamental.	EFICIENCIA	Número de procesos –demandas- resueltos / Número de procesos –demandas- presentados.
Desarrollar una debida planificación de la calidad en la Justicia.	EFICACIA	Número de proyectos estratégicos plaeados / Número de proyectos estratégicos ejecutados.
Fomentar una Justicia con enfoque sistémico integral.	EFICACIA	Número de sistemas con enfoque sistémico en ejecución / Número de sistemas de paises miembros de la Cumbre con enfoque sistémico
Reconocer en la Justicia la importancia de su talento humano.	EFICACIA-CALIDAD	Número de administradores judiciales en cada país miembro de RIGICA-Justicia / Número de administradores judiciales formados en sistemas de calidad que generan y gestionan conocimiento en los paises miembros de RIGICA-Justicia.
ıncentivar el compromiso y el trabajo en equipo en función de la Justicia.	EFICIENCIA	Número de grupos de trabajo en proyectos de investigación en sistemas de calidad en los Paísese miembros de RIGICA-Justicia / Número de proyectos de investigación en sistemas de calidad que gestionn y generan conocimiento en los Países miembros de RIGICA-Justicia.
Establecer la eficacia y la eficiencia como requisitos para una Justicia confiable y de calidad.	CALIDAD	Número de PQRS resueltas (favorables o desfavorables) / Número de PQRS presentadas por la ciudadania.
Realizar la medición de resultados en la gestión de la Justicia.	EFICACIA	Porcentaje de cumplimiento de los procesos en los sistemas de calidad superior al 85% / Procesos planedos en los planes de adminisración de la justicia en los paises miembros de RIGICA-justicia.
Garantizar una Justicia transparente y con participación ciudadana.	EFICIENCIA	Número de Buenas Prácticas en la Administración de Justicia desarrolladas, documentadas y que gestionen y generen conocimiento / Número de Buenas Prácticas planeadas en la Administración de Justicia que gestionen y generen conocimiento.
Impulsar la mejora continua como fundamento en la gestión de calidad para la Justicia	EFICIENCIA	Numero de planes de mejoramiento por procesos/Numero de planes generales por proceso.

PRIMER PREMIO IBEROAMERICANO A LA CALIDAD DE LA JUSTICIA BASES DE PARTICIPACIÓN CONVOCANTE La Comisión Iberoamericana de Calidad para la Justicia (CICAJ).

DEFINICIÓN El Premio Iberoamericano de la Calidad en la Justicia es una actividad promovida por la CICAJ con el objetivo de identificar buenas prácticas, iniciativas, esfuerzos individuales y/o grupales y actividades de promoción relacionadas con el desarrollo y el mejoramiento de la gestión de la calidad en la justicia con el fin de premiarlas e incentivarlas.

OBJETIVOS Objetivo General Reconocer a los gobiernos judiciales que hayan destacado por sus actividades de mejora de la calidad del servicio público de justicia, mediante la implementación de prácticas de gestión, a través de la formulación y/o

seguimiento de políticas públicas de calidad relacionadas con la planificación, los modelos y los métodos que permitan alcanzar la excelencia en su gestión y la mejora continua. Lo anterior, a la luz de los principios y orientaciones contenidos en el Decálogo Iberoamericano para una Justicia de Calidad, teniendo siempre como razón de ser y fundamento esencial a la persona usuaria.

Objetivos Específicos 1. Reconocer proyectos, innovaciones, buenas prácticas, resultados y actividades de promoción, desarrollados en los países integrantes de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en materia de Gestión de la Calidad en la Justicia. 2. Incentivar la incorporación de la Gestión de la Calidad en los países integrantes de la Cumbre Judicial Iberoamericana. 3. Conformar un banco de información, para facilitar el intercambio y difusión de las postulaciones recibidas.

MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN El Premio Iberoamericano a la Calidad en la Justicia, tiene las siguientes categorías de postulación: a. Proyectos en desarrollo. b. Innovaciones Implementadas c. Buenas Prácticas desarrolladas. d. Impacto en la Gestión. e. Actividades de Promoción y/o Divulgación.

Todo ello teniendo como eje central la Gestión de la Calidad en la Justicia. De no existir al menos una postulación el Jurado podrá declarar como desierta la categoría. De igual manera el Jurado podrá declarar desierta la categoría si aun existiendo postulaciones, éstas no cumplieran o no satisfagan los criterios de selección. Se premiará una experiencia por cada categoría.

PREMIO POR CADA CATEGORIA

• Medalla y Certificado de Reconocimiento que acredite la obtención del Premio Iberoamericano de Calidad en la Justicia. La entrega del premio se llevará a cabo en la Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

• Difusión del premio a través de la página web de la Cumbre Judicial Iberoamericana y de la Comisión Iberoamericana de Calidad para la Justicia.

• Cualquier otro incentivo que se pueda obtener, por medio de Organismos de Cooperación.

PLAZO DE PRESENTACIÓN

El Premio se otorgará cada dos años. La premiación se llevará a cabo en la Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana. La convocatoria se hará por parte de la CICAJ, en el año inmediato anterior a la celebración de la Asamblea Plenaria.

METODOLOGIA DE PARTICIPACION

Una vez efectuada la convocatoria se publicarán los formatos correspondientes para cada categoría. El formato deberá contener como mínimo los siguientes elementos: • Datos de identificación y defensa de la postulación. • Naturaleza institucional del órgano jurisdiccional o de la entidad pública relacionada con la administración de la justicia y breve descripción de su actividad. • Descripción de la experiencia, práctica o conocimiento. Esto debe comprobarse con la documentación y evidencia

correspondiente. • Impacto obtenido en la gestión de la calidad, según la modalidad en la que participe.

LUGAR DE PRESENTACIÓN La documentación deberá dirigirse en formato digital a la Secretaría Técnica de la Comisión Iberoamericana de Calidad para la Justicia. El correo electrónico de recepción será: Cicaj@poder-judicial.go.cr

INTEGRACIÓN DEL JURADO CALIFICADOR Y ELECCIÓN DE TRABAJOS GANADORES

El Jurado Calificador tendrá una composición mixta, esto es, se integrará por: • El Presidente o un Representante de la Comisión Iberoamericana de Calidad para la Justicia.

• Un representante de la Secretaría Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana. • Tres representantes de Organizaciones No Gubernamentales de Impartidores de Justicia y/o Administradores de la Justicia, o cualquier otra organización a criterio de la CICAJ.

El Comité del Premio Iberoamericano a la Calidad de la Justicia, remitirá en un plazo de seis meses a partir de esta fecha, el Reglamento correspondiente a la CICAJ, por medio de la Secretaría Técnica.

Fuente

http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=de347a4a-cbcf-4923-8a43-0f5e4ce4e7a9&groupId=10124

CONCLUSIONES

Este trabajo es el final de un periodo que va desde el 2006 al 2016, y contiene mi agradecimiento a varios magistrados, todos ellos jueces muy probos, por ser respetuosos de la dignidad humana. Y como este trabajo ha sido hecho sobre un trabajo de campo, hay por lo menos tres jueces de familia que me honraron con su amistad, uno de ellos es:

El ***Dr. Pablo Krochic*** *quien se desempeña como Juez de Familia en la Primera Circunscripción de los Juzgados de Familia de Mendoza, Argentina, y su secretaria la* ***Dra. Adriana Ruiz****, quienes con probidad y solvencia profesional defienden la Dignidad Humana. En este juzgado me mostraron como el magistrado, funcionarios y su personal se solidarizan con el dolor de ver tanta pobreza y tristeza en los Juzgados de Familia, solucionando los problemas con sensibilidad humana.*

El otro magistrado quien me distinguió con su amistad, fue el Juez de Familia, ***Dr. Ismael Jadur****, un excelente hombre del derecho, quien dejo la actividad y hoy nos honramos al recordarlo luego de su partida. El mismo era parte del capital humano que enorgullecían a los juzgados de familia.*

La otra digna de citar, es la ***Dra. Marilyn Fontemacchi****, Juez Penal de Menores, quien es una autentica "****líder innovadora social****", y una mujer muy sensible a las necesidades*

actuales y futuras de la Niñez, Adolescencia y Familia, y con quien todos quienes la hemos conocido, le reconocemos su capacidad de contagiar el amor por los niños, niñas, y adolescentes.

Cité a todos estos jueces, porque ellos son una clara manifestación de líderes sociales, que hicieron suyo este slogan del "saber-hacer" y que ha marcado el Siglo XX ***"No te preguntes qué puede hacer tu país por ti, pregúntate qué puedes hacer tú, por tu país" John F. Kennedy.***

.

ANEXO CONCIENCIA SOCIAL. MODELO DE AUTOEVALUACION PNC. LEY 24.127

Planilla de Evaluación. Guía para comprender como funciona el modelo

ORGANISMO: PLANILLA DE EVALUACION INDIVIDUAL

Firma y aclaración

CRITERIOS	AREAS	PUNTAJE MAXIMO	% OTORG	PUNTAJE PARCIAL	PUNTAJE FINAL
1. LIDERAZGO		130			
	2.1. Liderazgo mediante el ejemplo y la práctica	65			
	2.2. Logros	65			
2. ENFOQUE EN EL CLIENTE		170			
	1.1. Conocimiento del cliente	85			
	1.2. Sistemas para mejorar el servicio a los clientes	85			
3. DESARROLLO DEL PERSONAL		140			
	3.1. Participación eficaz del personal	30			
	3.2. Educación	25			
	3.3. Desarrollo	25			
	3.4. Desempeño y Reconocimiento	30			
	3.5. Calidad de Vida en el trabajo	30			
4. INFORMACION Y ANALISIS		40			
	4.1. Datos y Fuentes	10			
	4.2. Análisis de la información	15			
	4.3. Información de Referencia (Benchmarking)	15			
5. PLANIFICACION		140			
	5.1. Planificación Estratégica	70			
	5.2. Planificación Operativa	70			
6. ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD		90			
	6.1. Procesos generales	15			
	6.2. Procesos especiales	15			
	6.3. Control de calidad	15			
	6.4. Proveedores	15			
	6.5. Evaluación del sistema de calidad	30			
7. IMPACTO EN EL E. FISICO Y SOCIAL		70			
	7.1. Etica en la gestión	25			
	7.2. Difusión y promoción de la cultura de Calidad	15			
	7.3. Preservación del medio ambiente	15			
	7.4. Sist. de Gestión de seguridad y salud ocupacional	15			
8. RESULT. DE LA GEST. DE CALIDAD		220			
	8.1. Resultados obtenidos en la satisfacción de los clientes	65			
	8.2. Resultados obtenidos en la mejora del bienestar, la satisfacción, el desarrollo, el compromiso y el reconocimiento del personal	65			
	8.3. Resultados operativos obtenidos en la mejora de los resultados económico financieros, en la calidad de los productos y servicios, en la productividad y de los procesos principales, en la calidad de los servicios de apoyo, y en la calidad de los proveedores y su desarrollo	65			
	8.4. Resultados obtenidos respecto de la responsabilidad social del organismo con respecto al entorno fisico y social	25			
PUNTAJE TOTAL DEL POSTULANTE					

Chart 4. Proceso Clave. Algoritmo. En un momento, este cuadro se puede interpretar como una combinación de filosofía de comportamiento ético para organizaciones que buscan en la mejora continua su política de largo plazo. Así nos señalan sus indicadores periódicos de cumplimiento y de la calidad, si estamos mejor a partir de un momento en el cual se produce la primera toma de información confiable, luego cuando comparamos dos autoevaluaciones, reconoceremos la mejoría en aquellos indicadores sensibles al cambio, pero la tendencia solo se logra a partir de la tercera toma de datos o evaluación.

A partir de la tercera evaluación, podremos considerar si los indicadores son útiles porque nos señalan debilidades, suficientemente significativas, entre en aquello que se planificó y lo que se ha ejecutado, dándonos la oportunidad para reflexionar y reformular correcciones en el rumbo de la organización.

Esta oportunidad nos sirve para revisar los objetivos de largo plazo, si aun están vigentes en las personas, en la gente, y si las políticas son congruentes con planteos preliminares, o si por el contrario no lo estamos, por producirse disrupciones, como señalarían las graficas de tendencias en los resultados.

El mérito del uso de los modelos de excelencia, fue en principio para mejorar el uso de los fondos públicos con transparencia social, para lo cual usando estos modelos se deben mejorar los costos con el objetivo de lograr productividad en el gasto público, por el uso de los impuestos que nos confía el sector privado.

El estado siempre deberá dar ejemplo del buen uso de los recursos, para ello debe mostrar no solo el presupuesto anual, y la rendición de cuentas, sino que además debe demostrar solvencia en el uso de los recursos, mostrando si hace economías en algunas cuentas y adonde destina las mismas.

Pero en los tiempos que corren y re*conociendo que vivimos en crisis, y que hay sectores de la sociedad que se han* visto más afectados y que son los que más se empobrecieron, y se empobrecen por falta de educación para vivir la sociedad del Siglo XXI, escuchamos y leemos muchas veces erróneamente o interesadamente "a prima facie" que son tildados, como sectores con una cultura orientada a crear conflictos de inseguridad.

Con las cifras y los indicadores de pobreza, todo es posible, pero no hay **series de indicadores** propios de estudios e investigaciones serias, que nos digan la verdad, si es que evolucionamos hacia estar mejor o al contrario estamos involucionando.

Un trabajo orientado a ello es que cada uno de los actores sociales asuma la defensa y se aplique al uso del **Modelo de Autoevaluación de la ley 24.127/94,** y nos muestren datos confiables, en los **Criterios 1 al 7**, pero que la sociedad se informe sobre el **Rubro 8 de Resultados** que anualmente o bianualmente se elaboran usando de los criterios y de la metodología de la calidad, y que los mismos se ajusten a datos e información auditada, para no restarle veracidad.

Rubro 8. Resultados. Con estos podríamos deducir

8.1 Resultados obtenidos en la satisfacción de los clientes*: Para ello debemos elaborar encuestas periódicas de satisfacción que le permita al usuario opinar sobre qué tipo de calidad reciben en los servicios.*

8.2. Resultados obtenidos en la mejora del bienestar, la satisfacción, el desarrollo, el compromiso, y el reconocimiento al personal.

8.3. Resultados operativos obtenidos en la mejora de los resultados económico financieros, en la calidad de los servicios, en la productividad y de los procesos principales, en la calidad de los servicios de apoyo, y en la calidad de los proveedores y su desarrollo;

8.4. Resultados obtenidos respecto a la responsabilidad social del organismo con respecto al entorno físico y social.

CONCLUSIONES.

1. El desafío de hacer calidad, es conocer por ejemplo: Cuanto le cuesta a los ciudadanos el gasto ex post de juicios llevados por litigios en defensa de los niños, niñas y adolescentes;
2. Y cuanto se gasta por niño, niña y adolescente para educarlo para una sociedad del conocimiento;
3. Cuanto se gasta por no tener una o dos generaciones de padres capaces de llevar adelante sus respectivos proyectos de familia,
4. Cuanto de ese gasto corresponde a la falta de políticas de estado, para mejorar el nivel educativo del país, para contar con una dirigencia social menos corrupta;
5. Cuanto del gasto social en conflictos obedece a la falta de educación en valores desde la familia misma, y cuanto de ese dinero se podría invertir en capital humano, para una sociedad con responsabilidad social;

Hoy el estado por falta de inteligencia prospectiva social, no tiene idea adonde sus gobernantes están parados, no tienen la visión de un escenario de partida para proyectarse al futuro, por lo menos a unos 50 años, para usar políticas de estado que ataquen las verdaderas causas del atraso en lo educativo y en lo cultural.

> *Hoy lo observable lamentablemente es la destrucción de vidas humanas, niños, niñas, adolescentes, adultos, adultos mayores, todos ellos en el foco del desastre por ausencia del gerenciamiento que preserve el capital humano de Argentina y vele por los sueños de aquellos que naturalmente son creativos y que pueden ser el factor del cambio cualitativo que necesita el Mundo..*

Debemos invertir en el factor humano para que sepan usar la metodología de la gestión de la calidad para mejorar no solo la justicia de familia, sino a todas las áreas del Poder

Judicial, en principio aprender a buscar y encontrar economías en el gasto público, luego cooperar con ellas para mejorar el sistema educativo.

Esas economías debieran ser destinadas a la inversión en capital humano, para reforzar las partidas en áreas del gasto público, como es la educación de padres, madres e hijos, para que no queden ellos mismos, fuera del sistema y de la sociedad del conocimiento, que son generadoras de y en los tiempos recientes para mejorar la sustentabilidad.

Hoy lo que observamos cómo crisis de valores, en términos económicos, es el resultado de aplicación de políticas orientadas a construir capital financiero, ni por un asomo a invertir en factor de desarrollo, como es el capital humano. Otro recurso digno de computar haciendo calidad total, sería aquel que permitiera de las corporaciones recursos vía impuestos para mejorar el capital humano.

El costo que usa la economía financiera (corporaciones) para determinar resultados netos y distribuir dividendos, son los costos imputados, pero un costo no imputado que afecta a toda la sociedad es el **costo de la no calidad**, un costo enunciado pero no reconocido como propio en la contabilidad, aunque los analistas, lo reconocen como **externalidades**, a las corporaciones no al estado, estas externalidades son a su vez negativas, originadas por el Estado, y son positivas cuando benefician a las corporaciones, por ejemplo un sistema de justicia saludable, beneficia a las corporaciones, brindando más seguridad jurídica. Solamente cuando el estado como las corporaciones hiciéramos gestión de la calidad, todos podríamos de igual a igual, demandar a las corporaciones que contribuyan con impuestos, porque la sociedad o el país no solo tiene una justicia de mejor calidad, sino que se eleva la calidad educativa, y con ello se bajan los costos de la no calidad o externalidades negativas de las corporaciones, y con ello mejora el costo país, mejora la competitividad, y se mejoran los resultados económicos- financieros.

Hacer calidad usando los Modelos del Premio Nacional a la Calidad de la ley 24.127 ya no es una opción, es lo que debemos hacer, máxime cuando observamos los indicadores de pobreza y de extrema pobreza de niños, niñas, y adolescentes en nuestro país, y en América Latina. ***O.C.S.***

ANEXO. CAPITAL HUMANO Argentina 2100. Prospectiva Social y Tecnológica,

INTRODUCCIÓN

Los países como Argentina, son renuentes a usar las metodologías sustentadas por la biología, y con ello de prospectiva social y tecnológica, existen diferentes causas pero todas ellas son razones culturales. Todos los sistemas se han regenerado, pero no han hecho el salto cuantitativo, de dejar de usar creencias o mitos, para usar el conocimiento, y la creatividad humana.

En nuestro país, a principio de los años 90s. se legisló para contar con una legislación moderna como aquellos países de alto desarrollo económico, como Japón. La ley 24.127 tuvo su origen en las empresas de origen extranjero radicadas en Argentina, así fue entonces como a partir de un modelo de país verticalizado, se imaginó provocar un cambio en las organizaciones públicas y privadas, para incorporar al cliente externo e interno, al desarrollo productivo. Ya a más de 20 años de ese hito, hemos contabilizado solo crisis y desaciertos, y en las cifras observamos que ha aumentado el costo país, por falta de productividad, ha sido una experiencia frustrante, que las gestiones consideraran que el horizonte temporal fuera a permaner mas o menos inmutable.

Pero quienes hemos aprendido prospectiva, hemos sido advertidos que podemos gestionar por procesos, pero que además de los procesos misionales existen los procesos visionales, y que entre ellos existen los procesos claves y en estos se dan disrupciones, y mediante estas generar nuevos proyectos innovadores, que usaran las herramientas de gestión estratégica, para resolver problemas de coyuntura. Ahora bien, si el país se gestiona sin usar estrategias de crecimiento, más un escaso uso de las bases de datos inteligentes, podemos llegar a recrear condiciones de inestabilidad social, por falta de correcciones a las políticas de estado, cuando estas existan. Ahora bien, si estas políticas de estado no existen, y si no se hace a nivel micro organizacional uso de herramientas de la gestión estratégica para la mejora continua, realmente estamos en el medio de un caos, que debe conducirnos a corregir el rumbo. Un modo de hacerlo, es tomar una dirección o norte como es honrar la vida, y a partir de ese propósito, adoptar un sistema de valores congruentes, para lograr por lo menos tres cosas: uso pleno de la creatividad humana para lograr desarrollo sustentable, uso pleno de los derechos humanos, y aplicación de seguridad humana, por supuesto que esto importará que todos los actores sociales converjan en una visión compartida de país, en el cual ya sea como sociedad del conocimiento el valor a preservar sea el capital humano, el que nos permita usar la creatividad.

Veamos entonces donde está y que nos dice el número uno del desarrollo con productividad del Siglo XX. Japón, modelo de éxitos económicos hoy nos muestran la otra cara, la del déficit en la formación de familias con hijos, y el envejecimiento de su población que atenta a largo plazo, al mantenimiento de los altos estándares de vida, actualmente plausibles.

"La impactante cifra de vírgenes que alarma al gobierno de Japón

fuente. **INFOBAE INFORMA**

El gobierno de Tokio lanza incentivos para que los japoneses se casen y formen una familia. Sin embargo, la población envejece
19 de septiembre de 2016

El dato impacta por su inédito volumen. Y es la explicación más evidente de los cambios demográficos que sufrió Japón en las últimas décadas. Más del 40 por ciento de los jóvenes solteros en ese país es virgen, según un reciente estudio realizado por el Instituto Nacional de Población y Seguridad Social.

El informe puso en alerta a las autoridades que ven cómo su población envejece sin poder revertir esa tendencia. El universo abarca a personas de ambos sexos entre los 18 y los 34 años. Entre los hombres, el número de aquellos que nunca han tenido relaciones alcanza el 42 por ciento, mientras que ese número asciende al 44,2 cuando se trata de las mujeres.

El estudio es realizado cada cinco años y permite a las autoridades monitorear el envejecimiento de la sociedad y sus causas. La natalidad es algo que alarma a diario al gobierno de Tokio. Los incentivos son cada vez más: incluyen desde recorte de impuestos y subsidios para cuidados del bebé para aquellos japoneses que se decidan a ser padres. Pero, al parecer, las ayudas son insuficientes.

Respecto al informe anterior, los porcentajes crecieron de manera sostenida. Hacia 2010, sólo el 36,2 por ciento de los hombres y el 38,7 de las mujeres permanecían vírgenes. Ese porcentaje se acrecentó en un seis por ciento promedio para cada grupo comprendido en el estudio.

Otros datos del paper que preocupó a los funcionarios es el desinterés que muestran los jóvenes japoneses por formar una familia o tener hijos. Si bien el 90 por ciento de ambos grupos estudiados dijo que quería casarse "en algún momento en el futuro", el 30 por ciento aseguró que no está buscando involucrarse en una relación estable".

L

EA MÁS:
La polémica iniciativa de Shailene Woodley sobre educación sexual
"Matilda" le arruinó la vida a su protagonista

Parte I. Banco Mundial. Trabajamos por un Mundo sin Pobreza. Libro Los Años no vienen solos. Estudios de futuros del capital humano en el mundo, y el rol de las familias.

Un tema propio de los estudios de futuros o sea de prospectiva son los referidos al Envejecimiento de la población. En lo personal, creo sin perjuicio que existan otros abordajes, en principio haciendo uso de una visión prospectiva, este tema está vinculado a Derechos Humanos (Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), Desarrollo Humano, y Seguridad Humana, en virtud de la complejidad que hoy observamos hay un hecho detonante y es la falta de políticas públicas, para implementar el desarrollo con pleno empleo, cuando se observa en las comunidades mucha mano de obra ociosa, mas alto grado de inseguridad humana.

Y esto ha provocado que muchas de las personas en edad de jubilarse se encuentran saludables, porque el estrés ha disminuido en el puesto de trabajo, y por otro lado los hábitos saludables han contribuido a mejorar la salud de toda la población, pero por inseguridad debido a la violencia de grupos adictos a drogas, se pone en peligro no solo a los adultos mayores, sino a toda la sociedad. Analizando este fenómeno, y escuchando a quienes son de las neurociencias, advertimos que en las sociedades del 3er y 4° mundo, como se dicen en general a los países de América Latina y el Caribe, lo que subyacen son problemas de demencia, fundamentalmente por la recreación del temor y el miedo...

Aunque peligrosamente observamos que en el extremo de los adolescentes y los adultos jóvenes se ha producido un cambio de hábitos sociales, y debido a que este es el sector de mayores consumos, estos han sido blanco no solo de las corporaciones que con su ingeniería de producto hoy generan nuevas adicciones, muchas de ellas dañinas a su seguridad.

Vemos además que en este segmento poblacional se ha observa menos dedicación a hábitos saludables, que le permitan mantener una vida saludable, hoy y a futuro para preservar el cerebro, con sus funciones cognitivas. Debido al cambio de los modelos educativos los multimedios ejercen sobre ellos una presión muy alta, y hace que sea diferente el modo de educar a partir del esfuerzo de los progenitores, y lo que sucede en los multimedios, esto hace ingobernable la situación, permitiendo le a los adolescentes asumir más riesgos, para los cuales el cerebro humano a su edad, no está suficientemente desarrollado para permitirle a estos mantener el instinto de conservación. Muchos de estos posteriormente jóvenes adultos, tienen miopía de futuro, porque se han hecho de adicciones malsanas, y no saben cómo dejarlas.

Originada por muchas corporaciones sin adhesión al Pacto Global 2000, siguen produciendo y provocando daños con productos ilegales y legales, en el segmento de 14 a 30 años, con auxilio y manipulación de los multimedios, aquellos productos o marcas hoy se han transformado en adictivos.

Crisis y falta de mecanismos de anticipación temprana, son la razón necesaria, para imaginar el futuro con más y mejor información, usando metodología de prospectiva social y tecnológica.

Toda esta falta de visión estratégica de largo plazo, nos está mostrando un escenario de caos e incertidumbre, con mucha información, y poca investigación aplicada. Tal vez no ha existido ni existe en aquellos que gestionan las organizaciones públicas y privadas, una luz amarilla, brindada por los centros de excelencia dominante, sino que vivimos con luces rojas, porque los problemas en las ciudades y en algunos pueblos nos superan las expectativas de seguridad humana, y no podemos comprender el sentido que tienen los derechos humanos, porque no acordamos hacer desarrollo humano sustentable, esto nos está haciendo perder el sentido y la razonabilidad.

Es preciso recomendar que todas las organizaciones se alineen a Recomendaciones de Naciones Unidas sobre el Millennium Project y el Pacto Global 2000, que recomiendan instrumentar modelos de gestión de la calidad total, para que a modo de inteligencia distribuida estas puedan anticiparse, por aéreas o servicios, en cada una de esas organizaciones al horizonte de por lo menos 50 años prospectivamente considerados. Este cambio cultural debería comenzar en los tres poderes del Estado, y crear transparencia al resto de la Sociedad, para dar por lo menos incertidumbre al establecer marcos de referencia conceptual ante el cambio cultural.

Por recomendaciones de Gobernanza en Seguridad Humana, desde los años 1995, se ha aconsejado que para el aseguramiento del desarrollo sustentable, y de los derechos humanos, es necesario tener políticas de Estado Demográficas. Si a nivel ministerial no existe una estructura que recepte estas tres aéreas Desarrollo, Derechos Humanos, y

Seguridad Humana, todo lo que se construya ha de carecer de congruencia. Por ello es importante desarrollar políticas de formación de facilitadores para formar nuevos líderes sociales, que sean quienes sirvan de traductores de esta realidad que nos permite usando la cibernética, conocer que nos espera a fines de Siglo XXI.

Libro “los años no vienen solos”.

Prefacio

El presente libro fue realizado en el marco de un proyecto del Banco Mundial, coordinado por Michele Gragnolati, Rafael Rofman, Ignacio Apella y Sara Troiano, editores del volumen y co-autores del capítulo introductorio, siguiendo la línea de investigación iniciada por Daniel Cotlear sobre envejecimiento poblacional en América Latina. Los autores de los distintos capítulos son Javier Alejo (Capítulo 8), Ignacio Apella (Capítulos 1, 5, 10 y 11), María Eugenia Barbieri (Capítulo 7), Oscar Cetrángolo (Capítulo 9), Pablo Comelatto (Capítulo 3), José María Fanelli (Capítulo 12), Michele Gragnolati (Capítulos 1 y 4), Carlos Grushka (Capítulo 2), Daniel Maceira (Capítulo 6), Mariana Marchionni (Capítulo 8), Rafael Rofman (Capítulos 1 y 5) y Sara Troiano (Capítulos 1, 4, 10 y 11). El desarrollo de este libro contó con los valiosos aportes y comentarios recibidos durante un taller de presentación de resultados preliminares realizado en Buenos Aires los días 27 y 28 de Mayo de 2013 de Daniel Heymann, Fabio Bertranou, María Eugenia Bonilla-Chacin, Cristina Massa, Marta Novick, Jorge Paz y Axel Rivas. Asimismo, el presente libro fue enriquecido por los comentarios y sugerencias aportadas por Diego Ambasz, Penelope Brook, Daniel Cotlear, Rafael de Hoyos, Ariel Fiszbein, Roberta Gatti, Joana Godinho, Margaret Grosh, Sabine Hader, Peter Holland, Christine Lao Pena, Anibal Lopez, Eugenia Marinova, Zafer Mustafaoglu, Luis Pérez, Hannah Sybille Nielsen y Cassio Turra. Se agradece especialmente al equipo de trabajo de Cuentas Nacionales de Transferencias liderado por Ronald Lee y Tim Miller por su apoyo y cooperación en el desarrollo de la metodología de proyección utilizada en la mayor parte del presente libro y sugerencias aportadas a la utilización de la información generada a partir de su proyecto. El libro cuenta con doce capítulos, que discuten y analizan el potencial impacto económico de la transición demográfica en los años no vienen solos Oportunidades y desafíos económicos de la transición demográfica en Argentina 10 Argentina.

El primer capítulo resume los hallazgos encontrados en el libro.
El capítulo 2 presenta las proyecciones demográficas para Argentina hasta el año 2100.
El capítulo 3 estima las cuentas naciones de transferencias y el perfil de consumo e ingresos laborales por edad.
El capítulo 4 presenta un modelo básico de proyecciones del gasto social en educación, salud y pensiones desde el año 2010 hasta el 2100.

Los capítulos 5, 6, 7 y 8 analizan el potencial impacto de la transición demográfica sobre el sistema de pensiones, salud, cuidados de larga duración y educación, respectivamente, condicionado a diferentes opciones de política pública.
El capítulo 9 analiza el impacto fiscal de la transición demográfica y los trade-offs entre los sectores sociales.
El capítulo 10 y 11 estudian la dinámica del mercado de trabajo en un contexto de envejecimiento y el potencial impacto sobre la productividad total de la fuerza de trabajo. Todo ello condicionado a diferentes herramientas de política pública.
Finalmente, el capítulo 12 estudia el desempeño macroeconómico argentino vis a vis diferentes experiencias internacionales, y los desafíos y oportunidades generadas por la transición demográfica. Esperamos que la lectura de este libro no sólo permita abrir un espacio de ideas y debates de política pública sino también que la misma sea agradable.

fuente. http://documentos.bancomundial.org/…/880550WP0P13310o0viene…

Parte II. Banco Mundial. Trabajamos por un Mundo sin Pobreza. ¿Cómo afecta a un país el envejecimiento de su población?

Septiembre 01, 2016 **Leticia Ferreira/Banco Mundial**

Uruguay es tomado como caso de estudio sobre qué deben hacer los gobiernos para aprovechar el bono demográfico

Hace 60 años, la media de esperanza de vida en América Latina era de 55,7 años. Hoy, es de casi 75 años. Las mejoras en la salud pública, aunadas a aumentos en la calidad de vida y en el nivel de equidad de nuestras sociedades, han llevado a que los latinoamericanos tengan vidas más longevas.
Pero, a medida en que vivimos más, también es necesario repensar algunas de las instituciones económicas y sociales de un país, ya que hay que prever cómo se puede garantizar el bienestar de la población después de finalizado su periodo de vida laboral.

En América Latina y el Caribe, el país con mayor envejecimiento de su población es Uruguay, que tiene niveles similares a algunos países europeos y es uno de los que inició en forma más temprana su transición demográfica en la región. Es decir, hay más adultos mayores y en forma inversa, disminuye el número de nacimientos.
“Uruguay vive una dinámica de cambio demográfico, que no es distinta a la de muchos otros países, con algunas particularidades porque es más lenta. Es lo que llamamos

envejecimiento poblacional. Pasa por dos razones: la gente se muere menos y tiene la cantidad de chicos que quiere tener y no más. Esos dos aspectos, son indicadores de desarrollo social de un país. Por eso es buenísimo que ocurra este cambio demográfico", afirma Rafael Rofman, especialista en protección social del Banco Mundial.

Pero si no hay al mismo tiempo cambios en la población económicamente activa, el tamaño de la fuerza laboral tenderá a reducirse, por lo que la capacidad de la economía para hacer frente a las necesidades de quienes ya se han retirado será limitada.

Es por ello que este país de poco más de tres millones de habitantes ha servido de base para un estudio del Banco Mundial sobre los cambios demográficos y los desafíos económicos que representa el hecho de volvernos más viejos. ¿Qué dicen los expertos? Según el informe "Cambio demográfico y desafíos económicos y sociales en el Uruguay del siglo XXI", el principal reto de un país en el que su población se enfrenta a un gradual envejecimiento es la productividad. Mayores niveles de productividad durante la etapa del bono demográfico –es decir, cuando hay una mayor cantidad de personas económicamente activas- puede ayudar en el mediano y el largo plazo a mantener una tasa de crecimiento positiva.
Según el estudio, para 2050 el 22% de los uruguayos será mayor de los 65 años y en 2100 llegará al 30%. Para el resto de la región, el proceso de envejecimiento de la población es más lento hasta que se acelera hacia finales de siglo y converge con países de la OCDE en 2100.
¿Qué significa esto? "Si no hay cambios en las políticas, el porcentaje del PIB destinado a servicios sociales básicos (salud y educación) y protección social pasará de algo menos del 25% en 2013 a cerca del 43% en 2100", señala Rofman, uno de los autores del estudio.

Es que no solo habrá más gente demandando servicios de salud, sino también que el costo relativo a los servicios que necesita una población más anciana será más alto, ya que las enfermedades típicas de esta población requieren tratamientos mucho más complejos y costosos (el tratamiento de una infección en un niño o adolescente es mucho más sencillo que el de enfermedades crónicas en los adultos mayores).

"Si no hay cambios en las políticas, el porcentaje del PIB destinado a servicios sociales básicos (salud y educación) y protección social pasará de algo menos del 25% en 2013 a cerca del 43% en 2100 "

Rafael Rofman
uno de los autores del estudio "Cambio demográfico y desafíos económicos y sociales en el Uruguay del siglo XXI"

Bono demográfico

Durante el proceso de cambio demográfico se suele presentar un período en el que la proporción de adultos en edad de trabajar en la población aumentan en forma sensible, antes de descender. Esto se da porque la caída en la fecundidad hace que, en una primera etapa, el número de niños disminuya más rápido de lo que aumenta el de adultos mayores. A este período se lo conoce habitualmente como el "bono demográfico".

Uruguay está atravesando ahora el periodo con mayor porcentaje de población en edad de trabajar, lo que generan una importante oportunidad para aumentar el ahorro de la economía y generar recursos para la inversión. Según los autores del estudio, para que esto ocurra hace falta promover un fuerte aumento en la inversión, tanto en capital humano como en capital físico.

En relación al capital humano, un sistema educativo de calidad permitirá tener trabajadores mejor capacitados y más competitivos que pueden producir más bienes y servicios para el conjunto de la población. Sobre el capital físico, más y mejores equipos y la adopción de nuevas tecnologías permitirán que, aún con un número declinante de trabajadores, la producción de Uruguay continúe creciendo.

A modo de resumen el estudio sobre Uruguay señala que, ante las crecientes demandas fiscales así como la necesidad de sostener el crecimiento económico para garantizar el bienestar de la población y el desarrollo del país, hay que atacar varios frentes, en especial estos cuatro:

- *El sistema educativo, que deberá contribuir a un proceso de generación de capital humano más efectivo, mejorando tanto su cobertura como la calidad de los resultados.*
- *El mercado de trabajo, que deberá compensar la caída de la población en edad activa con una mayor participación de las mujeres y adultos mayores en actividades de alta productividad.*
- *El aumento de la capacidad de ahorro interno que permita mayores inversiones y acumulación de capital productivo.*
- *El desarrollo de la productividad de la economía mediante el impulso sostenido a la innovación y adaptación al cambio tecnológico.*

FUENTE.

http://www.bancomundial.org/es/news/feature/2016/09/05/uruguay-como-afecta-pais-envejecimiento-poblacion

Parte III. Banco Mundial. Trabajamos por un Mundo sin Pobreza. Estudios de futuros del capital humano en el mundo, y el rol de las familias. NAF. Niñez, Adolescencia y Familia. Informe del Banco Mundial. Envejecimiento de la población **Banco Mundial: ¿Está Argentina preparada para envejecer?**

Junio 02, 2014

*El nuevo libro "**Los años no vienen solos**" pone la lupa en el cambio demográfico que está atravesando el país, señalando las oportunidades de desarrollo generadas por el proceso de envejecimiento. Durante los próximos 20 años Argentina tendrá que definir una estrategia para "volverse rica antes de volverse vieja". ¿Podrá aprovechar la oportunidad actual para tomar un sendero de desarrollo sostenido en las próximas décadas?*

Buenos Aires, 1 de junio de 2014. ***Los Años no Vienen Solos,*** el nuevo libro del Banco Mundial en Argentina destaca que la población argentina está transitando un período de 30 años denominado "Ventana de Oportunidad Demográfica", en la cual aumenta la proporción de la población en edad de trabajar, con mayor capacidad potencial de ahorro. En Argentina, la población adulta mayor de 65 años pasará del 10,4% actual, al 19,3% en 2050 y el 24,7% en 2100, en un claro proceso de convergencia con los países de Europa. Así, mientras hoy hay 6 personas en edad de trabajar por cada adulto mayor, en 2050 sólo habrá 3 y en 2100 sólo 2.

"En este contexto, el gasto del sistema de pensiones pasará de representar el 9% del PBI al 11% en 2030 y 15,5% en 2050, lo cual implica un claro desafío para las generaciones futuras", sostuvo **Michele Gragnolati**, *Líder en Desarrollo Humano para Argentina del Banco Mundial*.

En treinta años el envejecimiento poblacional tendría un impacto significativo no sólo sobre el nivel de gasto público en Argentina, sino también sobre su capacidad para sostener el crecimiento económico. Es por ello que hay que establecer mecanismos estables que conecten el ahorro con la inversión, para llegar a la etapa de envejecimiento de la población con una mejor dotación de capital por trabajador, favoreciendo el aumento de la productividad y por tanto del producto interno del país. "*El desafío para la sociedad argentina consiste en "hacerse rica antes de hacerse vieja", acumulando capital humano y físico que permita mantenerse en una senda de crecimiento sostenido. Sin embargo, existen importantes desafíos para lograr este objetivo*" añadió **Gragnolati**.

Por su parte, **Rafael Rofman**, Especialista Líder en Protección Social del Banco Mundial destaca "*El desempeño del sistema educativo, el sistema previsional, el mercado de*

trabajo, las finanzas públicas y las decisiones de priorización del gasto, así como el funcionamiento del sistema financiero para incentivar el ahorro y actuar como enlace entre éste y la inversión, son temas que deben ser analizados y debatidos con una perspectiva de largo plazo pensando en las generaciones futuras".
Algo similar al gasto previsional, pero en menor magnitud, ocurriría con el gasto destinado al sector salud, el cual pasará del 6,3% del PIB a aproximadamente el 7% en 2050. En relación al sistema educativo, Argentina enfrentará una buena oportunidad para incrementar la inversión por estudiante utilizando el mismo nivel de recursos que destina actualmente (en términos del PIB), dado que se estaría reduciendo la proporción de niños y jóvenes en la sociedad.

La presión generada por la transición demográfica sobre las finanzas públicas y la economía en su conjunto plantea algunos desafíos asociados con la capacidad del país para generar una mayor riqueza que financie un creciente gasto social en el corto y mediano plazo. Ello se potencia al considerar que el tamaño de la fuerza de trabajo tenderá a decrecer hacia mediados de siglo. Si este proceso es acompañado por políticas que favorezcan una mayor formalidad del empleo y un envejecimiento activo el efecto de la transición sobre el mercado de trabajo será mitigado.

En el libro ***Los Años no Vienen Solos,*** sus autores *Michele Gragnolati, Rafael Rofman, Ignacio Apella y Sara Troiano,* junto a un equipo de expertos en la materia analizan los efectos que tendría el envejecimiento poblacional en el desarrollo económico y social de la Argentina, específicamente en el sistema de pensiones, sanitario, educativo, en el mercado de trabajo, en la política fiscal y en la productividad de la fuerza laboral.
http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2014/06/02/banco-mundial-esta-argentina-preparada-para-envejecer

Parte IV. NAF. Niñez, Adolescencia y Familia. Alerta ante la falta de Políticas Demográficas y las causas posibles de regresión en el crecimiento demográfico a futuro.
Impronta sexual en humanos
La impronta sexual, de la que comenzamos a hablar hace un par de entradas se ha demostrado en pájaros, algunos peces y recientemente hay estudios en mamíferos: roedores, ovejas, cabras y primates, por ejemplo, se ha observado en chimpancés criados por humanos. Por lo tanto no sería una gran sorpresa que las experiencias tempranas influyeran en las preferencias sexuales a través de un proceso de impresión (*estampación*) caracterizado por un periodo sensible. Pero la evidencia de impronta sexual en humanos es muy escasa

Por un lado tenemos los datos que comentábamos de pasada en el anterior post en relación al efecto Westermarck. El matrimonio simpua ocurría en Taiwan antes de la segunda guerra mundial, las familias acordaban el matrimonio de los hijos cuando eran niños y la novia se iba a vivir con la familia del novio, antes del año de edad a veces, y se criaban juntos como hermanos.

Muchas de estas parejas no consumaban el matrimonio, hubo mucha infidelidad, la fertilidad fue muy baja (obligados), los hijos muchas veces eran con otras parejas y los registraban como propios...

En los kibbutz de Israel no se dio ningún caso de matrimonio entre niños criados juntos de forma comunal como se hacía en un principio. Todo esto sugiere que en el periodo 0-3 años o 0-6 años se desarrolla una aversión sexual a los individuos con los que nos criamos. La explicación de la misma parece ser la evitación del incesto.

También se ha señalado que en el caso de muchas personas sus diferentes parejas son muy parecidas, como pertenecientes a un mismo patrón. Hijas adoptivas se ha visto que eligen maridos que se parecen a sus padres adoptivos.

Se ha invocado también este fenómeno para explicar el fetichismo, (ver referencia al final). En animales añadir una pluma roja al fenotipo o algún otro cambio generaba una preferencia por la misma. En humanos unas gafas o cualquier otro objeto que vistieran los padres podrían jugar el mismo papel.

En una investigación se estudió a personas que mostraban una preferencia por mujeres embarazadas o lactantes. Resultó que esta preferencia era más frecuente entre hombres y mujeres que tenían hermanos pequeños, es decir que habían visto a su madre embarazada o lactando. La ventana temporal era entre 1,5-5 años.

La atracción sexual por fumar también se ha asociado con padres fumadores. También se ha observado, igual que en pájaros, que son las madres las que tienen una influencia en los individuos que van a desarrollar de adultos una preferencia por mujeres, y no los padres.

Es importante diferenciar la impronta sexual de fenómenos de condicionamiento sexual. Se ha sugerido, como explicación alternativa, que las preferencias sexuales se desarrollan en el contexto de una estimulación genital pero los datos de los trabajos mencionados no encuentran relación con motivación sexual ni con refuerzos sexuales, al igual que ocurre en pájaros.

Como conclusión, señalar que la impronta sexual es un fenómeno que nos podría ayudar a entender muchas cosas en relación al sexo y que existen razones para pensar que ocurre en humanos pero no existen pruebas concluyentes

Referencia**: Sexual imprinting and fetishism: an evolutionary hypothesis**. Capítulo segundo del libro:
Maladapting Minds, philosophy, psychiatry, and evolutionary theory. Pieter R. Adriaens and Andreas de Block (eds) Oxford University Press 2011
http://evolucionyneurociencias.blogspot.com.ar/…/impronta-s…

JUSTICIA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ERIKA MERCEDES SALAZAR MENDOZA

COMISION: 4 Violencia parental, entre pares, familiar, social e Institucional

Erika Salazar Mendoza[592]

I. INTRODUCCION:

En estos últimos tiempos debemos preguntarnos antes de abordar un tema como este, desde donde los operadores de la justicia debemos asumir un enfoque de género, a esta interrogante es menester sugerir que ***"todo comienza por casa"***, pues, se emprende desde donde las mujeres pueden tomar un lugar de decisión en los órganos de gobierno dentro del servicio de justicia, *ergo*, ninguna institución estatal puede hablar de enfoque de género si de por si no lo practica, a través de políticas de género que permitan una mayor participación de la mujer que se equipare a la del hombre para el manejo de la administración de justicia; y, asimismo, debe funcionar en cualquier otra entidad estatal. De ahí que, una vez equiparada la participación de la mujer con la del hombre dentro de su propio sistema de justicia, puedan bridar un servicio con enfoque de género, toda vez que si bien la legislación nacional ya se viene adecuando a los instrumentos internacionales, es difícil tomar decisiones, conceder un derecho o brindar medidas de protección a víctimas de violencia con perspectiva de género si las propias juezas, servidoras públicas o abogadas en todos los niveles no se sienten empoderadas dentro de su propio sistema de justicia.

Las propuestas nacen de la necesidad de incorporar en nuestro ente judicial a más mujeres en cargos o posiciones donde tomen decisiones relevantes como por ejemplo la

[592] Juez Titular Especializado en lo civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Este del Perú, dirección: Av. Naciones Unidas Mz. W1Lote30-Lima Peru. Cel +51940204587. Mail: erikamsm@hotmail.com

presidencia de la Corte Suprema, puntos estratégicos desde donde la mujer dentro de su propio ámbito judicial pueda coadyuvar a mejorar la labor del servicio de justicia.

II. CONTENIDO:

No es lo mismo ser una juez que forma parte del equipo de administración de justicia, que ser presidente de la Corte Suprema, estamos en camino a que ello ocurra en el Perú, ya que hay mayor participación de las mujeres en cargos importantes dentrodel poder judicial, presidentas de cortes superiores y miembros de la corte suprema, es decir la democracia está aplicándose en cuestiones de género en la administración de justicia, (si de participación hablamos); asimismo, respecto de la implementación de políticas con perspectiva de género en la administración de justicia ya se va dando dentro de nuestro propio marco jurídico.

Es importante que se sigan incorporando a mujeres en lugares de decisión en la administración justicia, no solamente en la corte suprema sino en otros lugares de decisión, porque en la administración pública no es lo mismo que una mujer sea parte del sistema sino que además tenga una participación de líder (Presidentes de Sala Suprema, Presidentes de Cortes Superiores, y hasta Presidente del propio Poder Judicial), todo en proporción a su género.

Creo que la presencia de más mujeres en la justicia tiene que ver además con la aproximación a un estado de derecho, tiene que ver con una mayor participación de las mujeres en espacios públicos, mayor diversidad de voces, ello mejora la calidad del debate público, pues las mujeres a lo largo de los años han ido escalando a nivel nacional e internacional y **propongo que deberíamos hacer en el Perú un mapa de posición de las mujeres en la administración de justicia, un cálculo además de las egresadas de las facultades de derecho que a simple vista me atrevo a afirmar que son más que los hombres**; sin embargo, ello no se advierte en la práctica de la profesión y eso tiene

impacto en la sociedad, porque ello ayudara a determinar decisiones con políticas de género.

Por ejemplo, ***en general en todas las cuestiones que se deciden en relación a las mujeres y niñas, causan impacto social***, no solamente en cumplimiento de la ley, donde por cierto en el Perú después de 20 años de haber suscrito y ser parte del convenio de Belem do para, **"Convenio para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer"**, recién el año pasado 2015, exactamente el 23 de octubre del 2015, la norma nacional Ley N°30364, se ha adecuado al instrumento internacional para brindar una protección más amplia a la mujer por parte del Estado dentro de espacios públicos y privados, y así a todos los integrantes del grupo familiar, sobre todo aquellos que se encuentren en situación de vulnerabilidad

El respeto de sus derechos no solamente se deberán poner en práctica cuando las mujeres sean pasibles de violencia física, psicológica, sexual, laboral y patrimonial, sino también de forma preventiva con la entrada en vigencia de la ley 30364, donde incluso se ha penalizado la violencia contra la mujer, *ergo*, constituye delito, y aunque aún falte implementar la norma, en ese camino recién estamos, lo que quiere decir, que nos falta mucho por recorrer.

Que, las mujeres tomen un lugar en los espacios de decisión dentro de los órganos de gobierno del propio poder judicial, es fundamental; si bien es cierto, que en este último siglo ya la mujer ha dado un gran paso a nivel de américa latina ostentando cargos públicos importantes como incluso presidentes de la Republica caso Argentina con Cristina Fernández, y en Chile Michelle Bachelet (indistintamente de su tendencia política), entre otros personajes, así como la asunción de cargos políticos como Ministerios, y otros, dentro de uno de los poderes del estado más importantes como es el poder judicial, la mujer todavía está poco a poco avanzando, ¿cómo nivelar la participación de la mujer dentro de su propio ámbito laboral?, ergo, como las juezas se van a ir posicionando dentro de los propios órganos de gobierno del poder judicial?. Esa es una respuesta que debe ser resuelta por nosotros mismos que somos operadores de justicia y responde a una labor

coordinada con el gobierno de turno y los demás poderes del estado, para generar políticas públicas con perspectivas de género.

III. DE LA VISION DE GÉNERO EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS POR JUECES Y JUEZAS:

Si nos ponemos a estudiar el contenido de una sentencia expedida por un juez o una jueza, podemos evidenciar ciertas diferencias, cuando de derechos de mujeres y niñas se trata, aún estamos en una sociedad machista, pues el poder judicial en el Perú es aun conservador, y renuente a los cambios, ello se evidencia, de la forma de gobierno del poder judicial, y su organización, que no se pretende cambiar sino mejorar respecto a la participación con igualdad de género, pues no únicamente las mujeres somos responsables de ello.

En ese juicio crítico que emite el juez o jueza, éste se convierte en perito de peritos, en maestro del derecho, por lo que está en manos de nosotros los jueces tomar decisiones con criterio de igualdad porque solamente los jueces pueden garantizar la efectividad de los derechos humanos, en la construcción de una jurisprudencia que re descubra el contenido de género en la regla jurídica y la haga aplicable en asuntos de la vida cotidiana.

Resultará valido entonces hablar de políticas de género en el poder judicial, vinculando las acciones de los órganos de gobierno del aparato judicial con el efecto que producen en una sociedad de estratos sociales marcados como es el Perú donde el acceso a los recursos y servicios de justicia son desventajosos para las mujeres.

Los jueces y juezas están inmersos en un contexto social y cuando accionan, también accionan dentro de ese contexto.

El criterio de conciencia debe guiar las decisiones judiciales, con respeto de lo que dispone la norma jurídica donde el juzgador no se encuentre influenciado por sus propios esteoritpo, prejuicios o traumas personalísimos en relación con la decisión que va tomar.

En principio se entiende que no es así, es decir que habiendo pasado las evaluaciones correspondientes por el órgano o ente (En el Perú CNM-Consejo Nacional de Magistratura) encargado del nombramiento del Magistrado, como exámenes psicológicos y psicométricos, entrevista personal, se sobre entiende que son personas idóneas para el desempeño de la función, sin embargo, en la práctica se evidencias sorpresas.

En tal sentido, se genera un tipo de suerte de recordatorio de forma permanente del ABC y de las reglas éticas y del respeto por los derechos humanos a los señores magistrados, así como el procedimiento de decisión del juez o jueza, cuando la finalidad es la administración de justicia. Para ello, se requiere una sólida formación en la teoría de la argumentación jurídica acompañada de una mirada técnica: pautas hermenéuticas que permiten la toma de decisiones justas, lo cual significa, en algunos casos, el reconocimiento de los derechos de las mujeres. El juezen tanto personaje judicial, debe tener una adecuada formación desde el punto de vista aristotélico de la fundamentación jurídica, es decir, unas bases mínimas de derecho constitucional, legal, de la jurisprudencia, de la doctrina y bases sólidas como ser humano con valores, ética y criterio que no está escrito en ningún libro ni hay un manual para ello.

En tal sentido, recurrir a la constitucionalidad de las decisiones judiciales es lo mejor, considero es una herramienta clave para corregir resultados con equidad de género pues las mujeres son sujetos de especial protección, y asimismo se reafirma a través de la norma constitucional (bloque de constitucionalidad de las leyes, dirigido a proteger a la mujer).

Es necesario entonces que el juez tenga en consideración o tome conciencia que se trata del respeto por la integridad física psíquica, sexual, laboral, y patrimonial de la mujer dentro de yodo ámbito (público y privado).

En consecuencia, el reconocimiento del derecho requiere que las mujeres que son parte del proceso, eficientemente tengan el derecho a que se les garantice el mismo mediante la providencia judicial. Ya que, si la mujer no tuviere el derecho aunque el pronunciamiento judicial se lo otorgue, ello atentaría contra la propia dignidad de la mujer; pues no se trata de regalarle el derecho que no tiene o del que no sea titular, sino reconocerle aquellos que le pertenecen y poderlesenseñar la forma de cómo exigirlos mismos y hacerlos valer sin que tenga que estar agradecida por que se le haya hecho un regalo, sino sencillamente dignificada por haber obtenido el reconocimiento respectivo.

Ese derecho y ese reconocimiento deben traducirse en realidad efectiva y tangible, esa dignidad humana y esa realización que como persona tiene derecho a obtener y a construir la mujer en la sociedad. Así mismo, el reconocimiento, la tutela y la protección efectiva de los derechos fundamentales de las mujeres debe referirse no sólo a los derechos que están en pugna sino que necesaria y obligatoriamente debe materializar la garantía de los derechos fundamentales de los cuales son titulares.

Laconstitución política peruana de 1993 en armonía con los desarrollos internacionales, al reconocer el derecho a la igualdad establece la prohibición de discriminación en razón del sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; estas categorías se han denominado “criterios sospechosos de discriminación”. En consecuencia, en aquellos casos en las cuales está presente una o varias de estas categorías, entre ellas el sexo, es necesario que el/la fallador/a establezca si el trato diferente tiene origen en una situación de discriminación y ordene las medidas necesarias para superar la misma y garantizar el derecho a la igualdad. En ese sentido se recomienda acudir al “Test de igualdad”, sintetizado por el Tribunal Constitucional de Perú en el Expediente N°45-2004-AI.

El Tribunal Constitucional ha reconocido (tres) dimensiones específicas al principio de igualdad: i) la igualdad ante la ley, según la cual no existe distinción de ningún rango en la forma de aplicarla; ii) la igualdad de trato, con la cual se quiere decir que la ley no debe regular de forma diferente la situación de las personas que deben ser tratadas de manera igual o que debe regular de forma diversa la situación de personas que deben ser tratadas de manera diferente; iii) la igualdad de protección, que es, a su vez "sustantiva" porque parte de la situación en que se encuentran los diversos grupos por ser comparados para determinar si la clase de protección y el grado en que se les otorga es desigual, y "positiva", porque en caso de presentarse una desigualdad injustificada en razones objetivas relativas al goce efectivo de derechos, el Estado debe adoptar acciones para garantizar igual protección.

Toda norma vinculante produce obligatoriedad, y las concernientes a la igualdad de género no son la excepción, pues como toda regla jurídica, no pueden ser analizadas en forma aislada sino dentro del sistema con unidad y coherencia.

El mandato de trato igual implica una carga de argumentación a favor del trato jurídico igual, así como el mandato de un trato desigual supone una carga de argumentación a favor del trato jurídico desigual;

El juez o jueza deben tener en cuenta las diferencias entre una consagración formal de un derecho y su efectividad material (derecho a la participación política), en consecuencia, le corresponde aplicar el test de igualdad ordenando las medidas afirmativas necesarias para hacer efectivo el derecho a la igualdad.

IV. **PROPUESTAS**:

1. implementación de políticas con perspectiva de género en la administración de justicia
2. Incorporar a más mujeres en puestos de decisión dentro de la administración de justicia, porque en la administración pública no es lo mismo que una mujer sea

parte del sistema sino que además tenga una participación de líder, todo en proporción a su género – cuota de género.

3. La participación de la mujer mejora la calidad del debate público, pues las mujeres a lo largo de los años han ido escalando a nivel nacional e internacional y **propongo que deberíamos hacer en el Perú un mapa de posición de las mujeres en la administración de justicia, un cálculo además de las egresadas de las facultades de derecho que a simple vista me atrevo a afirmar que son más que los hombres.**

1. **Recurrir a la constitucionalidad de las decisiones judiciales como herramienta clave para conseguir resultados con equidad de género pues las mujeres son sujetos de especial protección**, es necesario entonces que el juez tenga en consideración o tome conciencia que **se trata del respeto por la integridad física psíquica, sexual, laboral, y patrimonial de la mujer** dentro de todo ámbito (público y privado)

En consecuencia, es necesario tener en cuenta que la desigualdad de género es un hecho que no puede ocultarse, es obligación constitucional del poder judicial hacerlo evidente sin restricciones, ni temores, ni prejuicios en sus decisiones, bien sea como ratio decidendi o cuando sea del caso, a través de la discriminación positiva y las medidas afirmativas para garantizar el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en igualdad de condiciones para los géneros.

Jueces y juezas con apoyo en la ley a cuyo imperio están sometidas sus providencias y con la puesta de sus argumentos, harán realidad la teoría en el caso concreto, al tratarlo como una cuestión de derechos, de derecho democrático constitucional, como desarrollo jurisprudencial del núcleo de los derechos humanos, activando así una eficaz dinámica para su garantía, reconocimiento y protección, fomentando un futuro mejor para las jóvenes e igualitarias generaciones y procurando nuevos instrumentos para consolidar la paz social.

CONCLUSIONES

II FORO LATINOAMERICANO DE ADOLESCENTES Y JOVENES

SEDE: CARTAGENA DE INDIAS COLOMBIA

2 al 4 de Noviembre de 2016

Temática: embarazo adolescente y consumo problemático de sustancias.

1. Falta de efectividad en las políticas de estado respecto a temas como el embarazo adolescente y el consumo de problemático de sustancias.

2. Los pueblos latinoamericanos debido a su pasado de colonización deben profundizar aún más el debate respecto a la separación entre iglesia Estado, con el objetivo de promover políticas de salud reproductivas despojadas de prejuicios.

3. Conformar escuelas para padres con el objetivo de crear conciencia respecto de las problemáticas que afectan a sus hijos, como el embarazo adolescente y las adicciones. Estas escuelas deben formar en y para la promoción de los derechos de niños, niñas y adolescentes desterrando prácticas y costumbres que pueden afectar en la elección de su proyecto de vida. Además, proponemos implementar en la curricula de las escuelas temas de salud dirigidos a los adolescentes.

4. Las políticas de Estado, deben atender a la pluralidad de infancias y adolescencias ya que, las diferentes realidades sociales, culturales y ambientales exigen distintos tipos de intervención.

5. Promover el empleo de calidad y el emprendedorismo para que los jóvenes encuentren opciones sanas y viables frente a la cruda realidad de la enorme rentabilidad del narcotráfico.

6. Combatir el flagelo de la corrupción que es la causa por la cual las políticas de estado pierden eficiencia.

VIII CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA

SEDE: CARTAGENA DE INDIAS COLOMBIA

2 al 4 de Noviembre de 2016

COMISION 1: Derechos Humanos, Política Públicas, legislativas respecto de niños, niñas y adolescentes en Responsabilidad del Estado: art.20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño:

Recomienda:

1.- Dar herramientas a las Niñas /os y Adolescentes sujetos de derecho que se encuentran en institutos privados de libertad.

2- Propiciar el respeto al derecho de identidad de los pueblos originarios especialmente de los Niños, Niñas y Adolescentes ejecutando políticas públicas que cumplan con los principios establecidos en los convenios internacionales. (Propuesta por Niños y Niñas Wayuu).

3.- Que se respete los preceptos de reconocimientos de los DDHH por los tratados internacionales firmados por los países latinoamericanos referidos especialmente al convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de las Naciones Unidas de los derechos humanos de los pueblos indígenas. (Propuesta caso Pueblo Mapuche – Chile).

4.- Identificar los obstáculos y demandar el acceso a la salud y no la patologización de la diversidad sexual, la salud mental, la adicción y el consumo. Promover la educación inclusiva de las mismas.

5.- Fortalecer a los NNA para que como sujetos de derecho tengan un protagonismo activo en todo proceso, a los fines de lograr la efectividad de las medidas de protección integral.

6.- Exigir la proyección de políticas sanitarias tendientes a que los servicios de salud reconozcan multiplicidad de abordajes teniendo presente la integralidad en miras al desarrollo, formación y protección integral que merecen los NNA.

7.- Propiciar políticas públicas que garanticen una educación para todos, con carácter de obligatoria y con contenidos que posibiliten la igualdad de oportunidades.

COMISION 2: Derecho de Familia y Procesal de Familia

Principios generales del derecho procesal familiar para Latinoamérica y el Caribe

a. Es necesario encauzar el conflicto familiar, con sencillez, eficacia y celeridad, en un proceso que garantice y priorice el **"interés superior del niño".**

b. El proceso de familia debe ser abreviado y con fases especificas en los casos de sustracción internacional de NNA, con audiencias colaborativas y medidas aseguratívas previas, donde se asegure el derecho del niño a ser oído. Las vías recursivas deben ser acotadas.

c. El principio de tutela judicial eficiente requiera adecuar las normas procesales administrativas y judiciales, eliminando los formalismos que obstaculizan la búsqueda de la verdad real, incorporando la inmediación, la oralidad, la economía y celeridad procesal y la especialización de los tribunales y la mediación.

d. Es deber irrenunciable "oír al niño" en **todos** los procesos judiciales y administrativos, y en todas las instancias ya sean las conciliatorias como las jurisdiccionales de primera y segunda instancia.

e. Al Niño se lo debe escuchar **interdisciplinariamente** sobre todo a los NNA de minorías étnicas, a los discapacitados y a los niño/as de menor edad.

f. La forma y el modo de escuchar a los NNA debe hacerse de acuerdo a la **Observación No. 12 de la Convención de Derecho del Niño**

g. La escucha del niño en la mediación es voluntaria no obligatoria.

h. La "**capacitación adecuada y transformadora**" de los operadores judiciales constituye una garantía de efectividad al acceso a la justicia

i. Los profesionales de las distintas ciencias sociales que intervengan en los procesos de familia deben estar adecuadamente formados en Derechos Humanos con especial atención en los **Derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad**.

j. La "**vocación transformadora" de la capacitación** tiene como objetivo lograr cambios estructurales que dejen de lado estereotipos y prácticas que perpetúen la discriminación de los grupos vulnerables.

k. Constituyen grupos vulnerables los NNA, las mujeres, las personas con discapacidad, los adultos mayores, los migrantes y las minorías étnicas, y beneficiarios de las Reglas de Brasilia,

l. A fin de lograr una partición adecuada de las personas con discapacidad se debe ofrecer la información necesaria para que puedan tener una opinión propia ante la cuestión en formatos accesibles para su edad y condición y garantizarse los apoyos y ajustes razonables en caso de ser necesario expresarse.

m. La revisión de la sentencia que declara la restricción de la capacidad no es obligatoria en todos los casos, pues implicaría una injerencia arbitraria en determinadas situaciones.

n. Estos procesos no deben caratularse de restricción de capacidad sino de determinación de apoyos.

o. Ante la negativa a la realización de pruebas genéticas para la determinación de la filiación, debe aceptarse la incorporación al proceso de las mismas, obtenidas a través de

medios no invasivos del cuerpo humano mediante la obtención de muestras de cabello, hisopados salivales, etc.

- **El Salvador**

p. El Proceso abreviado instaurado en el Salvador a partir del año 2011 es un buen ejemplo de mecanismo procesal novedoso para dar respuestas a supuestos problemáticos de niñez y adolescencia en el ámbito de la Protección no penal que revisten elementos de urgencia y necesidad.

q. El proceso de familia exige un lenguaje adecuado a fin de garantizar el acceso a la justicia de niños niñas y adolescentes.

r. Los principios procesales exigen formas agiles y en tiempo oportuno.

s. La aplicación de estos principios y reglas procesales del derecho de familia se dificulta en los lugares que carecen de los recursos humanos y económicos necesarios.

t. La petición de cambio de nombre exige un procedimiento sencillo y abreviado.

II Adopción

a. El derecho del NNA a vivir en familia es irrenunciable: la familia de origen, la familia ampliada o una familia de la comunidad según la normativa de cada país y la CIDN.

b. Resulta suficiente la publicación del cambio de nombre en el boletín oficial en tanto el número de documento de identidad es el mismo.

c. En el proceso de adopción integrativa para la participación del progenitor o progenitora deben aplicarse las reglas procesales generales relativas a la notificación, inclusive la notificación por edictos.

d. Es imprescindible la participación del niño en su propio proceso adoptivo.

e. Es fundamental el trabajo interdisciplinario en el procedimiento administrativo y en el proceso judicial de adopción

f. En miras al Interés Superior de los NNA en la regulación sobre guardas para adopción, deberían incorporarse en las legislaciones que no lo prevean la posibilidad de ampliar los supuestos respecto de los guardadores.

g. En las legislaciones que prevean la exigencia de la inscripción en el Registro único de adoptantes para poder solicitar la guarda de un NNA, las resoluciones en ese sentido deberán en función de su superior interés admitir excepciones.

h. Resulta imprescindible la aplicación de protocolos eficaces y claros de actuación desde las primeras instancias de intervención a fin de dar cumplimiento a la garantía de tiempo razonable en el proceso adoptivo

i. Se debería reconocer el derecho personalísimo de la mujer a no ser indagada sobre los datos identificatorios del padre biológico del niño o niña siempre en consonancia con el derecho de NNA a saber su identidad biológica.

Paraguay: Recomienda que los países ratifiquen el Convenio Internacional de La Haya sobre adopción Internacional, pues dificulta los procesos adoptivos en los países extranjeros que exigen reciprocidad.

Chile: Formula una observación a su sistema de defensa de los NNA, en tanto la figura del ***curador "ad litem"*** no cumple las funciones del Defensor de los derechos de NNA que ordena la Convención sobre los Derechos del Niño.

III. Abogado del niño

a. El instituto del **Abogado del Niño** encuentra su fundamento en el artículo 12 incisos 1 y 2 de la Convención de los Derechos del Niño. El Artículo 12 inciso 1 establece que - *los Estados Partes garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez*. Mientras que el inciso 2 dispone - *con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de*

ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consecuencia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

b. Debe estar especializado en Niñez y Adolescencia, tener conocimiento profundo en todo lo atinente a las convenciones internacionales y leyes nacionales aplicables en la materia y preparación interdisciplinaria.

c. Debe realizar las tareas inherentes a la defensa teniendo presente que esto incluye: escuchar al NNA y desentrañar cuales son los reales objetivos que persigue el niño, descodificar sus palabras, mediante reuniones periódicas con su patrocinado y cumplir con el deber de información.

d. Debe entrevistarse con todas las personas que tengan un conocimiento

significativo acerca de la historia personal del niño como sus padres, tutores, parientes cercanos, docentes, asistentes sociales, médicos, terapeutas y efectores del sistema de promoción y protección de los derechos de la Niña, Niño y Adolescente. para recabar información que le resulte necesaria para lograr un eficaz desempeño.

El letrado tiene que volcar en sus presentaciones la voz y los deseos que verbalice el niño y su actuación debe formar parte de una "tutela de acompañamiento

Los escritos judiciales deberán ser firmados por los NNA en su condición de parte. "

IV. Derecho de fondo

a. Se recomienda impulsar la regulación normativa de protección del embrión como sujeto de derecho

Perú: Recomienda la realización del control difuso de constitucionalidad por parte del juez de familia

COMISION 3: Justicia Juvenil

Recomienda a los Estados Latinoamericanos y del Caribe:

1. Que las legislaciones internas de los Estados Latinoamericanos incorporen un Sistema de Protección para NNA en conflicto con la ley penal que contemple la situación especial de los mismos en cuanto a sus circunstancias personales, familiares, sociales y de vida, a través del cual se privilegie los principios de proporcionalidad y de Justicia Restaurativa.

2. Que en los centros de alojamiento de adolescentes en conflicto con la ley penal se promuevan programas y planes dirigidos a la capacitación integral de los jóvenes en vista a su futura reinserción social y pleno desarrollo para cumplir una función constructiva en la comunidad, respetando la dignidad de los jóvenes como concepto y precepto al cual deben responder todas las condiciones de cumplimiento de las medidas que se adopten.

3. Que se promueva en el ámbito de la justicia penal juvenil la mediación y la conciliación como alternativas más convenientes que la respuesta penal tradicional favoreciendo la devolución del protagonismo en la resolución del conflicto a los involucrados y minimizando los efectos estigmatizantes y perjudiciales que involucra la persecución penal tradicional, promoviendo procedimientos reparadores que resuelvan las diferencias entre los protagonistas del conflicto.

4. Que en el caso de jóvenes en conflicto con la ley penal la legislación interna de los estados latinoamericanos incluya en su normativa un plus protectorio según determinan los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de NNA, en particular que los estados arbitren los medios necesarios en aras de una justicia restaurativa y reparadora que brinde nuevas oportunidades e inclusión a los sujetos en desarrollo.

5. Que en el abordaje de la problemática de NNA en conflicto con la ley penal se privilegien estrategias que potencien la autonomía del adolescente reconociendo su medio cultural, lenguaje, conocimientos, experiencias, medio familiar y social, acompañándolo en la construcción de un proyecto de vida útil para su desarrollo comunitario, y que en el caso de jóvenes alojados en centros especializados perciban esa etapa como una oportunidad para acceder a una capacitación integral que facilite su reintegración social.

6. Que todos los NNA en conflicto con la ley penal que se encuentren alojados en instituciones especializadas tengan acceso a acciones preventivo asistenciales que les permitan asumir, ejercer y dar cumplimiento a todos sus derechos, específicamente el derecho a la salud.

7. Que las legislaciones internas de los Estados Latinoamericanos incorporen normas que prevean el instituto de la Remisión como método alternativo para resolver la situación de jóvenes infractores a la ley penal evitando la estigmatización que conlleva atravesar un proceso penal reduciendo así la respuesta punitiva del estado.

8. Que los Estados Latinoamericanos contemplen en materia de proceso penal juvenil la intervención de la victima a través de mecanismos de justicia restaurativa que promueva y facilite un acuerdo entre el infractor y la víctima. Que la oposición del Ministerio Publico no se considere vinculante.

COMISIÓN 4 Violencia parental, entre pares, familiar, social e institucional

Recomienda

I. Procedimiento en los casos de violencia

1. Se sugiere uniformar en Latinoamérica la competencia de los jueces de familia ampliando sus facultades para tomar medidas coercitivas, ante el incumplimiento de una medida cautelar.

2. El resarcimiento o la reparación derivado de actos de violencia contra niños, niñas o adolescentes debe ser incluida en la competencia de los jueces de familia y/o de violencia familiar, excluyendo la misma de la justicia civil. La reparación debe ser plena y efectiva e incluir los costos de rehabilitación y terapia.

3. Se sugiere establecer mecanismos que permitan enlazar la información relativa a casos vinculados con violencia familiar o de género y generar bases de datos con acceso a los jueces que intervienen en las causas con una finalidad preventiva.

4. Difundir para la aplicación efectiva el protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género. De la ONU.

5. Integrar las instituciones que trabajan en temas de violencia.

6. Crear Centros Integrales, interinstitucionales e interdisciplinarios para la intervención eficaz respecto de la violencia de género y familiar que recepte la problemática, evalúe, contenga y derive en su caso, efectuando el seguimiento sistémico tanto de la víctima como del infractor.

7. Promover la intervención del asesor de personas menores de edad en los procedimientos de toda índole en defensa de los intereses de niños, niñas y adolescentes.

8. Crear juzgados con competencia exclusiva y específica en violencia familiar.

II. Acciones preventivas

9. Promover acciones destinadas a evitar la violencia de género, el maltrato intrafamiliar hacia los niños, niñas y adolescentes.
10. Implementar políticas públicas que prioricen al niño y lo consideren en su doble condición de niño y víctima, tanto para la prevención como para la reparación.

11. Destacar la necesidad de reforzar el abordaje preventivo de la violencia al interior de la familia.

12. Realizar campañas orientadas al desarrollo de valores al interior del colegio y de la familia fomentando la tolerancia, contención y respeto, la amistad, el

compañerismo y el apoyo solidario generando acciones que favorezcan la inclusión social a fin de evitar todo tipo de violencia, entre ellas, el bullying.

13. Fomentar el establecimiento de la consejería familiar, basada en la resiliencia como herramienta para abordar a las familias multi-problemáticas que contengan factores de riesgo como violencia conyugal, pobreza, adicciones, maltrato infantil, etc. Conceptualizando que la resiliencia familiar se basa en la fortaleza de las familias teniendo repercusión positiva en sus miembros.

14. Brindar apoyo psicológico a todos los operadores del sistema que intervienen en casos de violencia para que estén debidamente fortalecidos para enfrentar la difícil tarea que desempeñan.

III: Niño víctima y testigo de crímenes

15. Valorar y rescatar toda la dimensión de persona humana y de sujeto de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

16. Deben ser atendidos y oídos en dependencias y juzgados especializados y por personal calificados.

17. Deben ser interrogados por profesionales especializados y evitando contacto con el acusado.

18. Procurar la no re victimización.

19. Garantizar la producción anticipada de la prueba temprana y no repetida, lo que evita la re victimización, uso de Sala Gesell o video grabación teniendo presente los protocolos validados.

20. Se estima de fundamental importancia la capacitación y formación permanente de los operadores de justicia para optimizar las entrevistas con los niños y que se respete su deseo genuino a ser comprendido como sujeto de derechos.

21. Se debe rediseñar los sistemas alternativos de cumplimiento de condena en los casos en que el condenado este a cargo del cuidado de sus hijos menores de edad

ponderando el Superior Interés del Niño que, como consecuencia, puede quedar el también privado de libertad.

22. Reiterar lo propuesto en anteriores congresos respecto de que en los delitos de Abuso Sexual no exista plazo prescripción.

IV. Sustracción internacional de niños

23. Se propone establecer procesos adecuados en resguardo del Superior Interés de los NNA.

24. Fomentar el uso de comunicaciones judiciales directas.

25. Dictar sentencias integrales y detalladas que garanticen su efectivo cumplimiento.

V. Genero

26. Se propone implementar políticas con **perspectivas de género**.

27. Incorporar a más mujeres en puestos de decisión en la Administración De Justicia.

28. Para velar por el respeto a la integridad física, psíquica, sexual, laboral y patrimonial de la mujer debemos recurrir al bloque de constitucionalidad como herramienta clave para conseguir decisiones con equidad de género.

29. El ejercicio de la defensa en causas sobre violencia intrafamiliar y de género de ser prestada por personas especializadas en la temática, con vocación marcada en proteger y asesoras a las víctimas.

30. Trabajar desde las escuelas incorporando la educación sexual junto con el respeto a las relaciones de los jóvenes en formación.

VI. Violencia en los medios de comunicación

31. Enfatizar la protección de los NNA respecto de los contenidos nocivos en los diferentes medios de comunicación procurando la protección efectiva y que se cumplan los horarios de protección establecidos por las normativas al respecto.

32. Implementar la figura del Observatorio de Medios tendiente a monitorear los contenidos de los espacios comunicacionales.

VIII CONGRESO LATINOAMERICANO DE NIÑEZ ADOLESCENCIA Y FAMILIA

TALLERES

SEDE: CARTAGENA DE INDIAS COLOMBIA

3 de Noviembre de 2016

TALLER N° 1: Educación

1. Una de las principales causas del fracaso de las políticas educativas es que su punto de partida son conceptos universalizantes e inflexibles, que dejan de lado la realidad concreta en que se consuma toda educación.

2. Todo proceso educativo debe tener como base y fundamento, no suficiente pero sí necesario, el establecimiento de vínculos afectivos y humanos entre los actores que lo llevan adelante. Esto implica dulzura, empatía, respeto y sobretodo la apertura a la posibilidad de dejarse enriquecer por la experiencia del otro, que es la base de todo diálogo verdadero.

3. Es necesario que la educación responda a una política estatal clara y comprometida con la universalización de las posibilidades de acceso al sistema educativo, garantizando a su vez la calidad académica y sobretodo despertando en los niños, niñas y adolescentes, los valores que pretendemos sean los pilares de la sociedad presente y futura: esto es, el amor al prójimo y su realización en la conciencia ciudadana. Superando así el paradigma de la Meritocracia que se nos quiere imponer desde el mercado. El Estado por medio de la institución escolar debe fomentar la equidad reparadora y no una igualdad ingenua.

4. Las nuevas tecnologías son una realidad efectiva y constituyen para los docentes un desafío que implica el perfeccionamiento, la formación y la creatividad. No obstante, es importante tener presente que éstas son sólo herramientas, que no pueden dar fruto sin el amparo de la comprensión y el juicio crítico, facultades impostergables, hacia las cuales el docente debe más que nunca dirigir sus esfuerzos.

5. Atendiendo a las diferencias y la diversidad de contextos que enriquecen y dan vida a la cultura de los pueblos, consideramos que el programa escolar y sus contenidos conceptuales, procedimentales y actitudinales, deberían surgir de una instancia de diálogo en la que queden reflejados los intereses y las necesidades de las comunidades en las cuales se va a llevar adelante el proceso educativo; fomentando así la participación de todos los actores involucrados: padres, alumnos y docentes.

6. Desde nuestro lugar de educadores, tenemos el deber de dejar de sentenciar y encasillar la realidad y comenzar a plantear preguntas que interpelen el sentido común y desenmascaren las consecuencias que ese sentido produce en nuestras prácticas cotidianas.

7. El debate vigente en nuestros días entre educación pública o educación privada, debería superarse y tender hacia una inclusión de los dos términos, regulada esencialmente desde el Estado. La educación pública nunca debe ponerse como término de comparación, puesto que es un derecho humano fundamental y la condición de posibilidad de otros derechos igualmente valiosos; y la educación privada, por su parte, debe existir como complemento y opción de ésta, no para profundizar diferencias sociales, sino para atender a las diferencias culturales y de credo propias de toda sociedad democrática.

TALLER N° 2 Adicciones, Fundamentalismos y Realidades

A cargo del Dr Mariano Choliz (España) y de la Dra Liliana Rocca (Argentina)
Relatora Dra Lorena Adorati (Argentina) Trabajaron en la comisión más de 30 personas. Estuvieron representados los siguientes países: Colombia , Chile, Paraguay, Uruguay, Chile , Argentina y confluyeron diferentes áreas de trabajo. Luego de una profunda reflexión e intercambio de opiniones se propuso a los taleristas trabajar en la elaboración de propuestas legislativas vinculadas con el juego ***on line*** y propuestas de abordaje preventivo en materia de consumo problemático y adicciones de sustancias y tecnologías.

Por ello desde este taller se recomienda:

1-Promover la publicidad responsable del uso de tecnologías (juego on line, etc.) a través de la aplicación analógica de normas publicitarias para sustancia legales, invitando a las figuras que tienen impacto social favorable para que eviten su participación en difusiones que incentivan el uso / consumo; regular los programas televisivos que incentiven el uso y consumo.

2-Comprometer a los medios de comunicación para que se involucren en acciones de prevención en adicciones brindando información seria, científica, objetiva, libre de prejuicios ,comprensiva de la mirada jurídica y de todos los abordajes previstos en la materia.

3-Promover acciones de prevención inespecífica con eje en el niño/a, el adolescente y el joven como sujeto de derechos, porque el problema no es penal y debemos privilegiar la mirada socio jurídica y de la salud. Se proponen algunos programas de inserción:

- *Participación en actividades artísticas y deportivas,
- Formación entre pares, promoviendo en los últimos años de secundaria y primeros años de universidad proyectos de tutorías y consejerías adolescentes.
- Utilización responsable del tiempo libre,
- Fortalecimiento de la responsabilidad de la comunidad (organizaciones sociales: movimientos ecuménicos, radios comunitarias, etc.).

4- Ante la evidencia de las dificultades de implementación, se recomienda asegurar el subsidio y continuidad de los programas antes propuestos, de manera tal que se constituyan en una política de estado que no dependa de las políticas partidarias.
5- Fomentar en materia de adicciones tecnológicas y juegos on line; las siguientes acciones entre otras:

- Ejercicio de la responsabilidad parental, formando a las familias en talleres y consultorías para padres)
- elaborar proyectos de regulación legal en la materia partiendo de las pautas del decálogo de UNICEF sobre uso responsable de tecnologías.
- Evitar el “autismo social” de niños, niñas y jóvenes fortaleciendo – entre otros- el uso pedagógico de las tecnologías, el control parental regulando el uso de las tecnologías (horarios, filtros y otras responsabilidades), etc.

6- Instar a los operadores de equipos técnicos el ejercicio responsable de sus tareas elaborando informes con recomendaciones (propuestas superadoras)

Los participantes del taller agradecemos esta oportunidad y notamos con satisfacción que somos una gran cantidad de personas las que más allá de nuestras diferentes opiniones podemos acordar en el compromiso en nuestra tarea y en la pasión por nuestro trabajo. No está todo dicho: sigamos trabajando en nuestros territorios por nuestros niños/as adolescentes y jóvenes.

TALLER N° 3 Medios de Comunicación y Niñez, Adolescencia y Familias

Daniel Claverie. Expuso sobre Sistema de Integral de Protección de la Infancia.

Camilo Cantero. Expuso sobre Sistemas de Comunicación Multimedios. Paraguay.

Osvaldo Carabajal S. expuso sobre Seguridad Humana y Jurídica con Desarrollo Humano Sustentable. Gestión de Calidad Judicial. Propuesta de Cartagena de Indias. Argentina. 2016

El Taller se planteo dando las consignas claras para que el mismo fuera participativo. Se logró el objetivo porque casi todos opinaron y dejaron sus datos para seguir en contacto.

Del primer expositor es digno de señalar que insta a trabajar el voluntariado para desarrollar conciencia sobre la compleja situación de los NNA y subrayo que por interesar a diferentes partes es necesario desarrollar un glosario de términos, significados y significantes por tanto interesados participan en el hecho comunicacional, como países y étnias dedicadas a la educación e instrucción sobre comunicaciones.

El segundo expositor, fue coherente también que es necesario contar con **multimedios que tengan conciencia de la problemática de Niñez, Adolescencia y Familia, para lo cual este aporta como la Constitución de su país, Paraguay tiene especial atención sobre esto.**

El tercer expositor, enmarcado dentro de Estudios de Futuros, Seguridad Humana y Jurídica señaló la urgente necesidad de comunicar sobre los 9 Límites de Estocolmo, de la Organización Mundial de Resiliencia, en la cual reseña que hemos superado 4 de los 9 límites, y esto nos pone a la Humanidad, en situación de alerta para comunicar, educar y tomar conciencia del riesgo de haber destruido: la capa de ozono estratosférico,

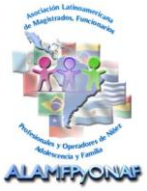
Biodiversidad, o la dispersión de productos químicos y provocado conscientemente el cambio Climático y necesidad de comunicación.

PROPUESTA

1) **Es necesario trabajar en capacitación de los responsables de los Multimedios desde la ALAMFPYONAF para que tengan conciencia de la problemática de Niñez, Adolescencia y Familia, conozcan términos, legislaciones y sus deberes y corresponsabilidad respecto de la defensa de los Derechos Humanos de Niños, Niñas y adolescentes.**

2) **Implantar un sistema de gestión de calidad judicial, para aquellos asociados a la** ALAMFPYONAF **, como paso inicial para continuar con la construcción el Observatorio de N.A.F;**
3) **Establecer pautas fundamentales para construir la red institucional que dimensione la importancia de la tarea comunicativa dentro de los principios transversales de la doctrina de la protección integral;**

4) **Enfatizar en la acción cultural de los derechos humanos, derechos de los niños, niñas y adolescentes, creando un Glosario de términos y vocablos inherentes DDHH y DD NAF con el objetivo estratégico de crear conciencia social, y morigerar las causas de la vulnerabilidad de los niños, niñas, adolescentes, hombres y mujeres ante la falta de seguridad jurídica**.



ISBN 978-987-46184-1-2